

3

Da Abstração para o Plano Operacional

3.1

Introdução

A conclusão até este ponto é a seguinte. Grandes teóricos do direito do passado e do presente³⁴⁰ defendem o formalismo jurídico como sendo a regra no direito³⁴¹ e, por se preocuparem com eventual aplicação absurda (Bentham, Hart, p. ex.) ou também com uma aplicação desatualizada, descompassada ou injusta (mas não necessariamente absurda ou extremamente injusta) do direito, defendem, como exceção, uma interpretação não formalista. Essa interpretação não formalista seria aquela que utiliza fontes externas ao texto legal. Ela iria desde uma interpretação sistêmica do documento legal no qual o texto analisado está inserido³⁴² até todos os textos legais do ordenamento jurídico; desde uma interpretação histórica dos conceitos e termos presentes no texto legal até uma investigação das causas da própria norma, em que se (re)discutiriam os motivos que levaram à sua edição e, a partir daí, (re)definir-se-ia o sentido dessa norma. Essa interpretação não formalista incluiria, por fim e mais ousadamente, o emprego de princípios morais expressamente previstos pelo Direito, e até mesmo não previstos, para não só conferir sentido a esse dispositivo legal cuja aplicação é duvidosa, mas, também, para conformá-lo e até eliminá-lo. De todo modo, observou-se que este último tipo de interpretação foi defendida por teóricos como Habermas, Garapon, Dworkin, Alexy,

³⁴⁰ O marco temporal referido cinge-se à época e aos autores citados neste trabalho.

³⁴¹ Adrian Vermeule (2006, p. 186), para citar um formalista, afirma que todos os métodos de interpretação jurídica concordam que o texto claro e específico é a melhor fonte individual de informação interpretativa. Em sentido semelhante, Jonatan R. Siegel (2001, p. 335), para citar um não formalista, conclui que os diversos métodos interpretativos chegam à mesma solução na maioria dos casos. Ainda cabe ressaltar que os cânones da interpretação jurídica sugerem que, qualquer que seja a técnica usada, o processo de interpretação da lei inicia-se com uma leitura muito próxima do texto, possivelmente suplementada pela ajuda interpretativa, tal qual a fornecida por eles (cânones da interpretação) (SCHAUER, 2009, loc. 2083).

³⁴² Observe-se que esse tipo de interpretação sistemática distingue-se da necessária verificação de possível existência de norma que efetivamente limite ou excepcione a aplicação da que está sob análise. A referida no texto é aquela em que, por exemplo, são procurados e colhidos termos semelhantes ou idênticos ao usado pela norma sob análise em outras normas do mesmo documento legal ou em vários outros, a fim de lhe dar o sentido.

Häberle, Atienza, na verdade, para lastrear uma prática amplamente *discricionária*,³⁴³ sem balizamento no direito, que era comum aos tribunais. Eles procuraram identificar como, por que e qual seria a base de sua ação "discricionária" e, conseqüentemente, qual deveria ser a ação exigida (juridicamente) dos tribunais nestas hipóteses de "discricionariade" – geralmente ocorridas nos chamados casos difíceis (*hard cases*). Logo, a defesa dos princípios como sendo jurídicos (norma jurídica) ocorre para trazer essa prática (discricionária) para dentro do padrão do Direito – que é a aplicação de uma decisão prévia de um agente por outro, ainda que este discorde da decisão, evitando normas *ex post facto* e *ad hoc*.

Por isso, identificar o *positivismo jurídico* com o *formalismo* é equivocado, embora seja verdade que o positivismo, em geral, como regra prestigia e defende o formalismo.³⁴⁴ O positivismo foi acusado pelo pós-positivismo de desrespeitar o padrão do Direito nas hipóteses de caso difícil, porque a norma jurídica não conteria uma decisão prévia a respeito de como os tribunais devem decidir, além de, em alguns casos, não reconhecer que o *direito posto* é superado por princípios morais básicos que informam o ordenamento jurídico.³⁴⁵

Portanto, os autores mais festejados desenvolveram suas teorias do direito e da interpretação jurídica com base na ideia do respeito à decisão política prévia do Parlamento e do Executivo, externada por meio de texto, pelo aplicador do direito. Preocuparam-se, no entanto, com os casos de hiperinclusão e hipoinclusão do texto

³⁴³ A discricionariade é uma característica imanente aos poderes políticos, haja vista que possibilita a ação com base em opções e tendências políticas, pelo que se venha a entender, no momento, como sendo oportuno e conveniente – a definição destes conceitos fica por conta desses atores políticos.

³⁴⁴ Cf., p. ex., Kelsen (2007, pp. 262-263), já citado. Ele defendia o respeito, pelo juiz, à norma posta. Entretanto, reconhecia que a autoridade conferida ao juiz viabiliza ao mesmo a "perigosa" usurpação da função legislativa: diante de uma norma mais abstrata, como, por exemplo, um princípio (como "liberdade", "igualdade", "justiça"), o juiz poderia perigosamente discutir, conformar e mesmo superar uma norma posta, ainda que isso fosse "não previsto pela Constituição e altamente inoportuno". Kelsen (2007, p. 125-126) também reconhecia, lembre-se, que em cada fase de aplicação do direito há também criação do direito. Isso é uma constatação prática de Kelsen, de nível operacional.

³⁴⁵ "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 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." (HART, 2007, p. 335). Cf, como complemento, respectivamente, o debate já citado neste trabalho entre Dworkin e Hart, no pós-escrito de Hart (2007, pp. 335-339) e a análise do caso *Riggs vs. Palmer*, por Dworkin (2003).

normativo, que poderiam gerar situação de aplicação absurda, injusta, descompassada e/ou desatualizada do Direito. A partir dessa constatação, passam a prever técnicas de superação dessa falha de caráter formalista e não formalista, mas sempre pretensamente racionais. Entretanto, quando olhamos o plano operacional, identificamos um problema dessas teorias ou, melhor, no uso dessas teorias: "como identificar a exceção?" e "como aplicar uma técnica racional não formal?".

Se a identificação da exceção for passível de erro, pode ser que o padrão do direito – aplicação por um agente da decisão de outro, ainda que o primeiro discorde dela – seja quebrado, dependendo do volume de erros. Após, se o modo de aplicação da técnica racional não formalista não for corretamente seguido, ter-se-á uma aplicação errada, e, por isso, ruim, do direito.³⁴⁶ E isso se essa técnica de aplicação não formalista for realmente racionalmente correta. Se houver erro na formulação dessa técnica ou se ela contiver problemas em si, a aplicação do direito já estará, desde o início, comprometida. Poder-se-ia argumentar, então: melhor, portanto, o positivismo; pelo menos nas hipóteses difíceis ele não crê na moral (razão) para decidir o caso, ele defende a ação discricionária naquilo que o texto legal não orientou. Mas esse argumento também é falho: ainda que se entenda o juiz como autoridade também criadora do direito enquanto o aplica, é certo que ele ainda está passível de errar na identificação da exceção.³⁴⁷ E, como dito, se ele tiver alta propensão de errar nessa identificação, o próprio padrão do direito fica comprometido. O resultado é, no mínimo, um direito de baixa qualidade.

Poder-se-ia pensar, como fazem muitos,³⁴⁸ que, se a razão é limitada para identificar os casos em que a regra jurídica deve ser excepcionada e para encontrar uma

³⁴⁶ Relembre-se que foi adotada uma concepção objetiva do que seria um direito ruim, como explicitado ainda na "Introdução".

³⁴⁷ Relembre-se: a identificação de se estar realmente diante de um caso absurdo, injusto, descompassado ou desatualizado frente à "vontade" da lei, do legislador, da política pública consubstanciada na regra jurídica sob análise, da sociedade ou da Constituição.

³⁴⁸ Cf., p. ex., Jonathan R. Siegel (2007), numa tentativa competente de responder ao desafio proposto por Vermeule (2006). Jonathan Siegel afirma ser possível defender técnicas de interpretação legal que vão além do texto (não formalistas) por meio da demonstração de que existiria uma base razoável para acreditar que as técnicas interpretativas possuem uma rede positiva de valor, apesar do seu custo, mesmo que esse valor não possa ser exatamente medido. Como os custos também não têm como ser medidos, sendo a afirmação de que eles seriam enormes uma intuição "racional" de Vermeule, não haveria problema em fazer o mesmo no sentido contrário – afirmando que os custos não são tão altos e os benefícios sim. Defende, ainda, que, assim como há razões institucionais para acreditar que a interpretação formalista é o método interpretativo mais adequado ao Judiciário, também haveria razões institucionais para acreditar que o melhor seria ele aplicar técnicas não formalistas. A resposta de Vermeule (2009) vem em forma de reforço da tese contida no seu livro de 2006.

decisão correta para a hipótese com base em propósitos ou princípios morais básicos, ela também seria limitada para (i) interpretar corretamente o fato jurídico e (ii) encontrar a regra legal aplicável. E, se tudo isso é custoso, de um modo ou de outro, por que não arcar com os custos de buscar uma decisão ideal em vez de buscar uma decisão apenas formalmente correta?

Primeiro, é preciso reconhecer que, se a razão é limitada para identificar as hipóteses absurdas ou injustas e para encontrar uma decisão ideal para o caso concreto, ela realmente é também limitada para (i) interpretar o fato jurídico em questão e (ii) localizar a regra jurídica aplicável. Mas o argumento falha no seguinte: não apenas identificou-se a razão como limitada, mas também que especificamente o Judiciário não tem meios (capacidade) para colher todas as informações (incerteza)³⁴⁹ exigidas pelas teorias interpretativas valorativas, ideais ou de primeira ordem (*first-best order*), e, pior, não tem o meio necessário (capacidade) para processá-las (razão limitada). Ou seja, as instituições aplicadoras do Direito em geral também sofrem com esse tipo de limitação, mas no Judiciário isso é particularmente grave.³⁵⁰ Ademais, as técnicas e dispositivos da teoria da decisão indicam que o juiz obterá melhores resultados (decisões) caso ele adote uma postura formalista. Poder-se-ia questionar, então: e os casos de aplicação absurda, injusta, descompassada ou desatualizada do Direito? Não serão resolvidos? As características institucionais e essas mesmas técnicas racionais de decisão demonstram que os poderes políticos têm mais condição de identificar com correção essas hipóteses, bem como de desempenhar a racionalidade exigida por interpretações não formalistas baseadas em propósitos ou princípios morais básicos. Logo, com base nas normas produzidas por eles, por meio de uma boa aplicação do formalismo, dificilmente o juiz decidiria de modo absurdo ou injusto.

Seria possível ainda mais uma objeção: mas mesmo assim, haverá hipóteses concretas em que a aplicação formalista do direito, na versão defendida na presente pesquisa, levará a situações absurdas, injustas ou à aplicação desatualizada do direito, prejudicando uma pessoa que seja. Uma primeira resposta que pode ser dada a essa objeção seria: realmente, se considerada apenas a norma em si e sendo demonstrado que irremediavelmente a consequência será absurda ou muito injusta, não há dúvida de que algo deve ser feito para evitar isso, tendo em vista que iria contra a própria razão de ser

³⁴⁹ Ou porque elas nunca serão alcançadas, ou porque o tempo despendido na busca e o seu custo são tão elevados que se torna proibitivo procurá-las.

³⁵⁰ Sobre esse ponto, confira o item "2.3.1." e "Objecções ao uso desses critérios pelos juízes".

do direito – garantir "uma regulação razoável da conduta humana" (SCHAUER, 2009, loc. 2008). Existe, entretanto, outro lado da questão. Pode-se dizer que o problema verdadeiro não é o resultado da aplicação da lei ser absurdo ou não, mas se o juiz e outros aplicadores do direito têm competência (legal e prática) para dizer o que é uma decisão absurda e determinar em quais hipóteses podem fazê-lo.

O estado de direito aconselha a tomarmos cuidado quando alguém tenta fazer valer a sua regra contra o que diz a lei formal.³⁵¹ Após todas as considerações expostas neste trabalho, inclusive a relutância em confiar até mesmo num tribunal para determinar o que é ou não absurdo, principalmente em questões regulatórias e de políticas públicas, seguir o que a lei diz passa a não mais representar uma ideia absurda. E talvez mais importante do que o argumento de respeito ao estado de direito, seja o argumento da própria democracia para sustentar a defesa da aplicação formal da lei.³⁵² De todo modo, uma adequada aplicação da técnica jurídica, ainda que formal, dificilmente levará a uma decisão absurda ou bastante injusta; sempre haverá formas jurídicas de evitar o pior.³⁵³ Como exemplo, cite-se a talvez mais famosa e dramática defesa do não formalismo: o caso dos exploradores de caverna (FULLER, 1949). Como lembra Frederick Schauer (2009, loc. 3347), o próprio Lon Fuller, em seu caso hipotético, levanta diversos meios para evitar a aplicação absurda ou injusta do direito, cada uma contando com uma aderência no tribunal. Uma delas era decidir *contra legem*, ou seja, ir contra o sentido mais imediato da norma que punia o assassinato. Mas, entre as outras, havia a sugestão de: a aplicação do sentido imediato da norma (interpretação formalista) e suspensão da execução da sentença; e de fazer o mesmo, só que dando cumprimento à sentença, ao mesmo tempo em que seria requerida ao Executivo a concessão do indulto (*pardon*) aos sentenciados. Não por coincidência, no caso real semelhante e anterior à história de Fuller, em 1884, decidiu-se nesta última forma recomendada. Aplicou-se a lei formalmente, como era e é costume na Inglaterra,³⁵⁴

³⁵¹ "The rule of law and not the rule of men, as it was traditionally described" ("A regra da lei e não a regra do homem, como era tradicionalmente descrito") (SCHAUER, 2009, loc. 2008).

³⁵² Nesse sentido, Schauer (2009, loc. 2016). Observe-se que a alusão a conceitos de alto nível de abstração e a razões de fundo foi feita principalmente porque o método que defendemos certamente será questionado do ponto de vista moral: pode propiciar resultados absurdos ou injustos. O compromisso deste trabalho com o empiricismo persiste. Apenas se procura, no ponto, demonstrar que o formalismo não deixa de revelar uma postura interpretativa adequada mesmo na hipótese de viabilizar alguma decisão concretamente injusta ou absurda.

³⁵³ A esse respeito, veja Schauer (2009, loc. 2003-2081 e 2777-2831).

³⁵⁴ Para uma análise breve e objetiva de como a lei é aplicada na Inglaterra, veja Sunstein (2011, pp. 224-225).

condenando os marinheiros náufragos à pena de morte, deu-se força executória à decisão, mas recomendou-se a concessão de misericórdia (*mercy*).³⁵⁵

Curiosamente, num caso real mais recente famoso em que realmente teria ocorrido um resultado ruim³⁵⁶ e/ou injusto,³⁵⁷ esse resultado ocorreu por causa do emprego de uma interpretação não formalista do Tribunal Territorial de Berlim, do Tribunal Supremo Federal e do Tribunal Constitucional Federal alemães. Caso tivessem aplicado o direito de maneira formalista, o resultado ruim e/ou injusto poderia não ter ocorrido. Outro aspecto interessante está no fato de que essa demonstração foi feita pelo eminente não formalista Robert Alexy,³⁵⁸ embora afirme que a decisão final foi "correta quanto ao resultado" (justa). Tratou-se da condenação das sentinelas do Muro de Berlim por assassinato durante o seu ofício e sob a égide da legislação da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) – que não só autorizava atirarem, mas o determinava em certas situações, prevendo punição ao soldado infrator.³⁵⁹ A aplicação de regra jurídica clara e específica do Direito Penal (para ser aplicável a pena é preciso haver a *culpabilidade* do agente)³⁶⁰ teria sido o bastante para impedir a condenação das, à época, sentinelas do Muro (ALEXY, 2003b, pp. 226-228).

³⁵⁵ Após, acabou sendo revista a decisão, por ter sido reconhecido um erro formal do procedimento, que levaria a uma pena máxima de três meses. De todo modo, em razão da irresignação de Sir Willian Harcourt, comutou-se a pena para seis meses de detenção (SIMPSON, 1984, pp. 239-247).

³⁵⁶ Por os tribunais terem aplicado de maneira errada as técnicas interpretativas que adotaram, ou pela análise subjetiva do resultado.

³⁵⁷ Como é próprio dos conceitos morais, muitos dirão que a decisão foi justa, outros tantos que ela foi injusta, dependendo da perspectiva, ideologia e elementos da análise.

³⁵⁸ "En el núcleo de los casos de los centinelas del muro encontramos precisamente que la justificación amparada por el derecho positivo de la RDA era nula desde un principio, ya que conculcaba unos principios que rigen con independencia del derecho positivo correspondiente. Soló así podía llegarse a la punibilidad en los casos de los centinelas del muro. En suma, pese a la citada frase (Formulierung) ['para la fundamentación de la punibilidad no es preciso aquí el recurso a principios jurídicos suprapositivos'] del Tribunal Constitucional Federal, para fundamentar aquí la punibilidad se precisa inexorablemente del recurso a principios jurídicos suprapositivos." (ALEXY, 2003b, pp. 220-221). O Tribunal Constitucional Federal, portanto, ao menos em parte de sua fundamentação, adotou uma postura positivista não formalista, aplicando-a erroneamente.

³⁵⁹ As sentinelas teriam seguido todas as disposições da legislação da época, com tiros de aviso e, pelo que se extrai do julgamento, não tendo atirado para matar, embora cientes dessa possibilidade. Cf. o julgamento do recurso dos condenados alemães à Corte Europeia de Direitos Humanos *K.-H. W. vs. Germany* (Application no. 37201/97).

³⁶⁰ Cf. o § 46, (1), do Código Penal Alemão: "A culpabilidade do autor constitui o fundamento para a fixação da pena. 2. Devem ser consideradas as consequências esperadas da pena para a vida futura do autor na sociedade". Cf., ainda, o Art. 26, *caput*, e Art. 28, § 1º, do Código Penal Brasileiro.

3.2

A interpretação das normas constitucionais

Ainda mais importante, as doutrinas a respeito da aplicação das normas constitucionais devem ser avaliadas por meio das capacidades das instituições que as aplicam e dos efeitos sistêmicos decorrentes do uso destas doutrinas sobre a qualidade do direito – sua produção e aplicação de maneira geral, por todo o Estado e sociedade. Como as normas constitucionais têm um processo de aprovação e de sustentação diferente das normas legais em geral, também a identificação do modo pelo qual devem ser aplicadas deve ser diferenciada da análise relativa às normas legais em geral. Como a Constituição³⁶¹ contém menos textos claros e de conteúdo evidente que as normas infraconstitucionais, uma primeira consequência de uma postura de maior deferência aos atos do Legislativo e do Executivo é a diminuição do papel dos tribunais na interpretação constitucional quando comparado ao seu papel na interpretação infraconstitucional. Por outro lado, como a Constituição brasileira é bastante analítica, contendo muito mais regras do que *standards*,³⁶² a tarefa da jurisdição constitucional não será pequena e nem de menor importância. Pelo contrário, os elementos e os resultados da aplicação dos instrumentos constantes neste trabalho indicam que sua atuação (do Judiciário) pode passar a ser mais útil e menos danosa do que ocorreria caso a Constituição fosse majoritariamente principiológica.

O problema da escolha interpretativa sob incerteza ou incerteza profunda, a ser adotada para solução da hipótese sob análise ou para ser uma postura padrão, deve ser resolvido com auxílio dos instrumentos expostos no item "2.3.6." – ou outros que se mostrem melhores para possibilitar uma decisão racional mesmo diante de incerteza. A análise da capacidade das instituições em aplicar métodos de superação dos limites da razão³⁶³ também é necessária para indicar a postura interpretativa das normas constitucionais que deve ser adotada pelos servidores do Judiciário, do Legislativo e do Executivo. O último aspecto que deve ser considerado é o aspecto externo da jurisdição constitucional: a base (política) de sustentação do constitucionalismo e a interação das instituições neste processo. Estes dois pontos práticos também influem na escolha do

³⁶¹ Refere-se às Constituições em geral.

³⁶² Conforme demonstrado acima.

³⁶³ Importante para definir em qual delas deve ficar a competência da criação e atualização do direito.

método interpretativo constitucional que cada instituição envolvida no sistema constitucional deve adotar.

Se for verdade que "os tribunais [brasileiros] passaram a enfatizar a eficiência e as consequências econômicas e sociais de suas decisões" (WALD, 2012), a análise da postura interpretativa da jurisdição constitucional sob as perspectivas delineadas acima se torna indispensável e urgente.

É o que passaremos a fazer.

Os instrumentos levantados ao longo deste trabalho serão agora usados para identificar qual(is) o(s) tipo(s) de interpretação das normas constitucionais deve(m) ser assumido(s) pelo Judiciário, pela Administração Pública e pelo Legislativo.

Embora a Constituição brasileira de 1988 seja clara quanto à existência da jurisdição constitucional,³⁶⁴ existem questões que devem ser postas a esse respeito que não exigem qualquer proposta de reforma constitucional.³⁶⁵ Por exemplo, é desejável a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo, ainda que de forma incidental, que não por meio do procedimento previsto no Art. 97 da Constituição brasileira?³⁶⁶ A Constituição realmente permite que juízos singulares declarem, ainda que incidentalmente, inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo?³⁶⁷ Quais os limites da jurisdição constitucional ou qual deve ser esse limite?³⁶⁸ É desejável que o

³⁶⁴ Art. 97 e Art. 102, CFRB.

³⁶⁵ Caso se esteja disposto a questionar a Constituição vigente, propondo mudança, é possível e oportuno questionar, como fazem os estadunidenses e britânicos – porque não há previsão na Constituição deles nesse sentido –, se vale a pena ter um controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário.

³⁶⁶ P. ex., Carlos Augusto Silva (2004) concluiu que o controle difuso de constitucionalidade no Brasil não é necessário, tendo em vista que já temos o controle concentrado cuja legitimidade ativa aumentou bastante em relação à Constituição anterior. Pior, além de não haver necessidade do controle difuso, ele é prejudicial ao sistema jurídico como um todo. Ele estudou especificamente o caso do Direito Tributário e os problemas gerados pelo controle difuso, especialmente as liminares concedidas por juízos singulares, sobre o Sistema Tributário Nacional, a organização tributária dos agentes econômicos, sobre a organização dos Fiscos e sobre a própria concorrência entre os agentes econômicos, tendo em vista que os "incentivos" fiscais concedidos pelo Judiciário para um ou alguns agentes faz com que a concorrência se torne bastante desleal. Esses problemas foram minimizados com a Emenda Constitucional (EC nº 03/1993) que introduziu a Ação Direta de Constitucionalidade no sistema jurídico nacional. Entretanto, não seria leviano afirmar que o primeiro erro foi corrigido por meio de outro erro. Contra a previsão de ações com efeitos vinculantes e *erga omnes* em tribunais superiores, por todos, Maximiliano (2011, pp. 76-77).

³⁶⁷ Esse debate foi registrado no item "2.2."

³⁶⁸ Como exemplo na doutrina nacional, veja Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 143: "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. E não há discussão metodológica que prescindida dessa discussão de base.") e Paulo Bonavides (2010b, pp. 48-49: "A maior ou menor coincidência de áreas da Ciência Política com o Direito Constitucional, ditando o grau de profundidade das relações entre ambos, se acha, segundo a perspicaz observação de [Georges] Burdeau, na dependência da estabilidade ou instabilidade do meio político e social"). Pierre Bourdieu (2009, pp. 209-254) ajuda a revelar a disputa

Judiciário, geralmente por meio de um número muito reduzido de agentes,³⁶⁹ aplique todo tipo de norma constitucional, regras e *standards*, ainda que estes últimos sejam muito abstratos e ele possa fixar o seu conteúdo em contradição ao conteúdo fixado em procedimento regular pelo Legislativo ou pelo Executivo? A Constituição permitiu ou teve por intenção que isso acontecesse?

Em contraste com a visão de que *a*) a jurisdição constitucional só atua para a preservação de direitos em face do Estado e que, assim, seria indispensável à democracia e ao estado de direito; existem outras no sentido de que, *b*) para cada proteção a direito feito pela jurisdição constitucional, existe outra que elimina direitos e garantias (VERMEULE, 2006, p. 231); ou *c*) que elimina mais direitos e garantias do que as que conferem, prejudicando mais do que contribuindo com a democracia (TUSHNET, 1999; HIRSCHL, 2004 e 2006; WALDON, 2006); ou *d*) que uma postura ativista da jurisdição constitucional não é algo bom para ninguém, nem para quem defende uma ampliação dos direitos e garantias sociais e econômicos – uma postura "de esquerda" –, nem para os que privilegiam a defesa de direitos civis e políticos em detrimento dos demais – uma postura de "direita", haja vista que, com o tempo e alteração dos membros do tribunal, ora o ativismo judicial é em prol da ampliação de direitos ou das garantias de direitos sociais e econômicos, ora atua em sentido contrário, fulminando-os com fundamento na livre iniciativa, liberdade individual etc., e que, de um modo geral, a jurisdição constitucional caminha próximo à opinião pública, porque, se não o fizer, os poderes políticos atuarão, constringendo-a a se adequar (FRIEDMAN, 2004, especialmente pp. 1295-1298; ESKRIDGE e FRICKEY, 1994, especialmente p. 32; ACKERMAN, 2006; GRIFFIN, 2005); ou, ainda, *e*) que os tribunais constitucionais – instituições relativamente novas, geralmente criados após o fim de um período de exceção para contrabalançar, com base na nova Constituição, as decisões dos tribunais

pelo poder de dizer o direito ("a divisão do trabalho jurídico") por meio da sua análise do "poder simbólico". Inicialmente, identifica a distinção entre os "profanos" e os "profissionais". Depois, na dinâmica interna ao direito, afirma que as diferentes categorias de intérpretes autorizados "tendem sempre a distribuir-se entre dois pólos extremos", ponto em que analisa a divisão do poder de interpretar o direito entre os práticos, "magistrados" e os "peritos judiciais", como os advogados e notários, e os teóricos ("professores"). Os teóricos e os práticos disputam o monopólio de dizer o direito ao mesmo tempo em que são cúmplices. O respeito do juiz à regra jurídica e ao sentido que a doutrina confere a ela é um meio de manter esse "equilíbrio". Esta seria uma justificativa para que ele não pudesse superá-la. De todo modo, a aplicação dessa teoria no Brasil deve ser feita com precaução. Cada vez é maior o número de práticos que ingressam na cátedra, tornando-se, também, teóricos. Os práticos, assim, reforçam o seu poder na divisão interna do monopólio da interpretação jurídica, atuando nos dois polos.

³⁶⁹ Como visto, as questões constitucionais mais importantes submetidas ao Judiciário acabam sendo decididas pelos poucos membros do tribunal de última instância.

ordinários cujos membros foram nomeados durante o período anterior – não são indispensáveis, ao contrário dos tribunais ordinários (COMELA, 2005). Embora muitos destes textos sejam voltados para a realidade dos Estados Unidos, outros são voltados também para a realidade da América Latina e Europa ou têm uma perspectiva em escala global, como o texto de Víctor Ferreres Comella (2005) e os de Ran Hirschl (2004 e 2006). De todo modo, todos eles são úteis à discussão brasileira, tendo em vista que muitos dos fatores que analisam também se encontram presentes no Brasil.³⁷⁰

Importante registrar neste momento que a supremacia da Constituição realmente é clara, o que não é evidente é a supremacia judicial, seja para dizer todo ou parte do significado das normas constitucionais, seja para exercer o papel preponderante para efetivar e fazer valer a Constituição. Essa distinção é reconhecida historicamente, inclusive, pelo próprio STF.³⁷¹

³⁷⁰ Quanto a este ponto, cf., por todos, José Ribas Vieira (2011, pp. 159-164) e Daniel Almeida de Oliveira (2011, pp. 19-28).

³⁷¹ Por exemplo, no que toca à interpretação constitucional dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado, o STF sempre entendeu que essa interpretação caberia às respectivas casas legislativas. Cf. o acórdão do MS-AgR 26062 DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09/03/2008 : "(...) 4. A interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria *interna corporis*, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.". No que toca à interpretação dos conceitos de "relevância e urgência" (Art. 62, *caput*, CRFB) para a edição de medidas provisórias, o STF historicamente entendia que a interpretação de tal *standard* cabia ao presidente da República – o controle de constitucionalidade caberia ao próprio presidente e ao Legislativo, que poderiam sustar ou revogar a norma. Apesar de reconhecer a possibilidade jurídica do controle jurisdicional sobre esses requisitos, na prática, o STF era bastante deferente à discricionariedade dos poderes políticos. A esse respeito, confira a ADI 525 MC/DF, plenário STF (12.06.1991), "(...) A ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional (ADIn 162, de 14.12.89). (...)"; a ADI 1417/DF, plenário STF (14.12.1998), "(...) Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. (...)"; a ADI 1647/PA, plenário STF (02.12.1998), "(...) Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, se tais requisitos – relevância ou urgência – evidenciarem-se improcedentes, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. (...)"; a ADI 1717 MC/DF, plenário STF, "(...) No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito. (...)". Curiosamente, após tanto pleito doutrinário para que ocorresse a interpretação desse *standard* pelo STF – confira, por todos, Humberto Bernmann Ávila (1997, pp. 84-86), Celso Ribeiro Bastos (1989, pp. 263-264 e 268-269), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, pp. 68-69) e Clèmerson Merlin Clève (1999, pp. 143-147) –, começaram a ocorrer decisões "ruins" e perigosas, como a que entendeu inconstitucional a medida provisória que criava o Instituto Chico Mendes, porque, na visão do tribunal, contrariando a visão da entidade especializada (a Administração Pública), não haveria "urgência" no caso, como já mencionado. Após petição da Advocacia-Geral da União, o STF reconheceu os efeitos maléficis da sua decisão e voltou atrás, dando efeito prospectivo à mesma (SANTOS, 2012). A

Muitos países democráticos recusaram, em maior ou em menor medida, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário.³⁷² Ainda que se pudesse concordar que a jurisdição constitucional seria um conceito realmente necessário para a existência de qualquer ordenamento constitucional por ser exigido na hipótese de se pedir a um tribunal o cumprimento de uma lei alegada válida,³⁷³ fora desse aspecto não haveria nenhuma exigência lógica ou conceitual dela. As questões a respeito de quem tem maior capacidade de efetivar a Constituição, se a jurisdição constitucional contribui para a ampliação ou garantia de direitos, quais tipos de postura interpretativa do Judiciário poderiam comprometer essa contribuição e trazer prejuízos não só aos cidadãos, mas também à democracia e ao próprio estado de direito são questões conjunturais que

respeito dessa mudança de entendimento do STF, veja a ADI 2213 MC/DF, plenário STF: "(...) UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material – investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de 'checks and balances', a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Consequente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão.". Uma das conclusões do presente trabalho é justamente que quem deveria desempenhar esse controle quanto ao conteúdo de "relevância e urgência" é o próprio Legislativo. Não deixa de ser curioso, ainda, ver o Judiciário entendendo que precisa proteger o poder mais legitimado da República, o poder que pode, inclusive, expulsar, legitimamente, o presidente da República e os ministros do STF de seus cargos (Art. 52, inciso II e III, CRFB).

³⁷² Como Suíça, Reino Unido, Holanda, Finlândia, Austrália e Nova Zelândia. Cf. Arne Mavcic (2010). A Austrália, por exemplo, possui uma Constituição escrita com um tribunal para garantir sua aplicação, mas prevê apenas poucos direitos e garantias fundamentais, os quais são interpretados de maneira bastante restrita pelo tribunal (TUSHNET, 2008, pp. 19-20). Mark Tushnet (2008, p. 19) relata uma tentativa da *Australian High Court*, nos anos 1990, de inferir direitos e garantias individuais da estrutura geral e dos compromissos republicanos do governo, mas a abandonou rapidamente quase por completo.

³⁷³ Nesse sentido, Matthew Adler e Michel Dorf (2003), afirmando que o tribunal teria que verificar se a lei realmente é uma lei e, para isso, teria que conferir o que diz a Constituição sobre o que é uma lei – quem a edita e o procedimento prévio exigido, ao menos – e declarar tratar-se de uma lei. O problema é que, caso esse raciocínio seja aceito, a questão se estenderia à própria Constituição. E não há base legislativa formal superior à Constituição. Se esse raciocínio for aceito, o juiz não poderia fazer cumprir uma norma da Constituição, porque não há um documento jurídico formal que diga quais os requisitos que uma Constituição (originária) deve ter. Por isso, o argumento de Adler e Dorf não tem ou tem pouca relevância para decidir a respeito da imprescindibilidade ou não do controle judicial de constitucionalidade.

exigem análise empírica para serem respondidas. De modo que, ainda que se possa chegar à conclusão de ser desejável a jurisdição constitucional do ponto de vista teórico ou consideração de primeira ordem (*first-best*), ela poderia não ser numa consideração de segunda ordem (*second-best*): a contextualização dos argumentos morais ou de alto nível teórico/conceitual pode indicar que, na prática, o desenho institucional ideal fracassa ou é pior do que outro não ideal. Portanto, nessa análise é necessária a aferição das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos da postura interpretativa adotada,³⁷⁴ o que leva a perguntas do tipo: a) "o significado da Constituição realmente deve ser dito de maneira final pelos juízes?"; b) "os juízes devem interpretar a Constituição de modo suplementar ao realizado pelo Legislativo e/ou Executivo?"; e c) "diante da distribuição da competência decisória (interpretativa) entre as instituições, qual postura interpretativa das normas constitucionais deve ser adotada pelos juízes, qual(is) procedimento(s) interpretativo(s) devem decidir adotar?"

3.2.1

A interpretação constitucional de primeira ordem e de segunda ordem

Já deve ter ficado claro que as conclusões a respeito da interpretação constitucional obtidas num mundo *first-best* serão diferentes das obtidas num mundo *second-best* – em que foca-se na realidade e, uma vez identificada a impossibilidade de responder as questões mais importantes de alto nível teórico-conceitual-abstrato ou de sua aplicação no mundo real, parte para considerações de segunda ordem e para uma prática que seria a melhor entre aquelas viáveis.

Doutrinadores que não levam em conta ou não levam em conta suficientemente questões empíricas no que toca à teoria da constituição podem chegar a conclusões distintas das que possuem quando deparados com a real capacidade de interpretação de algumas instituições. Utilizando os exemplos de Vermeule (2006, pp. 252-253), dependendo do que se prove a respeito da capacidade interpretativa dos juízes, por

³⁷⁴ Ainda que se entenda não ser adequada a adoção de apenas uma postura interpretativa, seja na solução de cada caso concreto – deve-se ou pode-se adotar mais de uma doutrina interpretativa na solução de um mesmo caso –, seja na solução de todos os casos submetidos à instituição – ao longo da vida da instituição, ela pode variar a doutrina interpretativa que adota diante da peculiaridade da hipótese a ser decidida –, esse entendimento já é uma escolha de postura interpretativa. O mesmo se dá quando o decisor nem mesmo considera, conscientemente, essas possibilidades. Ou seja, a escolha da postura ou estratégia interpretativa é uma questão inafastável ao decisor.

exemplo: que seriam bastante falíveis, Akhil Reed Amar poderia concluir que julgariam melhor se adotassem uma interpretação da análise do significado das expressões da norma jurídica circunscrita ao próprio dispositivo legal (*clause-bound*) em vez do *intratextualismo*.³⁷⁵ Lawrence Lessig concordaria, com base em suas próprias premissas, que os juízes seriam melhores "tradutores" se eles permanecessem adstritos à humilde prática de transliteração que tanto depreciam.³⁷⁶ Do mesmo modo, Ronald Dworkin concluiria que, mesmo do ponto de vista moral, o "direito como integridade" seria mais bem aplicado se defendida uma interpretação relativamente literal ou mecânica da norma, a qual adote o significado mais aparente e superficial (comum) do texto normativo, em vez de uma ambiciosa busca pela síntese de princípios presentes em amplas áreas do direito.³⁷⁷ Não se deve esquecer, por outro lado, que Dworkin, mesmo em sua teoria de interpretação teórico-valorativa, defende a deferência judicial aos atos do Legislativo e da Administração que tratem de *questões políticas*, pela impossibilidade de controle racional pelo Judiciário – princípios não deveriam ser usados para controlar políticas públicas ou regulatórias em geral. Robert Alexy não chegaria a conclusão distinta, caso fique demonstrado que juízes falíveis não raras vezes substituem opções políticas dos legisladores pelas suas ou por outras decisões pouco racionais ao invocar a *interpretação conforme à Constituição* ou ao utilizar um princípio constitucional como um *mandado de otimização* da norma jurídica.³⁷⁸ O mesmo pode ser dito de Habermas, caso fique demonstrado que os juízes têm pouca

³⁷⁵ O intratextualismo defende a obtenção do significado da norma pela análise de todo o documento legal em que a norma está inserida – de todas as demais normas do documento –, e não apenas o texto da norma em si. Afirma que, frequentemente, a leitura de todo o texto Constitucional elucida os textualistas quanto ao sentido/significado de uma determinada norma constitucional. Cf. Akhil Reed Amar (1999).

³⁷⁶ Sobre a interpretação da Constituição como uma atividade de tradução (*translation*), veja Lawrence Lessig (1993).

³⁷⁷ Por exemplo, em *Taking Rights Seriously*, Dworkin (1991, pp. 22 e ss. e 90 e ss), para evitar que sua teoria transformasse a Constituição em uma ordem fundamental, faz a distinção sobre quais hipóteses seria cabível o *judicial review* (a jurisdição constitucional) com base em princípios. Afirma que ele seria cabível quando estivesse em questão direito individual (*questões de princípios morais*), devendo o Judiciário ser deferente aos poderes políticos nas *questões de política*, ou seja, quando estabelecido um objetivo coletivo. Neste último caso, ele reconhece, não seriam aplicáveis os princípios jurídicos nem seria possível um controle racional por parte do Judiciário, tendo em vista que a sua lógica é a da democracia (vontade da maioria ou *princípio majoritário*), um tipo de racionalidade que o Judiciário não teria como desenvolver (ou desenvolver a contento). Cf., a respeito, o item "1.1."

³⁷⁸ Cf. o já citado Robert Alexy (2008, pp. 581-582), afirmando não ser correto nem desejável um controle judicial de constitucionalidade que leve à inexistência de discricionariedade do legislador, uma vez que contrariaria o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado: "Se a objeção de Böckenförde, segundo a qual a teoria dos princípios levaria a uma eliminação de toda competência decisória autônoma do legislador, fosse correta, então, a teoria dos princípios seria atingida no coração.". Cf. o item "1.1."

capacidade de operar a razão prática.³⁷⁹ E, ainda que tivessem capacidade de operar a razão prática, Habermas concluiria provavelmente que os juízes deveriam se submeter aos atos do Legislativo e da Administração na hipótese de ficar demonstrado que os juízes acabam estendendo os direitos/valores procedimentais, interferindo decisivamente também no conteúdo de normas substantivas constitucionais e infraconstitucionais, de forma que os demais espaços públicos tenderiam a ficar adivinhando como os tribunais irão decidir para só daí legislar,³⁸⁰ engessando-os. Também com essa demonstração, acredita-se que Habermas seria favorável a uma aplicação formalista do direito, a favor da *soberania popular*.³⁸¹

Quanto aos autores brasileiros, não seria diferente. Como exemplo, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2010), que defendem decisões judiciais baseadas em princípios e por meio de *ponderação*, mas exigem demonstração passo a passo do caminho percorrido pelo juiz para chegar à decisão.³⁸² Também, Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug (2010, p. 146 e 163-164), que defendem, à semelhança de David Strauss (1996), a atualização das normas constitucionais abstratas e genéricas pelo intérprete – como não especifica qual intérprete, presume-se que sejam todos, estando o

³⁷⁹ E, obviamente, mesmo reconhecendo a viabilidade da razão prática – lembrando que a principal ou uma das principais características do juspositivismo é negar a viabilidade da razão prática. Cf. item "1.3.2."

³⁸⁰ Tendo sua discricionariedade praticamente substituída pela "razão dos juízes".

³⁸¹ Pela importância, transcreva-se novamente: "A existência de tribunais constitucionais não é autoevidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do estado de direito. E mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. E tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação, resultante do enfaixamento *institucional* de funções, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição." (HABERMAS, 2010, p. 298). E também: num estado democrático de direito, a corte constitucional deve "entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político." (HABERMAS, 1997, p. 99). Cf., ainda, José Eisenberg (2003, p. 45).

³⁸² "(...) quando a decisão envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando em cada ponto por que decidiu por uma direção ou sentido, e não por outra. Nada obstante o truísmo do que se acaba de afirmar, provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal [cita, inclusive, afirmação do Min. Sepúlveda Pertence reclamando desse fato, no HC 78.013-RJ, STF]. (...) Nessas hipóteses, é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e a argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo, assim, que as partes possam controlá-la. (...). No seu limite máximo, [a ponderação] presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem inspiradas como as nem tanto." (BARROSO e BARCELLOS, 2010, pp. 293-294 e 290-291).

Judiciário como o intérprete final –, mas salientam que ele não pode ir além da "expressão literal da norma interpretada" e da "vontade desta", sob pena de atuar como legislador positivo e não como intérprete. O mesmo ocorreria com Carlos Maximiliano, como será visto mais adiante, e com a maioria dos autores de Direito Regulatório cujo pensamento está sintetizado no item 3.2.3.

3.2.2

Características das instituições e postura interpretativa: as variáveis

Serão analisadas, a seguir, as variáveis institucionais, tendo como pressuposto a indissociabilidade de duas questões principais: *a)* onde deve ser alocada a autoridade interpretativa da Constituição – só no Judiciário, apenas no Legislativo ou compartilhada entre ambos?;³⁸³ e *b)* diante de determinada alocação de autoridade interpretativa da Constituição entre as instituições, como devem os juízes interpretar as normas constitucionais?

Uma diversidade muito grande de variáveis poderia ser levantada. Entretanto, a fim de simplificar e mesmo permitir o raciocínio proposto, elas serão limitadas da seguinte forma. Primeiro, não serão consideradas alterações ou propostas de alteração da atual alocação de competências estatais. Serão considerados apenas três tipos de supremacia quanto à interpretação da Constituição: a supremacia judicial, a supremacia legislativa ou uma supremacia intermediária, que exigisse uma postura deferente do Judiciário diante da interpretação constitucional legislativa, atuante apenas no caso de violação clara de regra constitucional.³⁸⁴ Cabe mencionar que essa posição intermediária não é incomum no meio jurídico acadêmico, muito ao contrário. Pelo menos até o advento da Constituição de 1988 e especialmente até a formação do STF do

³⁸³ Cumpre ressaltar que a simples colocação dessa questão costuma ser tratada como antidemocrática no Brasil. Alega-se que defender a supremacia do Legislativo ou de outra instituição na aplicação da Constituição seria um argumento totalitário, uma vez que, por exemplo, era o posicionamento de Carl Schmitt – o guardião da Constituição é o chefe de Estado –, em contradição ao posicionamento de Kelsen, que a história teria provado que estava certo. Nesse sentido, por todos, Gilmar Ferreira Mendes (2007). De todo modo, o "Poder Moderador" já foi exercido no Brasil por muitos anos pelo chefe de Estado – o imperador D. Pedro II –, existindo historiadores e juristas que registram a adequação do instrumento, bem como que poderia existir tal poder em diversos ordenamentos constitucionais, ainda que de modo implícito. Cf. a respeito Raymundo Faoro (2001).

³⁸⁴ Chamada de *Thayerian decision-rule*, por Vermeule (2006, p. 256), em alusão à defesa da "*rule of clear mistake*" de James Bradley Thayer (1893).

governo Lula.³⁸⁵ O que seria, a propósito, natural, diante da tradição jurídica existente no Brasil – a romano-germânica.³⁸⁶ Em segundo lugar, a preocupação será analisar um conjunto de variáveis capaz de responder ou dar um indicativo de resposta às duas questões principais postas acima.

A capacidade institucional, o risco de seus agentes agirem em proveito próprio (egoísta) e os seus custos. Assumindo que o controle judicial de constitucionalidade foi estabelecido na esperança de que o Judiciário corrigisse os eventuais erros do Legislativo e do Executivo na aplicação da Constituição,³⁸⁷ é importante identificar que erros seriam esses, por que ocorrem e se o Judiciário, realmente, seria menos tendente a cometer os mesmos erros, quando do controle dos atos dos poderes políticos.

Os legisladores errariam, basicamente, por dois motivos. Por limitação na capacidade de entender e aplicar (interpretar) a Constituição e por agir em proveito próprio ou individual. No primeiro caso, o erro ocorreria independente da boa intenção do legislador. Decorreria da limitação da capacidade de todos os legisladores de interpretar a Constituição ou das limitações do próprio processo legislativo – dos ruídos gerados ao longo do processo de aprovação de uma lei, cujo documento final, resultado do acordo possível para a sua aprovação, conflite total ou parcialmente com regras e

³⁸⁵ Confira, p. ex., a jurisprudência do STF no que toca à interpretação do Art. 62, *caput*, da CRFB (sobre a quem compete definir os conceitos de "necessidade e urgência" para a edição de medida provisória), e a relativa à interpretação dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, acima transcritas. Confira, também, a postura interpretativa do STF diante das normas regulatórias, delimitada mais abaixo.

³⁸⁶ Sobre essa tradição e sua distinção da tradição anglo-americana, veja Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos (2008). No ponto, interessante a posição de Célio Borja (2005), ao criticar a defesa da aplicação do precedente judicial no Brasil: "Nós somos de formação romanística, nós somos da *civil law*. Não somos *common law*. E agora está se dando valor fundamental, tanto na formulação na regra de direito como na interpretação dela, ao precedente judicial. Pretende-se que ele responda a todas as indagações ou às principais indagações do intérprete e do aplicador do direito. E mais: entende-se que o direito não está na lei feita pela representação nacional mas no que os ingleses e americanos chamam de *rule of law*, ou da *ratio decidendi* da sentença. É preciso chamar a atenção dos responsáveis, que são os que ensinam, pesquisam e estudam, para o que isso implica. É prerrogativa, claro, de cada geração, escolher o seu caminho. Mas existem umas pré-condições para que o precedente seja fonte de produção da lei. E a primeira delas é aprender a trabalhar com os métodos que o precedente judicial reclama. E o principal método do precedente judicial é a analogia. E nós não aprendemos a trabalhar com analogia. Se você perguntar a 90% dos advogados brasileiros o que é analogia, eles não sabem responder. (...) Nós não podemos afirmar que essa influência anglo-americana perdurará e se manterá, que vai se sustentar. A herança romana é muito forte. Os fundamentos romanos do pensamento jurídico brasileiro e do mundo ocidental são multisseculares; de um modo geral a influência romana é imensa".

³⁸⁷ Essa seria a posição de Hamilton (VERMEULE, 2006, pp. 238-239), um dos componentes da *founding generation* dos EUA. Como já referido, a compreensão tradicional da política americana estabelece que as legislaturas ordinárias estaduais e até mesmo o Congresso Nacional podem, em certas ocasiões, ameaçar os direitos constitucionais assegurados aos cidadãos. Estabelece ainda que o papel da Suprema Corte, então, seria exatamente o de se contrapor às maiorias legislativas e, quando necessário, afastar a aplicação de regras que infrinjam os direitos e as liberdades civis (GRIFFIN, 2000).

princípios constitucionais. Entretanto, os juízes estão sujeitos aos mesmos erros. Por mais confiáveis que possam ser, os juízes também estão sujeitos a errar na aplicação da Constituição,³⁸⁸ seja por limitações na sua capacidade individual, seja pelas limitações geradas pelo processo judicial que servirá de base para sua decisão.

A atuação em proveito individual ou próprio levaria também a uma aplicação errada da Constituição (uma ação contrária a ela) mesmo por parte de agentes cuja capacidade interpretativa seja perfeita. A doutrina, como visto, é farta em apontar esse vício do legislador e do administrador público, indicando soluções por meio do Judiciário. Entretanto, os juízes também estão sujeitos a esse vício – seja uma atuação em benefício individual, seja no benefício da classe.³⁸⁹ Só que essa atuação egoísta (*self-dealing*) dos juízes é mais perigosa do que a ação dos legisladores e dos administradores públicos. Pelo simples fato de que eles não estarem sujeitos à recondução, nem qualquer outro tipo controle popular. Por exemplo, a concessão de vantagens e verbas salariais aos juízes por eles próprios, considerados desarrazoados pela população, não pode acarretar, como acarreta com o chefe do Poder Executivo e com os membros do Legislativo, na não eleição dos candidatos de seus partidos nas eleições municipais e estaduais, bem como na não eleição deles próprios. Como exemplo concreto, pode-se citar, entre vários, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dos poderes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), inclusive com duas liminares contrárias à atuação do CNJ e o entendimento do próprio STF no sentido de que os seus membros não estariam sujeitos ao CNJ.³⁹⁰ Também cabe citar decisão do CNJ, sem respaldo legal e questionado diretamente no STF por meio de uma ação popular por estender benefício previsto em lei para os membros do Ministério Público e

³⁸⁸ Prova disso, são o número de substituição de julgados de tribunais regionais e superiores pelo Supremo Tribunal Federal e, mesmo, das muitas decisões por maioria deste último tribunal sobre o que seria constitucional no caso concreto – com existência frequente de votos em sentido diametralmente opostos.

³⁸⁹ O corporativismo dos juízes é tão forte e reconhecido que levou à criação de um órgão "externo" para servir de corregedoria: o Conselho Nacional de Justiça.

³⁹⁰ Cf. os já citados ADI 4.638/2011 e MS 31.085/2011 (sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça, em que se verifica um ativismo no sentido de ampliação dos poderes do STF, especialmente ao decidir que não se submete ao controle desse órgão. Os julgamentos se deram por maioria, em pontos relevantes, por 6 a 5. Decisões liminares de 19/12/2011, de 02/02/2012 e de 09/02/2012). Nos EUA, pode-se citar os casos *United States vs. Will*, 449 U.S. 200 (1980); *United States vs. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000); e o talvez mais representativo desse vício dos agentes públicos e mais polêmico *Bush vs. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), cujo efeito do julgamento foi a declaração do candidato que obteve o segundo maior número de votos válidos (Bush) como sendo o novo presidente dos EUA, e não o que obteve o maior número de votos (Gore).

aos membros do Judiciário.³⁹¹ A Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) ingressou na ação como assistente do CNJ. O Min. Luiz Fux, relator do processo e juiz de carreira, indeferiu a petição inicial e extinguiu a ação popular sem julgamento do mérito. Posteriormente, a Advocacia-Geral da União fez o mesmo pedido ao STF, porém com uma abrangência restrita ao Conselho da Justiça Federal, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar.³⁹² Ou seja, ainda que deferido o pedido, a concessão do benefício inconstitucional e ilegal continuará nos demais tribunais de todo o Brasil. A concessão de vantagens ilegais ou inconstitucionais em todos os tribunais do Brasil aos seus membros é tão grande, que um Ministro do STF editou a Proposta a Súmula Vinculante nº 71, no dia 12 de abril de 2012. Ela pretende tornar inconstitucional a concessão de "vantagem não prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional", a Loman.³⁹³

Observe, contudo, que muitas vezes é difícil distinguir o que seria uma ação egoísta de outra ação com efeito semelhante, mas decorrente da capacidade limitada da instituição ou de seus membros. Mecanismos cognitivos, como a tendência a autofavorecer-se (*self-serving bias*) e a razão motivada (*motivated reasoning*), podem fazer com que uma ação egoísta seja vista como um "erro sincero" (VERMEULE, 2006, p. 258).

O ideal seria comparar os três tipos de controle de constitucionalidade suscitados quanto ao resultado gerado por estas duas variáveis na qualidade do direito gerado. Na hipótese da supremacia judicial, os juizes poderiam anular mais interpretações corretas da Constituição feitas pelo Legislativo e Executivo do que corrigir as incorretas. Na pior das hipóteses, essa supremacia poderia somar aos erros cometidos pelo Legislativo e Executivo na aplicação da Constituição os erros do próprio Judiciário. Ou seja, os juizes não ou pouco reconheceriam os verdadeiros erros dos poderes políticos, deixando de corrigi-los e, além disso, anulariam sob a pecha de inconstitucionais, também por erro, normas totalmente constitucionais.

³⁹¹ Trata-se da Resolução 133/2011 do CNJ. Na verdade, o benefício já vinha sendo deferido desde agosto de 2010, mas apenas em 2011 o CNJ previu a concessão em resolução. Cf. AO 1.725, STF, Relator Min. Luiz Fux.

³⁹² Cf. ACO 1.924, STF, Relator Min. Luiz Fux.

³⁹³ Na justificativa da proposta encontra-se: "em razão do grande número de leis e atos normativos estaduais, bem como de decisões administrativas de tribunais que insistem na outorga a magistrados de vantagens não previstas na Loman, entendo pertinente a edição de Súmula Vinculante para eliminar esta prática". Cf. *Conjur*, 15 mai. 2012. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2012-mai-15/supremo-decidir-derruba-concessao-beneficios-juizes>>. Acessado em: 06 ago. 2012.

A vitaliciedade, a irredutibilidade dos salários e a autonomia administrativa dos juízes vs. controle popular sobre os legisladores e administradores públicos. Ao contrário do muitas vezes sustentando, o isolamento dos juízes da política pode ser um fator ruim no que toca à qualidade e correção das suas decisões, especialmente em questões constitucionais. A visão comum é no sentido de que esse isolamento, propiciado pela vitaliciedade, pela irredutibilidade dos salários e pela autonomia administrativa dos juízes, faz com que os tribunais sejam sistemicamente superiores ao Legislativo para interpretar e garantir a Constituição. Eles não teriam de ceder à pressão popular, como ocorre com o Legislativo, de modo que evitaria que chancelassem leis populistas que pudessem desprestigiar direitos ou princípios constitucionais.

Entretanto, caso examinado mais atentamente, será visto que uma coisa (isolamento político) não leva necessariamente à outra (maior efetivação da Constituição). Como já exposto, o isolamento político faz com que o juiz realmente possa atuar da maneira que entenda correta. No entanto, isso não significa que irá adotar a posição que dê maior efetividade à Constituição, ou aos direitos das minorias contra aos da maioria, ou que ele não vá seguir tendências corporativas, egoístas ou outra tendência ideológica ou de política pessoal. E, pior, como está afastado das forças políticas, a possibilidade de cooptação econômica aumenta. Do mesmo modo que não tem que buscar recursos para campanha eleitoral, também não está sujeito a controle popular ou controle dos poderes políticos para que atue em prol da coletividade.³⁹⁴ Por outro lado, o insulamento do Judiciário – "o mundo do juiz é o processo", na sua expressão máxima – faz com que tenha um déficit de informações muito grande, quando

³⁹⁴ Os problemas do isolamento político de instituições públicas foram bastante debatidos no Brasil quando das discussões a respeito da implantação e manutenção das agências reguladoras "autônomas". Cf., por todos, Min. do STF Joaquim Barbosa Gomes (2005), Regina Silvia Pacheco (2006), Gustavo Binenbomj (2005, pp. 4-8) e Alexandre Santos de Aragão (2002, pp. 83-115 e 396-406). Curiosamente, esse grande debate não foi estendido à talvez maior de todas as "agências autônomas" brasileiras: o Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Situação diversa da que ocorre nos EUA. Cf., p. ex., Sanford Levinson (2012): "O Maine, mais sensatamente, permite que seus cidadãos derrubem leis que considerem objetáveis. Não estaríamos muito melhor com um referendo nacional sobre o "Obamacare" (a reforma do sistema de saúde) em vez de deixar nove juízes politicamente não responsabilizáveis decidirem? Mesmo se quisermos preservar a revisão judicial da legislação nacional, uma coisa que o juiz Oliver Wendell Holmes Jr. acreditava que poderíamos dispensar, talvez devêssemos imitar Dakota do Norte ou Nebraska, que exigem supermaiorias de seu tribunal para invalidar leis estaduais. Por que não deveriam ser precisos os votos de, por exemplo, sete dos nove juízes da Suprema Corte para derrubar legislações nacionais? Ou considere-se o fato de que quase todos os estados rejeitaram o modelo de juízes nomeados pelo presidente e depois confirmados pelo Senado. A maioria dos juízes estaduais é eleitoralmente responsabilizável, de certa maneira, e quase todos devem se aposentar em uma determinada idade. Muitos estados adotaram comissões para limitar a politização do processo de nomeação.".

comparado aos órgãos da Administração Pública e do Legislativo. Nisto inclui-se a escassez de informações quanto aos efeitos de uma decisão constitucional, o que tende a levar a erros graves de implementação de políticas públicas, regulatórias e de Direito Constitucional. Como exemplo, pode-se mencionar o já citado acórdão do STF que declarou inconstitucional a lei que criou o Instituto Chico Mendes, uma vez que a medida provisória originária não seria "urgente", bem como o acórdão que julgou improcedente a ADI 2359/ES, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 5.652 do Espírito Santo, por tratar de matéria afeta à União – distribuição e revenda de GLP –, inclusive já regulamentada pela Lei 9.478/97 e por norma administrativa da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e, pior, contrariava essa legislação federal. O Min. Eros Grau, por diversas vezes, respondeu aos demais ministros que não havia lei federal quanto ao assunto, fator decisivo para que a maioria dos ministros declarasse a lei estadual constitucional.³⁹⁵ Embora possa parecer, neste último julgado, que houve a mais incrível das falhas jurídicas possíveis – a identificação da legislação vigente –, o que houve, caso acreditemos na boa-fé do relator, foi desconhecimento técnico e baixa capacidade de coleta e processamento das informações necessárias na ação judicial. A lei estadual impugnada, disfarçadamente, sob o pretexto de tratar de direito do consumidor, estava, na verdade, alterando regra básica da distribuição de GLP no Espírito Santo.

Há inclusive estudos que indicam que os juízes, enquanto seres humanos e membros da sociedade, tendem a se enquadrar também na divisão "maioria vs. minoria", compartilhando, ao menos, os entendimentos da elite profissional do seu segmento. Michael Klarman (1998) afirma que o histórico do Judiciário estadunidense revela que o controle de constitucionalidade não leva a um reforço dos direitos das minorias sobre as maiorias. Rodrigo Uprimny e Maurício García-Villegas (2003), em ampla pesquisa a respeito das decisões constitucionais judiciais sobre os movimentos políticos e os direitos das minorias colombianas, concluem de forma semelhante: ocorrem decisões favoráveis, mas pontuais e geralmente para reafirmar ou garantir direito já concedido por lei, dificilmente concedendo direito ainda não regulamentado em face da maioria ou da elite social, econômica ou política; muitas vezes serve para esfriar movimentos reivindicatórios, postergando a implementação dos direitos.

³⁹⁵ Cf. o inteiro teor da referida ADI.

Os legisladores, por sua vez, justamente por serem politicamente cobrados pela população, tenderão a atuar em respeito à Constituição, se ela assim os impingir – difícil acreditar que a maioria da população brasileira considere correto os políticos atuarem em afronta à Constituição. Produzir boas políticas constitucionais é um excelente argumento para angariar votos. Os legisladores e administradores também buscarão garantir direitos das minorias, a fim de garantir ou ampliar seu eleitorado. Eles ainda procuram organizar os procedimentos e composições dos órgãos do Parlamento, a fim de garantir uma maior efetividade e garantia de um adequado controle de constitucionalidade dos seus próprios atos – contam com especialistas de diversas áreas, inclusive assessoria jurídica de alto nível.³⁹⁶

Os custos da aplicação dos métodos interpretativos sob incerteza. É possível dimensionar o custo de um método interpretativo. E esta é outra variável relevante no cálculo a respeito de qual método interpretativo adotar. Esses custos podem ser divididos em dois, para facilitar sua apreciação. Um primeiro grupo abarcaria o tempo despendido com a procura das informações necessárias para a decisão e o seu processamento, o desembolso com recursos humanos e materiais nesse processo e as perdas diretas com a demora na decisão e pela não utilização desses recursos em outros casos submetidos à apreciação da instituição em questão. Num outro grupo, estariam os custos com a procura, pelo Estado e sociedade em geral, do que diz a Constituição sobre uma determinada hipótese – a insegurança quanto a esse significado e sobre quem teria autoridade para revelá-lo incrementaria bastante esse custo. Um diz respeito ao custo do procedimento interpretativo em si,³⁹⁷ o outro é um efeito sistêmico decorrente da postura interpretativa adotada no primeiro.

Para Vermeule (2006, p. 260), o componente mais crítico dos custos sistêmicos decorrentes das decisões é a incerteza gerada pela existência de múltiplos decisores em

³⁹⁶ Para usar um critério, os salários iniciais desses assessores são os mais altos do funcionalismo público do país. Cf. jornal eletrônico *O Globo* do dia 02.07.2012 (<<http://oglobo.globo.com/pais/funcionalismo-federal-diferenca-salarial-chega-580-5367367>>).

³⁹⁷ P. ex., a postura interpretativa defendida pelo *originalismo* exige muito levantamento de informações e de verificação da veracidade dessas informações, tanto que não é absurdo afirmar que a tarefa seria melhor desempenhada por historiadores do que por juristas. Existem divergências, até hoje, quanto ao sentido original de normas da Constituição dos EUA, apesar de todo o trabalho desempenhado por historiadores e juristas americanos. Ou seja, esse método exige um levantamento amplo da história dos órgãos estatais envolvidos no processo de aprovação da norma jurídica, bem como a postura e entendimento de cada agente envolvido. Caso comparado com a postura defendida pelo *common law constitutionalism*, este último procedimento interpretativo seria menos custoso, haja vista que, ao menos, restringe-se à análise da história dos tribunais.

questão constitucional. Esse seria o motivo de autores como Frederick Schauer e Larry Alexander concluírem, por meio de uma análise operacional, que o melhor seria deixar com a Suprema Corte dos EUA a supremacia para dizer, de modo final, o que a Constituição significa (VERMEULE, 2006, p. 249). Assim, saber-se-ia onde buscar o sentido final da Constituição, sendo mais fácil encontrar esse sentido até então fixado. Os custos adicionais e marginais da incerteza crescem quando não só um mesmo caso pode ser decidido de maneira diversa, ao longo do tempo, por uma mesma instituição, mas quando isso pode ocorrer inclusive entre as instituições – uma modificar a decisão da outra.

Entretanto, um fato fragiliza essa defesa de Schauer e Alexander – que também são formalistas confessos: ainda que fique estabelecido que a Suprema Corte será o intérprete final da Constituição, ainda haverá múltiplos decisores sobre questão constitucional em alguma medida. Explica-se. Os membros do Legislativo e os servidores do Executivo devem atuar na frente do tribunal constitucional, legislando e atuando concretamente. Nessa tarefa, necessariamente devem não só observar a legislação infraconstitucional, mas também interpretar a própria Constituição. Portanto, pelo menos nesse sentido, os custos com a existência de mais de uma instituição responsável pelo controle constitucional e o custo sistêmico que gera seriam inevitáveis. Outra questão importante é o risco de que, sendo o tribunal o intérprete único da Constituição, o receio de ter suas decisões anuladas pelo tribunal constitucional leve à rigidez ou falta de ambição excessiva do Legislativo e autoridades administrativas na elaboração e execução de direitos e políticas públicas e regulatórias. O que lembra as críticas à consideração da Constituição como uma ordem fundamental de valores, expostas no item "1.3.1.". O enrijecimento da atuação da Administração Pública é especialmente prejudicial ao Direito Regulatório. Diante da versatilidade da economia e peculiaridades de cada mercado e agente econômico, restringir em demasia a criatividade dos poderes políticos na elaboração de políticas regulatórias não apenas leva a um Direito Regulatório de baixa qualidade, mas também prejudica grande parte, senão todos, os agentes econômicos envolvidos, consumidores e a economia do país. Portanto, o método interpretativo da Constituição a ser escolhido deve reconhecer a existência de mais de um intérprete constitucional, ainda que não defina quem será o

seu intérprete último. E a aplicação do método formalista de interpretação da Constituição³⁹⁸ pelo juiz atende a esse requisito.

Os custos de transição. Há bastante tempo adota-se o controle judicial de constitucionalidade no Brasil. As outras instituições criadoras de direito estão acostumadas à jurisdição constitucional. A simples eliminação do controle judicial de constitucionalidade poderia gerar efeitos tão negativos no processo de feitura de lei pelo Legislativo, que nem a sua acomodação com o tempo e os ganhos decorrentes da nova postura poderiam compensar os prejuízos. Os legisladores estariam tão acomodados com a tutela judicial na correção de seus erros, por exemplo, que cometeriam muitas falhas até conseguirem readquirir todo o senso de responsabilidade que é atuar sem poder falhar no respeito à Constituição.

Por outro lado, é fácil concordar que os custos decorrentes de uma mudança de postura interpretativa pelos juízes na jurisdição constitucional são bem menores. Caso a postura interpretativa que se defende seja a postura majoritariamente adotada ou até pouco tempo adotada, o custo de sua implementação nas instituições judiciais será ainda mais baixo. A postura formalista defendida neste trabalho não é incomum entre as instituições responsáveis pela aplicação do Direito no Brasil, pelo contrário. É frequentemente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao menos em questões referentes a normas regulatórias, bem como é similar a postura interpretativa não rara do Supremo Tribunal Federal. Dados que reforçam a tese de sua atual adoção pelos juízes. Esse ponto será retomado mais abaixo.

3.2.3

Variáveis: a escolha do método interpretativo constitucional

Tentou-se demonstrar, até aqui, que o controle judicial de constitucionalidade não é conceitualmente necessário para a existência de uma ordem constitucional³⁹⁹ e, ainda que previsto na Constituição brasileira de 1988, muito dos seus contornos e alcance

³⁹⁸ O defendido neste trabalho: aquele que recomenda a anulação da lei quando esta desrespeita sentido claro e mais comum de texto de norma constitucional, e a deferência às decisões do Legislativo nas hipóteses de inexistência de texto claro ou de conteúdo com vários sentidos razoáveis. Caso ainda não haja ou não havia, na época da decisão que gerou o precedente, norma sobre a questão, o juiz deve alterar o precedente judicial para ser deferente à norma legal.

³⁹⁹ A não ser pelo aspecto, já mencionado, da necessidade de o juiz poder identificar o que é uma lei válida para impor seu cumprimento.

atuais não estão nela previstos. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, nem determina que sua aplicação seja não formalista, nem proíbe esse tipo de interpretação. O mesmo em relação a uma interpretação formalista. Também é no mínimo questionável a possibilidade de juízo singular de primeira instância declarar lei ou ato normativo inconstitucional, ainda que incidentalmente, diante do disposto no Art. 97 e do Art. 102, inciso III, "b)", ambos da CRFB. No entanto, essa prática ocorre com naturalidade no Brasil, apesar de os juristas estranharem a diferença de tratamento entre o tribunal e o juízo singular – apontam parecer contraditório este poder declarar a inconstitucionalidade mais facilmente do que os membros daqueles.⁴⁰⁰ Portanto, não havendo na Constituição ou em alguma lei em geral uma determinação quanto a que tipo interpretativo adotar, nem mesmo se deveria ser adotado apenas um método interpretativo caso a caso ou para todos os casos, essa definição fica a critério de cada decisor. Como dificilmente será possível chegar a um consenso sobre o método interpretativo por meio de princípios morais ou conceitos constitucionais abstratos, a saída escolhida foi a análise empírica e objetiva.

Entretanto, os juízes não têm como obter a quantidade de informação necessária para escolher, de maneira segura, qual postura interpretativa adotar – para uma análise empírica completa de todas as questões envolvendo a interpretação constitucional e seu exercício jurisdicional. Pelo menos não a um custo aceitável – tempo, recursos humanos e materiais e perdas pela incerteza gerada enquanto pendente a análise e sua conclusão final. Como demonstrado, ainda que seja viável obter essas informações, os juízes não teriam capacidade para processá-las e, assim, chegar a uma decisão racional sobre qual postura interpretativa ideal adotar – pela sua racionalidade limitada: por serem seres humanos, geralmente serem generalistas e também pela limitação de tempo que possuem para julgar. Apesar de trabalhos da ciência política e da economia terem delineado algumas variáveis relevantes, ainda é preciso muito para especificar suas magnitudes e sentidos (VERMEULE, 2006, p. 265). O laboratório das ciências sociais é a vida real. Sua complexidade praticamente inviabiliza qualquer controle sobre o comportamento das variáveis dentro do sistema social e político num estudo comparativo de posturas interpretativas. Ou seja, a racionalidade é limitada, bem como

⁴⁰⁰ Haja vista que a Constituição proíbe que mesmo uma turma ou câmara de tribunal possa declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo do poder público, quanto mais em decisão monocrática, o que não ocorreria, pelo menos na prática atual, com o juízo singular – que até em liminar não estaria proibido de declarar inconstitucionalidade para, em seguida, decidir.

as informações possuídas e passíveis de serem obtidas – lembrem-se as mencionadas "questões transcendentais".

Desse modo, foi afirmado que dois caminhos seriam possíveis. O recomendado por Elster: desenvolver instituições e relações entre elas que façam com que sejam aptas a produzir um direito satisfatório, qualquer que seja a metodologia interpretativa adotada. Ou o recomendado por Sunstein, Vermeule e outros: trabalhar com instrumentos que possibilitem a tomada de decisão por meio de uma racionalidade alternativa à racionalidade padrão, uma racionalidade limitada pela sua capacidade de processamento correto de dados, pela função exercida, pela falta de dados relevantes e de tempo. Simplificando, este último caminho compreenderia: a busca por instrumentos que possibilite escolhas racionais mesmo em situação de extrema incerteza e sua aplicação para selecionar o método interpretativo constitucional a ser empregado por cada intérprete. Abaixo, empregar-se-ão essas técnicas de decisão,⁴⁰¹ considerando as variáveis selecionadas acima.

Status quo, custos de transição e ônus da prova.

Como visto, quando se propõe um novo método ou forma de agir, é normal requerer do proponente a apresentação dos benefícios da sua proposta. Destes benefícios, devem ser descontados os custos de transição, ou seja, as perdas e custos efetivos para que todo o aparelhamento material e humano seja reorientado para aplicar a nova metodologia, como treinamento, aumento do número de erros, necessidade de corrigi-los e absorção daqueles que não têm como ser corrigidos etc. Será imposto ao proponente o ônus de provar que sua metodologia gerará resultados tão melhores do que a anterior que absorverá todos os custos de transição e deixará um saldo positivo crescente.

O mesmo poderia ser feito em relação à metodologia interpretativa proposta no presente trabalho: o formalismo estratégico. Mas isso seria incorreto. Inicialmente, o ônus da prova é uma técnica a ser usada por quem precisa decidir num espaço curto de tempo. Portanto, é aplicável por juízes e executivos, não por acadêmicos. Caso um doutrinador exija que provemos que o nosso método é o melhor,⁴⁰² a exigência pode ser

⁴⁰¹ Expostas no item "2.3.6."

⁴⁰² É o que fez, p. ex., o juiz Richard Posner (2004, pp. 18-24) em relação à proposta neothayerista de Jeremy Waldron. Posner faz um levantamento dos benefícios do *judicial review* (controle judicial de

invertida. Poderemos, do mesmo modo, exigir que ele prove que o método atualmente aplicado é o melhor, não obstante neste ínterim os juízes continuarem a aplicar a metodologia que sempre aplicaram, baseando-se nesta técnica (o ônus da prova).

De todo modo, dificilmente consegue-se provar qual é o *status quo*. Embora seja verdade que existe o controle de constitucionalidade no Brasil – e propor a sua aniquilação seria uma proposta de alteração do *status quo* –, as características e o método de seu exercício não estão delimitados. Esse controle, às vezes, é conceitualista, em outras, formalista, não formalista e ativista. Às vezes, faz da Constituição uma *ordem-moldura*, outras uma *ordem-fundamental*, quase eliminando ou eliminando a discricionariedade do legislador. Não seria útil ou correto, portanto, utilizar, para o fim aqui tratado, o ônus da prova ou mesmo as técnicas do *satisficing* e da *razão insuficiente* a partir do que se entenderia ser o método atual de controle judicial de constitucionalidade (o *status quo*). Embora melhor embasado, o exame gerado pelo uso da *razão insuficiente* resultaria numa análise semelhante àquela utilizando o *ônus da prova*: se os custos de transição são os únicos dados conhecidos, uma vez que não se tem informação mais precisa sobre os ganhos e perdas advindos da prática atual de controle de constitucionalidade, nem dos ganhos e perdas da prática proposta, deve-se focar nos dados conhecidos. O resultado seria que o *status quo* não deve ser alterado. O problema, repita-se, é que não se sabe bem qual é o *status quo*. Outro problema, relembre-se, é que esse tipo de exigência acaba por impedir qualquer discussão a respeito da melhor técnica interpretativa a ser adotada, porque nunca permitirá uma alteração daquela atualmente adotada.

De todo modo, caso haja um *status quo* no Brasil, ele provavelmente seria um controle de constitucionalidade das leis deferente às interpretações constitucionais feitas pelo Legislativo por meio de leis. A Constituição brasileira de 1988 é clara no sentido de conferir discricionariedade ao legislador para não só disciplinar matérias infraconstitucionais, mas também para, enquanto o faz, interpretá-las. A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são *guardiões* da Constituição (Art. 23, inciso II, CRFB). Ou seja, ao atuarem, devem ir interpretando a Constituição e, também, devem impedir que outros a interpretem de modo errado ou a desrespeite. A Constituição brasileira expressamente diz que caberá aos estados e ao Distrito Federal

constitucionalidade das leis) que deixariam de existir caso ele fosse eliminado, mas deixa em aberto se outros benefícios poderiam decorrer da proposta de Waldron que pudessem suplantam esses benefícios, com menos prejuízos, gerados pelo *judicial review*.

interpretá-la para editarem as suas respectivas constituições (Art. 25, *caput*, e Art. 32, *caput*, CRFB). O mesmo em relação aos municípios, quanto às suas Leis Orgânicas (Art. 29, *caput*, CRFB). Ela exige a promessa do presidente da República e do vice de que irão trabalhar para mantê-la, defendê-la e que irão aplicá-la (Art. 78, *caput*, CRFB). Entretanto, uma peculiaridade da Constituição brasileira faz com que fique mais evidente que o seu intérprete principal é o Legislativo: ela expressamente diz, toda vez que entende haver a necessidade de sua regulamentação direta, que cabe à lei regulá-la, ou seja, diz a quem compete regulamentá-la, explicitá-la, esmiuçá-la: o Legislativo e o Executivo.

Os fatos também demonstram que, se houver um *status quo*, ele seria um controle judicial de constitucionalidade deferente às interpretações (e concreções) constitucionais feitas por meio das leis. Basta comparar o tamanho, estrutura e número de pessoas da Administração Pública com os do Judiciário para concluir que as hipóteses em que incide o Direito são resolvidas em número infinitamente superior pela Administração Pública, bem como que todo o volume de legislação produzida não tem como ser processada pelo Judiciário. Até mesmo se considerarmos as categorias de casos jurídicos, ou seja, os temas jurídicos que são suscitados, essa desproporção continua gigantesca. De maneira que diversos temas legais não chegam ao Judiciário, são definidas de maneira final pela Administração Pública e pelo Legislativo, com o acatamento do cidadão.⁴⁰³ A questão jurídica (constitucional) brasileira mais importante das últimas décadas foi resolvida não por um tribunal, mas pelo debate entre os poderes políticos, o Poder Executivo e o Congresso Nacional, sob os olhares da sociedade, como já mencionado. Tratou-se da interpretação do Art. 78, § 2º, da Constituição Federal de

⁴⁰³ Também há dados empíricos que comprovam essa afirmativa. De todas as questões jurídicas e técnicas a respeito de exploração e produção de petróleo e gás natural discutidas na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) desde a sua implementação, em 1998, houve apenas três pedidos de arbitragem, sendo que em um deles houve acordo entre as partes antes da apresentação da defesa (Fonte: ANP). Nos EUA, conferir o já citado Neil Komesar (1994), que demonstra que os tribunais federais americanos mal dariam conta de processar uma ínfima parte da legislação produzida pelo governo federal dos EUA. A fim de verificar que o volume da produção de normas jurídicas pelo Legislativo e pela Administração Pública, nos Estados Unidos, não tem como ser processado pelo relativamente minúsculo Judiciário, confira *Congressional Research Service. Congressional Statistics: Bills Introduced and Laws enacted, 1947-2003, 2004*. Disponível em: <www.llsdc.org/sourcebook/docs/CRS-%-727>. Acessado em: 06 ago. 2011. Demonstrando que esse processamento não é possível nem mesmo no que toca aos casos constitucionais, Richard A. Posner (1996, p. 369).

1967,⁴⁰⁴ 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. Caso fosse declarado vago o cargo, havia a certeza de que a democracia demoraria ainda um bom tempo para ser retomada no Brasil.⁴⁰⁵

Na verdade, o controle judicial de constitucionalidade foi desenvolvido nos séculos XVIII e XIX, quando a quantidade de questões decididas pelo Legislativo e pelo Executivo era infinitamente menor do que a atual. Naquela época, era possível vislumbrar uma participação maior do tribunal no controle da aplicação da Constituição. Até porque os efeitos de suas decisões eram restritos às partes do processo – inclusive no Brasil. Ao longo dos anos, com o incremento da produção de leis e do âmbito de ação e estrutura da Administração Pública, uma parte cada vez menor da ação do Estado pode ser filtrada por uma corte constitucional. Não foi por outro motivo que o até então inexistente *writ of certiorari* foi desenvolvido e exigido pela Suprema Corte americana, de modo que passou a ter controle quase absoluto sobre quais casos julgar – deixando de lado as petições cujos casos não queira ou não tenha condições de julgar.⁴⁰⁶ Na mesma linha está a rejeição das cortes americanas federais como um todo, em especial da Suprema Corte, em controlar (com base na Constituição) questões decididas pelo Legislativo sob o fundamento de a matéria ser político-administrativa ou de a legislação possuir alguma *base racional*.⁴⁰⁷ Nota-se um recuo da Suprema Corte em questões referentes a direitos individuais mais salientes, como a liberdade de expressão e o direito ao aborto, para ocasionalmente declarar a inconstitucionalidade de um nova ação/norma que invada a competência de outro poder (separação dos poderes) ou que invada a competência dos estados (federalismo). Uma das principais ou a principal fonte de fomento de diversos tipos de posturas não formalistas e ativistas por parte de juízes

⁴⁰⁴ "§ 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".

⁴⁰⁵ Cf. a referência a esse fato na "Introdução".

⁴⁰⁶ Sobre o *writ of certiorari*, veja o item "2.2."

⁴⁰⁷ Cf. o levantamento feito por Vermeule (2006, p. 269) a respeito das matérias sobre as quais os tribunais federais estadunidenses deixaram de exercer o *judicial review*.

brasileiros foi a disseminação de doutrina americana e doutrinas europeias minoritárias ou mal incorporadas pela doutrina e jurisprudência nacionais.⁴⁰⁸

Apesar de o Brasil ter adotado a sistemática de redução de casos submetidos à corte máxima,⁴⁰⁹ não seria leviano afirmar que o Supremo Tribunal Federal estaria caminhando na contramão da lógica adotada pelos tribunais federais estadunidenses, analisando profundamente o mérito das matérias e normas que lhes são submetidas, substituindo a racionalidade do responsável pelo ato/norma pela sua racionalidade, pouco importando o nível de especialidade e a competência constitucional de quem editou o ato/norma.⁴¹⁰ Seria o acatamento da doutrina constitucional produzida ao longo dos anos 1990 e início dos anos 2000.⁴¹¹ Entretanto, existe voto recente do ministro Luiz Fux em que alude à teoria interpretativa institucional contemporânea para defender atribuição do presidente da República em dar a última palavra sobre o significado de texto constitucional⁴¹² – o ministro defendeu que a última palavra em matérias constitucionais ligadas às relações internacionais deve ser a do presidente da República (*grande política*)⁴¹³.

⁴⁰⁸ A esse respeito, cf. a "Introdução", o item "1.2" e a "Conclusão".

⁴⁰⁹ Foi aprovada emenda à Constituição solicitada pelo STF que estabelece a exigência de *repercussão geral* para que um recurso seja analisado por ele – Art. 102, § 3º, CRFB.

⁴¹⁰ Cf. as decisões do STF já mencionadas neste trabalho. Interessa pontuar o seguinte. Um ministro do STF chegou a propor revogar norma originária da Constituição de 1988 (o Art. 52, inciso X) e alterar o texto de outra (Art. 102, § 2º) por meio de decisão judicial. E revogou a primeira e alterou o texto da segunda liminarmente, sob o fundamento de "mutação constitucional", conferindo eficácia contra todos e efeito vinculante a uma decisão proferida em processo concreto individual (Reclamação 4.335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 21.08.2006). Apesar do Min. Eros Grau ter concordado com o voto do Relator, os demais divergiram, não tendo a Reclamação chegado a um fim até o momento. O STF também ora considera, ora não considera a especialidade dos órgãos que editam as normas/atos e a sua (do STF) não especialidade. Assim foi no caso dos efeitos da "Lei da Ficha Limpa", cuja decisão do tribunal especializado não foi considerada nem mesmo para desempatar o julgamento no STF – a questão permaneceu empatada por toda a eleição objeto da ação. O mesmo em relação à demarcação de terras indígenas. O STF, apesar de ter, por maioria, ratificado o ato do Executivo, substituiu a racionalidade das equipes de especialistas dos órgãos administrativos pela sua, ministro a ministro e, no fim, *legislou*, com base no voto do Min. Menezes Direito, sobre aspectos importantes sobre o tema. Cf. PET 3388, Rel. Min. Ayres Britto, Decisão plenário 19.03.2009, e José Ribas Vieira (2010).

⁴¹¹ Cf. os autores citados já na "Introdução".

⁴¹² Apesar da crítica feita por Diego Arguelhes e Fernando Leal (2011) sobre a aplicação dessa teoria pelo voto do Min. Fux, o importante, aqui, é que ele reconheceu a maior capacidade do Executivo em lidar com esse tipo de matéria, buscando outro argumento que não o tradicional (legitimidade administrativa, política e constitucional) para restringir sua atuação e possibilitar a palavra final do Executivo nessa matéria constitucional.

⁴¹³ Sobre o conceito de assuntos de grande política, veja Ran Hirschl (2006).

Entretanto, em matéria de Direito Regulatório, o STF tem um posicionamento de deferência à legislação.⁴¹⁴ Deve-se observar, contudo, que tais questões (Direito Regulatório) geralmente são decididas em última instância pelo STJ, tendo em vista entendimento pacífico de longa data do STF no sentido de sua competência não incluir afronta indireta à Constituição – o que ocorre na maioria dos casos, pois geralmente são impugnados judicialmente atos de agências ou órgãos reguladores.⁴¹⁵ E o STJ possui jurisprudência pacífica de não controle de mérito (técnico) de ato normativo administrativo, nem mesmo sob o pretexto de verificar atendimento a princípios morais ou jurídicos de fundo, como a razoabilidade e a proporcionalidade.⁴¹⁶ Trata-se de

⁴¹⁴ Cf. RE 611341/RJ, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento em 14/06/2012 ("a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração Pública no regular exercício de seu poder de polícia, não podendo, portanto, ser invocado o princípio da livre iniciativa para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor"); e SL 176/DF, DJ 03/08/2007, Rel. Presidente do STF ("A União, por intermédio de seus órgãos competentes, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, estabeleceu critérios, que julgou os melhores, para alcançar as metas de produção de petróleo e gás natural necessárias à sustentação do nosso modelo de crescimento a médio e longo prazos, critérios que se encontram, em princípio, dentro de um juízo eminentemente técnico, no qual está a interferir a decisão ora impugnada. Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica. Entendo que a decisão judicial impugnada impõe à Administração, mesmo que indiretamente, a modificação de um modelo de licitação de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural, fruto da experiência obtida nas rodadas anteriores, o que, em princípio, desvirtua a atuação normativa e reguladora da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP"). A exceção, ao que parece, fica por conta da regulação do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde. Cf. STA 260/SC, STF, Rel. Min. Presidente, Julgamento em 20/04/2010 e SS 3983/AL, STF, Relator Min. Presidente, Julgamento em 08/04/2010.

⁴¹⁵ Outro entendimento pacificado no STF é o de que haveria lei entre os atos administrativos normativos das agências e órgãos reguladores e a Constituição. Ou seja, não teria ocorrido deslegalização propriamente dita com a previsão constitucional e criação legal das chamadas "agências reguladoras". A lei permaneceria superior hierarquicamente aos atos normativos das agências reguladoras (BINENBOJM, 2005, pp. 10-12).

⁴¹⁶ Cf. AgRg no REsp N° 965.566/RS (2007/0153141-0), Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, STJ, DJe 19/09/2011; REsp 572.070/PR, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, STJ, julgado em 16/03/2004, DJ 14/06/2004; REsp 757.971/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STJ, julgado em 25/11/2008, DJe 19/12/2008; REsp 1120128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, STJ, julgado em 03/11/2009, DJe 11/11/2009; AgRg no REsp 1050234/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, STJ, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009; REsp 982.359/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, STJ, julgado em 19/11/2009, DJe 10/12/2009; REsp 1164700/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010; e REsp 1122363/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, STJ, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010. Todos os acórdãos anteriores referem-se à norma editada pela ANATEL

entendimento que, apesar de contrariar grande ou toda a doutrina atual brasileira sobre o tema,⁴¹⁷ adota justamente a postura interpretativa defendida neste trabalho. O STJ se recusa a compreender toda a lógica por detrás do ato normativo técnico, a fim de aplicar princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade – colher todas as informações necessárias e processá-las a fim de verificar qual a melhor decisão diante do que exigiriam a razoabilidade e a proporcionalidade. Logo, é possível afirmar com mais segurança que, no Brasil, se há um *status quo* relativo à postura interpretativa dos juízes adotada diante do Direito Regulatório, pelo menos os de última instância, ele seria a adoção do *formalismo deferencial*.

que define política tarifária de ligações. Cf., ainda, a SS 2.566/DF STJ, Rel. Min. Presidente, DJe 12/04/2012 (no mesmo sentido das decisões anteriores citadas, confirma que norma da ANEEL que tratava de política tarifária não deve ser controlada, em seu mérito, pelo Judiciário, ainda que sob fundamento de aplicação de princípios jurídicos ou razões subjacentes à norma, sob pena de intromissão inconstitucional nas competências do Poder Executivo).

⁴¹⁷ Cf. Sérgio Guerra (2005, pp. 355-369; 2012). Embora Sérgio Guerra defenda que os conceitos jurídicos indeterminados realmente fiquem na discricionariedade da Administração Pública, não sofrendo controle por parte do Judiciário, nem mesmo por intermédio de princípios jurídicos ou morais de fundo, ele defende que o Judiciário verifique a norma administrativa, a fim de conferir se realmente não haveria a afronta de alguma norma constitucional, seja regra, seja princípio (GUERRA, 2010, pp. 17-18). Cf., ainda, André Rodrigues Cyrino (2010), entendendo que o controle judicial dos atos administrativos, inclusive os normativos, é inevitável e desejável e que a saída para evitar erros graves e quebras de políticas regulatórias com essa postura é passar todo o conhecimento técnico necessário ao Judiciário, para que ele tenha a expertise necessária para tomar a melhor decisão – uma solução oposta a que defendemos; Alexandre Aragão (2000), Marcos Juruena Villela Souto (2005) e Gustavo Binenbojm (2005) defendem a ampla discricionariedade da Administração Pública em matérias regulatórias, mas que é possível e devido o controle judicial por meio dos princípios jurídicos devidamente sopesados e concretizados pela decisão judicial; Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 61) defende que a simples pertinência do princípio com a hipótese sob análise não é suficiente para justificar uma solução adota com base nele, sendo indispensável formular de modo explícito a regra que se irá aplicar, “justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (*ônus do regulador*)” e Marcos Paulo Veríssimo (2006, pp. 416-417), com posição semelhante à de Sundfeld, ao afirmar que o controle do ato administrativo pelo Judiciário só será legítimo se a decisão judicial tiver levantado todas as questões técnicas, sociais e econômicas envolvidas, bem como a repercussão de sua decisão no cenário econômico e na política pública – ou seja, no nosso entendimento, com essa exigência, praticamente nunca seria possível o controle judicial, haja vista que praticamente impossível a coleta completa desses dados e o processamento dos mesmos num tempo viável pelo Judiciário, especialmente pela sua não especialização. Citamo-lo: "Nesse passo, não basta a menção a fatos provados e ao direito legislado, porque esses elementos, por si sós, pouco dizem à ação regulatória. Nessa área, a decisão judicial precisa explicitar as razões sociais, econômicas e políticas que a fundamentam. Cuidando-se de decisões que possuem muitas vezes conteúdo econômico marcante, é importante que a decisão considere, sempre e de forma declarada, a medida que uma determinada distribuição de custos e benefícios é, por ela, empreendida entre a sociedade, determinados grupos de interesse e determinados agentes em especial, inclusive para fins de controle [...] Para que o controle judicial da ação normativa do Estado seja, efetivamente, democrático, as decisões respectivas devem ser fruto de uma apreciação ampla e completa de todas as variáveis técnicas e fáticas envolvidas em cada caso, bem como de todas as teses jurídicas e, finalmente, da exposição verdadeira das razões (inclusive políticas e sociais) envolvidas na decisão" (VERÍSSIMO, 2006, pp. 416-417).

Por outro lado, como já diversas vezes mencionado, apenas uma pequena parcela de todas as questões, de grande e de pequena importância, decididas no país passa pelos tribunais como um todo e, ainda que fosse a maioria, eles não teriam condição de processá-la e julgá-la. Portanto, se houver um *status quo*, ele seria um controle judicial de constitucionalidade deferente às interpretações (e concretizações) constitucionais feitas por meio das leis e atos normativos, seja porque é assim que se comporta o Judiciário, seja pelo fato de apenas uma minoria da legislação produzida passar pelo seu controle.

O que parece ocorrer tanto nos EUA quanto aqui é o excesso de ênfase na minoria dos posicionamentos judiciais não deferentes à legislação (Constituição, lei e ato administrativo normativo), talvez pela sua maior dramaticidade, o que acaba por sombrear o que geralmente ocorre quanto à escolha da postura interpretativa pelo Judiciário e quanto à jurisdição constitucional sobre os atos do Legislativo e do Executivo.

Concluindo, o custo de transição para a postura interpretativa judicial defendida (o formalismo estratégico), se houver, será mínimo. Por outro lado, o custo de transição para uma postura interpretativa do Judiciário não deferente aos atos dos poderes políticos, promovida desde a década de 1990 no Brasil, é que seria elevado, só tendo alcançado uma pequena parcela do Judiciário brasileiro. Não por acaso, portanto, tal postura não deferente (e não formalista) provoca graves efeitos negativos no sistema jurídico, da diminuição de previsibilidade à qualidade das decisões, até o desrespeito das competências constitucionais do Legislativo e da Administração Pública.⁴¹⁸

Custo-benefício, *maximin*, *satisficing* e o princípio da razão insuficiente: a regra do caso duvidoso e a relação entre direito e política do século XIX

A aplicação dos instrumentos de decisão sob incerteza ou extrema incerteza apresentados acima revela que a postura interpretativa a ser adotada pelos juízes seria aquela orientada pela *regra da dúvida razoável* (*rule of reasonable doubt*) – a *regra do erro claro* (*rule of clear mistake*), para Vermeule – e pela distinção entre direito e

⁴¹⁸ A ponto de o poder público ter começado a invocar a seu favor o princípio da separação dos poderes em face do Judiciário. E a ponto de o Judiciário ter de intensificar a defesa das competências do Executivo com base nessa mesma regra constitucional. Cf., em especial, o já mencionado AgRg no REsp Nº 965.566/RS (2007/0153141-0), Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 19/09/2011.

política do século XIX.⁴¹⁹ Ou seja, uma postura judicial deferente à interpretação da Constituição feita pelo Legislativo e à interpretação da legislação em geral pelos órgãos administrativos, apenas invalidando-a na hipótese de entender ter ocorrido clara violação do texto normativo, interpretado no sentido comum dos seus termos, não devendo o juiz buscar razões ou princípios morais de fundo para verificar a correção da lei ou ato.⁴²⁰ Vermeule (2006, pp. 254-255) além de delimitar, denomina essa postura de *thayerista* (*Thayerian regime of judicial review and constitutional interpretation*), tendo em vista que seu núcleo ("a regra do erro claro") está desenvolvido num texto de 1893 de James B. Thayer (1893). Os autores contemporâneos que defendem uma contenção ou extinção do *judicial review*, para que se tenha uma atitude deferencial à interpretação da Constituição feita pelo Legislativo e/ou Executivo, são chamados por ele de *neothayeristas*. Apesar de Vermeule chamar essa postura interpretativa de thayerista, a verdade é que praticamente todos os constitucionalistas americanos do século XIX adotavam essa mesma linha.⁴²¹ No Brasil, posicionamento equivalente era defendido por Carlos Maximiliano, no início do século XX, como faz prova a primeira edição de seu livro *Hermenêutica e aplicação do Direito*, em 1924:

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão *acima de toda dúvida razoável*, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. *Oportet ut res plus valeat quam pereat*. (...) A prática constitucional longa e uniformemente aceita pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados (...). Entretanto a exegese adotada pelas Câmaras, ou pelo Executivo, não influi peremptoriamente nas decisões do Judiciário, senão nos casos políticos. (2011, pp. 250 e 254). (grifou-se).

⁴¹⁹ Quanto à *regra do caso duvidoso* e a visão da relação entre direito e política no século XIX, veja o item "A análise histórica do *judicial review*", Stephen Griffin (2005) e Daniel Almeida de Oliveira (2011, p. 40).

⁴²⁰ Essa é uma concepção geral de formalismo, o *formalismo estratégico*, defendida por Frederick Schauer (1991, 2009 e 2011), Larry Alexander (2011), Adrian Vermeule (2006), entre outros.

⁴²¹ Já houve referência a essa observação nesta pesquisa no item "2.2.". Cf., também, Carlos Maximiliano (2011, p. 250), fazendo referência a Cooley (1903, p. 103): "as palavras *acima de toda dúvida razoável – beyond all reasonable doubt* – encontram-se em todos os comentadores do estatuto norte-americano"; e Story (Apud MAXIMILIANO, 2011, p. 255): "Raros 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 mau resultado na prática, incitado a agressão estrangeira, ou favorecido a desordem interna".

Para prosseguir e facilitar a compreensão, devemos distinguir texto legal, dispositivo legal e norma jurídica.⁴²² Texto legal é diferente de norma legal. A partir do texto de um dispositivo legal, é possível extrair uma norma jurídica. Ou seja, o significado ou comando extraído pela doutrina ou jurisprudência do texto é a norma jurídica.

Começemos com a análise da estrutura das normas constitucionais. Apenas uma pequena parte da Constituição brasileira de 1988 é composta por texto não claro – textos vagos, ambíguos ou que possuem conceitos muito abstratos, proposições ou princípios morais. A grande maioria da Constituição é formada por texto claro e/ou específico.⁴²³ O *justice* Felix Frankfurter (1949), da Suprema Corte dos EUA, afirmou haver dois tipos de provisões nos textos constitucionais: provisões claras e específicas (*explicit and specific provisions*) e grandes conceitos/concepções (*great concepts*). Exemplifica este último com os termos ou expressões "comércio", "devido processo legal", "liberdade", "propriedade". Os *grandes conceitos*, para Frankfurter, teriam sido usados e deixados sem maior especificação e clareza de modo proposital pelos constituintes, para que fossem "ganhando significado da experiência", uma vez que "se relacionam com todo o domínio da realidade social econômica". Esse é o ponto a que queríamos chegar. Dificilmente algum jurista sério discordaria que um texto claro e específico deve ser seguido pelo intérprete como caminho para chegar à norma jurídica. Mas as considerações feitas por Frankfurter revelam mais. Relevam que o texto normativo possui outra função tão ou mais importante do que a de revelar um conteúdo mínimo para se obter a norma jurídica: a função de indicar quando a qualidade da norma é o que mais importa e quando essa qualidade é menos importante do que estarem resolvidas de antemão as questões que envolvem. Pela leitura da Constituição brasileira, verifica-se que o seu texto é bastante claro quando procura fixar atribuições e determinados procedimentos básicos, como a aprovação de lei, de emenda à constituição, de eleição e nomeação dos agentes políticos, a destituição destes agentes políticos, a aprovação das contas dos chefes dos poderes; a concessão da nacionalidade; muitos direitos e garantias básicas, a concessão do direito ao voto, as hipóteses em que é possível buscar a tutela do Judiciário etc.; a organização político-administrativa do Estado; as hipóteses em que

⁴²² A esse respeito, veja Frederick Schauer (1991, 2009 e 2011) e Humberto Ávila (2004 e 2009).

⁴²³ Acima, foi demonstrado que a maioria da Constituição brasileira é formada por regras jurídicas, tendo apenas uma pequena parte composta por *standards*. Essa demonstração leva a outra: que a maior parte do texto constitucional é claro e específico.

ocorrerá a intervenção, o estado de sítio e o estado de defesa; as condições para a aquisição dos cargos públicos, como a idade mínima, o processo seletivo; o procedimento para aquisições e contratações pelo Estado; a estrutura básica dos poderes e das funções essenciais à justiça; os tributos que podem ser cobrados, o modo de repartir as receitas tributárias e como deve ocorrer o repasse das verbas aos demais poderes etc. Já em outros, nota-se que o constituinte utilizou conceitos amplos ou *standards*. Nestes, em geral, seria de concluir que ele entendeu que o conteúdo da norma deveria ser fixado no futuro pela instituição competente. Preocupou-se com a qualidade da norma: à medida que a experiência aumenta e as relações humanas e institucionais se desenvolvem, o conteúdo da norma pode ser melhorado ou atualizado. Não haveria dúvida, portanto, que quando a Constituição – principalmente, mas também no caso de uma legislação em geral – possui um texto claro, o intérprete deve fazê-lo cumprir por meio de uma postura formalista ao invés de ficar elucubrando o conteúdo ideal ou mais adequado da norma.

Outros motivos que levariam à postura formalista nestas hipóteses são aquelas descritas no item "2.3.1.", quando distinguimos as peculiaridades da regra das do *standard*. Em síntese, o risco de erro na aplicação do direito e, portanto, de invalidação de legislação constitucional, com essa postura, será muito baixo, do mesmo modo o custo na produção da decisão judicial e a incerteza jurídica quanto ao dispositivo. Os custos marginais e colaterais seguirão a mesma linha. Alguém poderia refutar a relevância da postura formalista do juiz nestas hipóteses, alegando que nelas dificilmente o legislado errará, não sendo tão necessário o controle judicial sobre seus atos. Isso poderia ser verdade nos EUA, mas não no Brasil. Grande parte, se não a maioria, das leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal decorre da aplicação de dispositivo cujo texto é bastante claro.⁴²⁴ Por exemplo, o dispositivo que prevê a competência de iniciativa de lei em determinadas matérias ao chefe do Poder Executivo.⁴²⁵ Outra grande parte das leis declaradas inconstitucionais pelo STF decorre

⁴²⁴ Cf., de um modo geral, *Anuário da Justiça Brasil 2012* (CONJUR, 2012, especialmente pp. 24-29).

⁴²⁵ A questão é um pouco mais complexa no que toca ao vício de iniciativa legislativa. Muito dessas inconstitucionalidades decorre de uma criação do STF: o *princípio da simetria*. Trata-se de princípio não previsto na Constituição brasileira. Foi desenvolvido a partir da previsão da Constituição Federal de que as Constituições estaduais deveriam respeitar seus princípios (Art. 25, *caput*). A partir dele, o STF entendeu que as Constituições estaduais teriam que obrigatoriamente transcrever determinadas normas da Constituição Federal. Uma das matérias que os constituintes estaduais não teriam autonomia para deliberar é a iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo estadual, que deve seguir o que diz a Constituição Federal quanto ao presidente da República. A iniciativa legislativa do presidente da

de invasão de competência legislativa federal pelos estados.⁴²⁶ Ou seja, outra matéria regulada por dispositivo constitucional em geral claro.

No debate entre David Strauss (1996) e Adrian Vermeule (2006), aquele, após identificar o que acabamos de relatar acima, entende que a tarefa de definição e atualização das normas constitucionais que possuem *grandes conceitos/concepções*⁴²⁷ deve ser levada a cabo por meio do *common law constitutionalism* (a interpretação constitucional de respeito aos precedentes e atualização da norma pelo intérprete). Em contrapartida, os textos claros e específicos devem ser interpretados formalisticamente. Outro ponto interessante, é que Strauss demonstra ser possível ocorrer um consenso entre doutrinas interpretativas que defendem posturas interpretativas diversas. Elas poderiam concordar, numa consideração de segunda ordem (*incompletely theorized agreements*), sobre a postura a ser adotada (o formalismo), independente do fato de

República é determinada por textos claros (regras jurídicas) – não há grandes dúvidas de que a melhor interpretação seria a formalista. E não comportam princípios constitucionais, ao menos numa interpretação formalista. O mesmo ocorre com a iniciativa legislativa dos governadores de estado. Entretanto, o STF criou o princípio da simetria e tornou a aplicação desses dispositivos, nos estados, bem mais complicada do que poderia ser em condições normais do direito. Recentemente, há ministros entendendo que o princípio da simetria não é absoluto, o que tornará a sua aplicação ainda mais incerta. Talvez o título da matéria do *Anuário da Justiça Brasil 2012* (CONJUR, 2012, p. 24: "O Brasil não sabe fazer lei") não corresponda à verdade. Primeiro porque as leis julgadas inconstitucionais geralmente são estaduais, o que absolve o Legislativo federal. De todo modo, talvez a culpa do percentual de leis julgadas inconstitucionais não seja do Legislativo estadual, mas sim do modo como parte da doutrina e o STF interpretam a Constituição de 1988. Cf. a ADI 2872/PI, Rel. Min. Eros Grau, Julgamento em 01.08.2011 (discussão a respeito do caráter absoluto ou não do princípio da simetria no tocante às regras de iniciativa legislativa do Chefe do Executivo); ADI 3279/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento em 16/11/2011 (caso no qual o STF entendeu inconstitucional a inserção de uma hipótese de crime de responsabilidade na Constituição estadual que não era prevista na Constituição Federal, sob o argumento de desrespeito ao princípio da simetria).

⁴²⁶ O controle de constitucionalidade federal sobre leis estaduais contém peculiaridades que fogem ao propósito deste trabalho. Para ilustrar, veja a conclusão de Oliver Wendell Holmes, no sentido de que o controle de constitucionalidade de leis federais seria prescindível, já o de leis estaduais não: "*I do not think the United States would come to an end if we lost our Power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several States*" ("Eu não penso que os Estados Unidos chegariam a um fim caso perdêssemos nosso poder de declarar nulo um ato do Congresso Nacional. Eu entendo que a União correria perigo se não pudéssemos fazer essa declaração em relação às leis dos diversos Estados da federação") (HOLMES Apud VERMEULE, 2006, p. 320). Mas, a princípio, a teoria aqui desenvolvida teria aplicação semelhante: um controle de constitucionalidade com base apenas em textos claros e específicos da Constituição Federal sobre leis estaduais pode diminuir o grau de uniformidade entre as mesmas, mas não se sabe ao certo qual é o nível ótimo de uniformidade, enquanto se sabe que serão evitados custos sistêmicos para a tomada de decisão e o incremento na incerteza. Como um benefício é certo e o outro não, a análise de custo-benefício recomenda decidir com base no primeiro. Assim, passa-se de uma situação de grande incerteza para uma de risco, apenas.

⁴²⁷ Dispositivos que contenham textos ambíguos ou vagos para o caso em análise ou expressões abstratas ou principiológicas, passíveis de serem lidos de vários modos.

defenderem técnicas interpretativas distintas ou concepções distintas sobre o direito e sobre a Constituição (numa consideração de primeira ordem).⁴²⁸

Vermeule (2006) não discorda de David Strauss. Pelo contrário, utiliza sua argumentação. Mas percebe que uma questão deixou de ser analisada de maneira suficiente por Strauss, tal como ocorreu com Frederick Schauer e Larry Alexander. Os argumentos de Strauss não levam à conclusão de que necessariamente seja o tribunal a melhor instituição para aplicar o *common law constitutionalism*. Isso dependeria de análise empírica. E, ao contrário do que se poderia pensar, pela sua análise, a melhor instituição para aplicá-lo seria o Legislativo, e não os tribunais. Justamente pelo que foi dito pelo *justice* Frankfurter, o Legislativo seria a instituição própria para a função.

Na verdade, essa questão já foi enfrentada quando tratamos da capacidade do *common law constitutionalism* de atualizar os *standards* em comparação com o Legislativo (item "2.3.1. Regras vs. *standards*", ao qual remetemos o leitor). Mas tal análise ocorreu sob a perspectiva *custo-benefício*. A maior parte da Constituição brasileira, repita-se, é composta por regras jurídicas, não por princípios ou *standards*. De maneira semelhante, é composta por textos claros e específicos. A função do tribunal em jurisdição constitucional ocorre, no mais das vezes, em casos de descumprimento de regras constitucionais, e não de descumprimento de algo suposto, dependente do ponto de vista ou concepção particular que se tenha de um determinado princípio ou valor sublimado num *standard* constitucional. Pense-se no caso do desrespeito às normas que tratam da iniciativa da propositura de leis – se não o maior número de casos de desrespeito da Constituição, uma grande parte deles. Igualmente, na ocorrência de execução de uma pena ou expropriação de um patrimônio sem um devido processo judicial. Quanto à promoção de direitos, em que medida a criação ou expansão de direitos foi intensificada pelo STF após a adoção de postura mais não formalista ou ativista? Compare-os com o número de direitos ou garantias criados ou alargados pelo Legislativo federal.⁴²⁹ A conclusão seria, utilizando essa perspectiva *custo-benefício*, no sentido de que o controle de constitucionalidade brasileiro funciona (e funcionaria) muito bem sob a doutrina formalista. A jurisdição constitucional funciona muito bem para garantir o cumprimento de textos claros e específicos. Já quanto aos textos não claros, existe grande dúvida – existindo quem aponte possibilidade de ganhos e outros

⁴²⁸ Essa ideia será retomada à frente.

⁴²⁹ Relembre-se aqui a fala de Oscar Vilhena Vieira (2009), exposta no item "2.2."

que demonstram justamente o inverso. Uma postura não formalista do Judiciário e/ou a aplicação de textos constitucionais não claros por ele, coagindo os demais poderes, ameaça fazer mais mal do que bem numa perspectiva ampla.⁴³⁰ Especialmente no caso do STF, que detém grande poder de encerrar discussão sobre a aplicação das normas constitucionais – inclusive no Parlamento.⁴³¹ A exigência de uma postura interpretativa perfeccionista, portanto, reforçaria essa ameaça. Uma postura formalista não, mas muito pelo contrário.

Os ganhos com uma postura interpretativa perfeccionista do judiciário na jurisdição constitucional. Pelo que já foi exposto até aqui, é possível concluir que os ganhos com uma postura interpretativa não formalista (perfeccionista, que visa um estado ideal de coisas) do Judiciário é especulativa, ao contrário dos ganhos com uma postura formalista no exercício da jurisdição constitucional – que são bem mais concretos. Por outro lado, não haveria motivo para crer que o Judiciário tenha melhor condições de dar concretude ou atualizar os conceitos, regras, *standards* ou princípios constitucionais do que o Legislativo ou os órgãos da Administração Pública. Há certo consenso entre estudiosos tão distintos quanto John Hart Ely (1980) e Antonin Scalia (1998) no sentido de que os poderes políticos têm maior acesso à evolução e mudanças dos valores sociais, culturais e econômicos do que os tribunais.

Outro ponto importante é a constatação de Klarman (1998) no sentido de que os juízes vistos em conjunto compartilham valores semelhantes aos da sociedade em geral, ou ao menos do setor da sociedade em que estão enquadrados. Essa constatação dificulta a defesa do Judiciário como atividade contramajoritária, pelo menos quando aplica a Constituição não formalisticamente – porque ele terá que se debruçar para dar conteúdo aos princípios morais ou aos propósitos de fundo pertinentes e para dizer quais devem prevalecer ou ajustar-se. Ainda que se creia na razão prática, o argumento de instituição contramajoritária fica enfraquecido e pode levar, inclusive, à constatação de que a jurisdição constitucional é supérflua. Se os valores econômicos e sociais da sociedade são compartilhados pelos juízes em geral, isso já ocorre e é bastante mais evidente nos legisladores. Por serem diretamente eleitos, têm uma chance bastante maior de possuírem ou representarem os valores de seus eleitores, ou seja, de representarem os valores sociais e econômicos da sociedade em geral. Portanto, uma

⁴³⁰ As diversas decisões do STF e do STJ citadas neste trabalho servem para ilustrar esse ponto.

⁴³¹ Relembre-se a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição e não ser raro o tribunal enveredar por este caminho.

defesa do controle judicial com base no fato de serem *representantes* do povo (majoritários) – de também compartilharem os valores da sociedade –, ao invés de contramajoritários, pode ser usado contra si mesmo, por indicar a desnecessidade desse tipo de controle. Ademais, assim como no Judiciário, a legislação ocorre também por meio de um procedimento racional, muitas vezes superior ao procedimento do Judiciário, pela vantagem epistêmica que possui.⁴³² Crendo-se na razão prática ao mesmo tempo em que se tem consciência dos limites da razão (como um todo), haveria pouco ou nenhum motivo para não se fazer o mesmo quanto à possibilidade de a razão prática ser aplicada pelos legisladores. Portanto, não há motivo concreto para crer ser a racionalidade dos tribunais superior à do Legislativo, pelo menos na aplicação de textos vagos, ambíguos ou principiológicos e na criação e atualização do direito em amplas searas do Direito, como no Direito Constitucional e no Direito Regulatório. Inclusive, há diversos autores que dizem ou demonstram justamente o inverso, ou seja, que a racionalidade dos tribunais é inferior ou não tão apta quanto à do Legislativo nestas searas, através de estudos empíricos e/ou teóricos, como Carl Schmitt (2007), Hans Kelsen,⁴³³ Herbert L. A. Hart (2007 e 2010), Frederick Schauer (1991, 2009 e 2011), Jeremy Waldron (1999 e 2006), Mark Tushnet (1999 e 2008) e Larry Kramer (2004).

Mesmo quando se pensa que as normas constitucionais devem ser atualizadas/desenvolvidas num ritmo ótimo (otimizadas), e não maximizadas, ou seja, que devem repercutir do melhor modo possível à mudança do âmbito em que foi formulada e será aplicada, também não resta claro uma superioridade dos tribunais sobre o Legislativo. Nem mesmo de que o respeito rígido aos precedentes por juízes seja superior à vinculação aos *precedentes sem amarras do Legislativo*⁴³⁴ para garantir a

⁴³² Isso ocorre especialmente na interpretação de *grandes conceitos/concepções* ou textos vagos/ambíguos. Daí a superioridade da racionalidade – ou do uso de procedimentos de superação dos limites da razão – do Legislativo sobre os tribunais, especialmente na aplicação da Constituição (VERMEULE, 2009, pp. 85-87, 90 e 122), bem como nas matérias em que há uma cooperação (soma de conhecimentos e procedimentos seguidos ao invés de atravessados) entre Legislativo e Executivo, cujo domínio é extremamente amplo (VERMEULE, 2009, p. 91).

⁴³³ Kelsen (2007), nos termos acima já assentados. Mark Tushnet lembra, por exemplo, que Kelsen defendia uma corte constitucional no lugar de um tribunal que julgasse tanto com base em leis ordinárias quanto na Constituição. A corte constitucional, para Kelsen, compreenderia melhor as características políticas das normas constitucionais, uma vez que não devem ser aplicadas como as normas ordinárias (TUSHNET, 2008, p. 18).

⁴³⁴ A própria estrutura do Legislativo federal garantiria esse respeito ao "precedente". Uma proposta legislativa do Senado precisa ser aprovada pelos membros da Câmara dos Deputados. Uma proposta desta, pelo Senado. E ambas pelo presidente da República. É um sistema, no mínimo, tricameral, excepcionado apenas para a aprovação de emenda à Constituição. Mas nesse caso o aumento do quórum de deliberação e a exigência de dupla votação em cada casa legislativa seriam um instrumento de

melhor aplicação da Constituição. No caso brasileiro, em que não há a doutrina de vinculação aos precedentes judiciais, o Legislativo pode, na verdade, ter um papel superior no que toca ao respeito a decisões anteriormente tomadas. Pense-se no tricameralismo (Câmara, Senado e Presidência da República), nas exigências de votação supermajoritária para a alteração da Constituição e compare com a inexistência de ambos no STF, por exemplo. O Congresso Nacional, para alterar a Constituição, em geral *ex ante*, embora prescindida da aprovação do presidente da República, necessita de uma supermaioria de três quintos (Art. 60, § 2º, CRFB) e dupla votação em cada casa legislativa, o STF para fazer o mesmo por meio da interpretação, em geral *ex post facto* (!), precisa de apenas a maioria absoluta dos seus membros (Art. 97, CRFB) e em votação única (!).⁴³⁵ Nesse processo, o *judicial balance* – para usar termo da expressão *check and balances* –, geralmente sugerido como útil, pode tornar as coisas piores, ao invés de melhores.⁴³⁶

As perdas com uma postura interpretativa perfeccionista do judiciário na jurisdição constitucional. Se os ganhos com uma postura judicial não formalista perfeccionista são incertos e em muitos pontos improváveis, o mesmo não ocorre com as perdas que gera. Elas são bem mais objetivas e palpáveis. Embora possa ser arguido que o positivismo não garante uma maior certeza na aplicação do direito do que o pós-positivismo ou o neoconstitucionalismo,⁴³⁷ o mesmo não ocorre em relação ao formalismo se comparado a uma postura não formalista. Uma interpretação que se

conservação das decisões já tomadas, de preservação do precedente. Ademais, deve ser somada, a essa análise em grande escala, outra de pequena escala. As comissões que compõem tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado também servem como filtros, não só de constitucionalidade, mas também de preservação do precedente.

⁴³⁵ Cite-se como exemplo, a decisão da Corte Especial do STJ que, pela aplicação do Art. 133 da CRFB sobre os Art. 153, 163 e 164 da Lei nº 8.112/90, numa interpretação não formalista e evidentemente *ex post facto*, entendeu que o advogado era indispensável também em processo administrativo disciplinar. A decisão levou à edição da Súmula nº 343 do STJ: "é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar". Ou seja, todos os processos administrativos disciplinares até então concluídos, desde 1988, sem a assistência de advogado, seriam nulos – praticamente todos. O caso foi tão grave que o STF apressou-se em editar uma Súmula Vinculante em sentido inverso e geral a todos os tipos de processo administrativo, com base em apenas quatro precedentes. A Súmula Vinculante nº 5 foi editada "apenas" oito meses após a Súmula nº 343 do STJ, o que no *tempo judicial* é extremamente pouco – ainda mais para reversão de jurisprudência pacificada. Provavelmente, percebeu-se o movimento inexorável em direção a mais uma alteração da Constituição, com efeito retroativo, para evitar o desastre. Outro exemplo seria a multicitada tentativa do Min. Gilmar Mendes de revogar, pela interpretação, o Art. 52, X, e modificar o texto do Art. 102 § 2º, CRFB, no que foi seguido pelo Min. Eros Grau e boa parte da doutrina.

⁴³⁶ Cf. Adrian Vermeule (2006, pp. 230-290 e 2009).

⁴³⁷ Como sustenta Dimitri Dimoulis (2011, p. 238-241), em contraposição a Humberto Ávila (2011), p. ex., como exposto no item "1.3.3."

utilize de outras bases que não apenas textos claros e específicos certamente aumenta os custos da tomada de decisão, individual e sistemicamente considerada, a possibilidade de erro da decisão e a incerteza jurídica. Esse "controle judicial extra" exige uma busca por informações muito maior do que o controle judicial formalista – o histórico legislativo, conhecimentos filosóficos e técnicos diversos,⁴³⁸ além do processamento dessas informações. Por sua vez, o tempo limitado e a *expertise* generalista ou geralmente restrita à ciência do direito do juiz apontam para a inviabilidade desse processamento ou grande risco dele produzir uma decisão equivocada. Os cidadãos, os juízes em geral, os órgãos públicos e os legisladores terão de ficar atentos às decisões sucessivas de mais de uma instituição para saberem o que é e o que não é constitucional. Sem contar a possibilidade de o tribunal julgar inconstitucional ato de autoridade de modo retroativo – entendimento pacífico do STF.⁴³⁹ Ou seja, aquilo que se acredita ser uma lei válida, não era. Só que só se saberá disso no futuro. Na hipótese de o tribunal exercer um controle de constitucionalidade formalista, os prejuízos serão, embora

⁴³⁸ Lembre-se a discussão judicial sobre o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54 QO/DF Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento em 27/04/2005 e em 12/04/2012), em que foi concedida a liminar pelo Min. Marco Aurélio, posteriormente revogada por maioria, também foi julgada procedente por maioria, com um ministro declarando-se impedido e outros quatro sendo contrários à sua procedência; sobre a "Lei de Biossegurança" (ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Julgamento em 29/05/2008), em que por pouco os ministros do STF declaram a lei inconstitucional com argumentos tão amplos que dificilmente seriam distinguíveis dos usados pelos legisladores que aprovaram a lei impugnada – a votação encerrou-se em seis a cinco; e sobre a demarcação de terras indígenas, em especial o julgamento referente à Raposa Serra do Sol, já exposto.

⁴³⁹ O raciocínio do STF e doutrinadores que defendem essa doutrina termina antes do que deveria. Utilizam um raciocínio cartesiano, o mesmo raciocínio que Kelsen é erroneamente acusado de praticar. Não apreendem adequadamente o conceito de autoridade e o seu papel num estado democrático de direito. O próprio Hart (2010, pp. 324-333) reconheceu que passou vários anos pensando que Kelsen estava errado quando distinguia *as normas jurídicas promulgadas pelas autoridades (normas prescritivas)* das *regras jurídicas formuladas pela ciência do direito (regra jurídica ou regra de direito)*, que seriam *normas descritivas*, uma *declaração de dever-ser*, um *juízo hipotético que atribui certas consequências a certas condições*, distinção fundamental para a sua explicação da autoridade criadora do direito e dos efeitos de invalidação de seus atos pelo Judiciário. Após um debate com o próprio Kelsen, que o mandou ler um lógico do século XIX para entender isso, movido pela irredutibilidade de Kelsen naquele debate, passou a acreditar que talvez ele estivesse certo. Embora não considere "felizes" os termos de Kelsen, Hart concluiu que ele estava certo na sua "teimosa" distinção. Kelsen ensina que a identificação do Direito e a higidez do sistema jurídico estariam na autoridade ("autoridade que cria direito") (KELSEN, 2007; HART, 2010, pp. 324-325). Para o Direito, a lei só será inconstitucional caso uma autoridade competente o declare. Enquanto essa decisão não ocorre, está valendo e surtindo efeitos a decisão da autoridade anterior – a que editou a lei e que, por óbvio, a entendeu constitucional (KELSEN, 1979 e 2007). A validade e eficácia contínua da norma estão sustentadas não na sua qualidade, mas no fato de ter sido concebida pela autoridade competente. É isso que Kelsen tenta demonstrar, e o que a ciência política e a teoria da constituição parecem apontar. É por isso que o raciocínio simplista do STF – uma lei inconstitucional, por lógica, nunca possuiu fundamento de validade –, desprovido de uma maior compreensão do arcabouço em que está inserida a jurisdição constitucional, e o sistema constitucional como um todo, acaba por equivocar-se.

muitos, menores do que aqueles derivados de uma interpretação não formalista, que não raro usa fontes que as autoridades e pessoas em geral nem mesmo podiam cogitar e, caso pudessem, dificilmente poderiam prever em que perspectiva seria usada. O impacto dessa postura não formalista, em conjunto com o entendimento do STF de retroagir os efeitos das decisões dos tribunais à data de edição do ato normativo invalidado, sobre a higidez do sistema jurídico é muito mais profundo, gerando grandes perdas impossíveis de calcular. Caso a decisão do tribunal seja errada, pior ainda.⁴⁴⁰ Portanto, as perdas e os custos com possíveis decisões equivocadas são muito maiores do que na hipótese de uma jurisdição formalista. E se, como acreditam Vermeule, Tushnet, Waldron, Schauer, Griffin, Schmitt, entre vários outros, esse controle judicial baseado em textos constitucionais vagos, ambíguos e principiológicos não trouxer ganho para a implementação dos direitos constitucionais, garantia do estado de direito e da democracia, pouco restaria para compensar as perdas que esse tipo de interpretação constitucional judicial gera.

Caso seja utilizada a *técnica da razão insuficiente* em conjunto com a *análise custo-benefício*, os benefícios especulativos – ou seja, praticamente todos os alegados benefícios de um controle judicial baseado também em textos vagos, ambíguos e principiológicos – devem ser eliminados do cálculo, assim como devem ser evitados os custos de incidência certa. A decisão interpretativa seria, então, pelo uso de um controle judicial que se limitasse apenas aos textos constitucionais claros e específicos, evitando aqueles que contenham *grandes conceitos/grandes concepções* (*great concepts*) ou termos vagos, ambíguos ou principiológicos, aqueles que possibilitem mais de uma ou várias concepções não absurdas.

Caso o juiz utilize a técnica *maximin*, por não poder estimar a probabilidade de ocorrência de cada resultado derivado de cada escolha interpretativa que possui – no caso, um controle formalista ou um controle não formalista – a conclusão será a seguinte. Um controle judicial formalista e deferente ao Legislativo nos textos vagos, ambíguos e principiológicos da Constituição terá como pior cenário, para escolhermos um, o fato de os fins esperados com as normas constitucionais (a melhor ou a concepção ideal deles) serem frequentemente desrespeitados, as normas constitucionais não sofrerem a atualização que deveriam sofrer e a eliminação de direitos importantes da

⁴⁴⁰ Lembre-se que apenas o STF possui o poder de modular os efeitos da sua decisão no tempo. Em questões regulatórias, como a última instância decisória geralmente é o STJ, a decisão seria retroativa.

minoría pela maioria. O pior cenário possível do controle judicial que vá além do controle anteriormente citado, com base em tudo o que já foi dito, seria idêntico ao acima, mas com o complemento de haver um enorme custo na aplicação (e identificação) do direito, uma enorme perda de segurança jurídica e, pior, aos erros do Legislativo serão acrescidos os erros de aplicação da Constituição pelo Judiciário, o que acarretará, também, uma possível perda de confiança na jurisdição constitucional e comprometimento do processo democrático. Com base no *maximin*, o juiz diria que sabe, ao menos, que o último cenário é o pior deles e, mesmo sem saber todos os efeitos do primeiro tipo de controle de constitucionalidade, decidiria por adotá-lo.

Caso o juiz adote o instrumento *minimax*, ele eliminaria o controle judicial de constitucionalidade. Um exemplo de um autor que chegou a essa conclusão, embora não tenha utilizado abertamente o *minimax*, seria Mark Tushnet. De modo semelhante, Jeremy Waldron e Stephen Griffin que, no entanto, reservam a utilidade do controle judicial para algumas hipóteses – como naqueles em que uma minoria seria excluída do processo eleitoral e em que, num caso específico e cujos efeitos serão restritos às partes envolvidas, um direito humano realmente tenha sido violado.

Em conclusão, sob incerteza, o mais é o menos – e aqui lançamos mão de mais uma técnica decisória: a "teoria da restrição",⁴⁴¹ que trata da ideia base do próprio constitucionalismo. Os melhores resultados serão obtidos com um controle judicial de constitucionalidade que não pretenda ir muito longe, que seja modesto e que respeite as interpretações constitucionais dos textos vagos, ambíguos ou principiológicos feitas pelo Legislativo e pelos órgãos administrativos especializados.

Uma possível objeção: auxiliares do tribunal, superação da ausência de especialidade e da baixa capacidade epistêmica de agregar conhecimento

Seria possível argumentar no seguinte sentido quanto à limitação da capacidade interpretativa do tribunal em virtude da sua restrição de *expertise* e de perspectivas:⁴⁴² a restrição de *expertise* e de perspectivas seria superada por meio do colhimento da

⁴⁴¹ Cf. o item "A Teoria da Restrição".

⁴⁴² Como visto os tribunais são compostos apenas por juristas, com os vícios cognitivos, ideologias e valores próprios dessa categoria profissional e da classe social a que pertencem, e, em regra, com conhecimentos gerais, não especializados nas matérias que julga. A diversidade cognitiva incrementa a possibilidade de se tomar a decisão correta, ainda que ela seja gerada pela inclusão de um membro menos capaz no colegiado. Indivíduos de um mesmo grupo tendem a possuir os mesmos preconceitos, perspectivas e tendências cognitivas que levam ao erro. Cf. Vermeule (2009, pp. 137-149).

argumentação dos advogados das partes, dos peritos judiciais e dos *amici curiae*. Essa, no entanto, é uma verdade parcial. Não é comparável o ganho epistêmico gerado pela diferença de perspectiva dos próprios julgadores com aquela obtida por meio dos assistentes da corte. Mesmo o melhor advogado, perito ou *amicus curiae* desempenha apenas um papel limitado quando comparado ao membro do tribunal.⁴⁴³ Em momento prévio e durante a deliberação, quando os juízes estão elaborando o fundamento e analisando os resultados, é comum surgirem novas considerações e divergências de entendimentos. De maneira que não há um substituto equivalente ao membro do órgão julgador para propiciar uma nova perspectiva e ideologia ao mesmo. Após as exposições frequentemente divergentes, muitas vezes tendenciosas, confusas ou enganadoras dos advogados, peritos e *amici curiae*, os juízes precisarão valorá-las. Quanto mais complexo o assunto, mais importante o julgador ter, ele próprio, o conhecimento técnico respectivo. Não há como substituir-se durante a confecção de seu voto e a discussão com seus pares. Facilmente perceptível que a exigência de um decisor especialista no assunto sob julgamento cresce quando está em pauta a discussão de uma norma regulatória, immanentemente complexa. Os julgadores leigos podem: *i*) não perceber a força de alguns argumentos técnicos, privilegiando outros mais fracos; *ii*) não permitir a oitiva ou simplesmente não estar presente para ouvir ou compreender os argumentos dos auxiliares do tribunal etc. Isso dificilmente ocorreria caso essas perspectivas ou conhecimentos fossem expostos por um membro do tribunal, o qual os demais têm de encarar como um igual. Na Administração Pública, como no Legislativo, ao contrário, é comum os colegiados ou mesmo órgãos administrativos unitários serem compostos por profissionais diversos e de classes sociais diversas. Sem contar o maior número de participantes diretos no processo decisório.

Por outro lado, poder-se-ia alegar que, em questões eminentemente jurídicas, o tribunal possuiria vantagem epistêmica sobre o Legislativo e o Executivo. Isso está correto, e é uma premissa que será usada para a conclusão a respeito da postura interpretativa a ser adotada pelo juiz diante de uma questão eminentemente jurídica. Entretanto, mesmo que em questões eminentemente jurídicas o Legislativo possua uma menor chance de tomar uma decisão correta quando comparado ao tribunal, muitas das questões decididas pelos tribunais não são eminentemente jurídicas. Pelo contrário,

⁴⁴³ Sobre a participação dos advogados para a promoção da diversidade ideológica junto ao tribunal, confira David. A. Strauss e Cass Sunstein (1992).

muitas delas possuem componentes factuais, morais e outros propósitos de fundo cujo enfrentamento é determinante para a solução. Nessas hipóteses, a diversidade de especialidades e a diversidade cognitiva ínsita à variedade profissional e de classe presentes no Legislativo tornam-no a instituição mais capaz para tomar uma decisão acertada. Raciocínio equivalente é aplicável à Administração Pública.

De todo modo, outras características fariam com que os tribunais estivessem numa situação pior para decidir do que o Legislativo e os órgãos administrativos. Como a distância dos fatos, chegando os dados apenas de maneira indireta ao juiz; o isolamento da cobrança dos cidadãos, o que faz com que tendências cognitivas dificilmente sejam corrigidas, como o corporativismo e as visões sociais e políticas próprias da classe jurídica; a formalidade do processo judicial, em que o debate é muito constrito; e a definitividade da decisão judicial.

Ainda há outro ponto que demonstra a menor *capacidade epistêmica decisória* dos tribunais em situação de incerteza ou de decidirem questões complexas, quando comparados ao Legislativo e aos órgãos administrativos. Como visto, diante da constatação dos limites da razão, foi desenvolvida uma série de técnicas visando superar esses limites em alguma medida. Há muito os teóricos do direito e os legisladores estão cientes desses limites, de modo que há bastante tempo algumas delas são utilizadas nos tribunais e no Parlamento. A previsão de julgamento por colegiados é um exemplo. Outro é a previsão de decisão por supermaiorias. Essas previsões derivam de ideias como a desenvolvida no teorema do júri,⁴⁴⁴ do marquês de Condorcet, e a ideia de que muitos são melhores julgadores do que um só (*a sabedoria da multidão*), de Aristóteles.⁴⁴⁵ Entretanto, a aplicação do teorema do júri ou da *sabedoria da multidão*

⁴⁴⁴ Sintetizada no item “2.3.1.”.

⁴⁴⁵ "The principle that the multitude ought to be supreme rather than the few best is one that is maintained, and, though not free from difficulty, yet seems to contain an element of truth. For the many, of whom each individual is but an ordinary person, when they meet together may very likely be better than the few good, if regarded not individually but collectively, just as a feast to which many contribute is better than a dinner provided out of a single purse. For each individual among the many has a share of virtue and prudence, and when they meet together, they become in a manner one man, who has many feet, and hands, and senses; that is a figure of their minds and disposition. Hence the many are better judges than a single man of music and poetry; for some understand one part, and some another, and among them they understand the whole." ("O princípio de que a multidão deveria ser supremo ao invés do que o pequeno número dos melhores é um que é mantido, e, embora não isento de dificuldades, parece conter um elemento de verdade. Quanto aos muitos, dos quais cada indivíduo é apenas uma pessoa comum, a sua reunião pode muito provavelmente ser melhor do que poucos melhores, se considerada não individualmente, mas coletivamente, como um banquete para a qual muitos contribuem é melhor do que um jantar abastecido por apenas um bolso. Cada indivíduo dentre os muitos tem uma quota de virtude e prudência, e quando eles trabalham em conjunto, tornam-se de algum modo um homem que tem muitos

não leva necessariamente à agregação de conhecimentos dos julgadores reunidos nem à união de perspectivas desses julgadores. Nem mesmo significa que haverá uma verdadeira deliberação, ou seja, a consideração por todos da perspectiva de cada julgador.⁴⁴⁶ Isso dependerá dos procedimentos e organização interna desses colegiados. Os membros do tribunal podem decidir sem haver uma verdadeira deliberação.⁴⁴⁷ Neste caso, a soma de conhecimentos, se houver, será restrita aos conhecimentos dos magistrados envolvidos ou ainda das partes envolvidas no processo (perito, advogados das partes, *amicus* ou *amici curiae*). Como os magistrados pertencem a um mesmo grupo profissional e, geralmente, a uma mesma classe social, as suas perspectivas tendem a ser semelhantes, pelo menos quando comparadas às do Legislativo e do Executivo, de maneira que a sua soma não representará um grande ganho epistêmico.

No Legislativo e no Executivo, essas técnicas também enfrentam entraves. Mas é possível afirmar que, pelas suas características, eles as usufruem melhor do que o Judiciário, possuindo maior capacidade epistêmica de agregar conhecimento (Vermeule, 2009). Como já dito, no caso do Legislativo e do Executivo é possível verificar, inclusive, soma de conhecimentos interinstitucionais, na medida em que há grande possibilidade de o Executivo agregar conhecimento ao do Legislativo, como ocorre nas regulamentações de leis. Todo o conhecimento condensado na lei tende a ser trabalhado pelos órgãos administrativos pertinentes, que acrescentam seus próprios conhecimentos aos anteriores quando expedem regulamentos normativos e ao, simplesmente, atuarem. No caso do Judiciário, isso é possível, embora em menor escala, caso seja deferente à interpretação do direito feita pelo Legislativo e Executivo. Mas, quando o tribunal prefere sua visão sobre a questão posta e invalida um ato normativo, ele estará eliminando todo o conhecimento epistêmico gerado pelo processo legislativo. A regra

pés e mãos, e sentidos; ou seja, um retrato de suas mentes e disposição. Daí porque, muitos são melhores juízes de música e poesia do que um único homem; alguns entendem uma parte, e outros outras partes, assim, entre eles, eles compreendem o todo.” (ARISTOTLE, 1999, Book 3, Part XI).

⁴⁴⁶ Cf. Vermeule (2009, pp. 36-41).

⁴⁴⁷ Como é a regra no STF, por exemplo, sendo comum seus membros atuarem como "onze ilhas", conforme crítica de Conrado Hübner Mendes (2010). Outro problema seria a sessão pública de julgamento (MAXIMILIANO, 2011, p. 85). Em público, os julgadores estão mais sujeitos a paixões (MAXIMILIANO, 2011, pp. 85-86). E a paixão é uma grande limitadora da razão (ELSTER, 1985 E 2009). Se encaminham seus votos prontos perante o público, a dificuldade em admitir que estejam errados e, assim, alterar ou seguir outro colega, aumenta sensivelmente. Talvez essa seja outra falácia, a falácia do julgamento em público; de que ele produziria os mais isentos e mais justos julgamentos. Ainda que não se concorde com uma combinação prévia de votos, talvez mais interessante fosse permitir que os juízes pudessem, após confeccionar ou não seus votos e ouvir as sustentações orais, ficarem conclusos até deliberarem a decisão final. Após chegarem a uma conclusão, revelariam o acórdão ao público que aguardava, podendo cada magistrado expor suas divergências por meio de voto em separado.

aplicada será feita apenas pelos juízes. Não haverá soma de capacidade epistêmica. Como a capacidade epistêmica de agregação de conhecimentos do Judiciário é menor do que a dos outros poderes, caso ele anule um ato normativo, estará não só desagregando todo o ganho epistêmico até então gerado como o substituindo por outro pior. Objetivamente, portanto, verifica-se que a chance de o Judiciário chegar a uma decisão melhor do que a dos demais poderes é pequena. Não é demais lembrar que o argumento de que o tribunal avaliará todos os conhecimentos até então produzidos/colhidos e agregados e, depois, decidirá, com um ganho epistêmico global, proporcionado por todos os conhecimentos produzidos/colhidos, mostra-se errôneo diante de tudo o que já foi dito.

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

Necessário verificar, neste momento, o controle de constitucionalidade judicial formalista⁴⁴⁸ no que toca ao problema relatado no item "2.3.2."

Uma das discussões no plano operacional quanto aos procedimentos interpretativos a serem adotados diz respeito à necessidade ou não destes procedimentos, para serem úteis, contarem com um grande número de adeptos. Explique-se. Como delineado ainda no início deste trabalho, caso se concorde em adotar uma postura interpretativa estratégica, imprescindível será a análise institucional, ou seja, uma análise (também) a partir do plano em que ela será aplicada. Muitas doutrinas e cânones interpretativos visam obter um *resultado marginal padrão específico* – por exemplo, forçar os poderes políticos a corrigirem normas defeituosas, atualizá-las ou regular espaços até então disciplinados por textos normativos vagos ou ambíguos –, além de possibilitar a solução do caso concreto.⁴⁴⁹ Em muitos deles, entretanto, é

⁴⁴⁸ Entendido aqui como aquele que se restringe a exercer a jurisdição constitucional sobre os atos normativos com base em dispositivos constitucionais que tenham texto claro e preciso, sendo deferente à interpretação dos demais dispositivos constitucionais que contenham texto vago, ambíguo ou principiológico feitas pelos poderes políticos, especialmente o Legislativo – expressa ou tacitamente presente nos seus atos normativos.

⁴⁴⁹ Não raras vezes prejudicando a qualidade das decisões em alguns casos, para possibilitar, p. ex., o citado reforço democrático.

possível concluir que apenas serão úteis caso um número muito grande de decisores aplique, simultaneamente, o tipo de interpretação proposta. Por outro lado, caso poucos o adotem, esse tipo de interpretação, além de estéril, pode se mostrar apenas prejudicial. É o que ocorre no exemplo há pouco citado, em que algumas decisões judiciais serão tomadas ainda que desalinhadas com as peculiaridades do caso concreto, porque visam a um reforço democrático no Direito positivo. Na hipótese de ser improvável a aplicação dessa doutrina interpretativa com o nível de homogeneidade necessário para que atinja seu objetivo, tal doutrina deveria ser recusada por todos.

O problema é que dificilmente conseguir-se-á obrigar grande parte dos juízes a adotar uma determinada técnica interpretativa ou ao menos uma determinada técnica interpretativa para uma mesma hipótese.⁴⁵⁰ Como visto, o Judiciário possui uma característica peculiar justamente oposta à do Executivo: a dificuldade de coordenação na atuação dos seus membros.⁴⁵¹ Ainda que se possa argumentar que o Brasil possui uma série de instrumentos capazes de engessar os juízes em geral,⁴⁵² ainda não se inventou um meio de obrigá-los a interpretar todos do mesmo modo, ou seja, a adotar uma mesma postura interpretativa em casos específicos ou em geral. Ou seja, ainda que esse fosse o objetivo, não seria possível ter todos os juízes interpretando a legislação do mesmo modo.

Algumas doutrinas e cânones, embora formalistas, não passariam no teste acima, como é o caso do *textualismo* (VERMEULE, 2006, p. 132). Relembre-se que o textualismo defenderia uma concepção de formalismo diversa da defendida neste trabalho: com base em conceitos de alto nível teórico-abstrato e em valores e princípios morais.⁴⁵³ Quanto ao debate a respeito do textualismo referente ao papel da interpretação jurídica no reforço democrático e qualidade da produção normativa, remetemos o leitor ao item "2.3.1.", no tópico "*Regra e efeito sistêmico da interpretação*".

O controle de constitucionalidade judicial formalista, na concepção defendida neste trabalho, pode ser acusado de também necessitar de um grande número de adeptos

⁴⁵⁰ Nem se está propondo que isso ocorra, trata-se apenas de uma constatação da análise da instituição "Judiciário".

⁴⁵¹ Sobre a falta de coordenação no Judiciário sobre a atuação de seus membros e tribunais, confira Peter Strauss (1987) e Vermeule (2006, pp. 123-132).

⁴⁵² Como a súmula vinculante e os efeitos de um julgamento em sede de controle de constitucionalidade concentrado no STF.

⁴⁵³ Quanto ao textualismo, confira o item "1.5.".

entre os juízes para poder gerar benefícios ao sistema jurídico como um todo.⁴⁵⁴ Embora parte dessa acusação possa ser verdadeira,⁴⁵⁵ continuaria sendo verdade que, no geral, o método interpretativo formalista prescinde de um grande número de seguidores para ser capaz de contribuir para a redução de custos, certeza e qualidade do sistema jurídico a cada aplicação (*contribuição marginal*).⁴⁵⁶ Cada aplicação formalista do direito por um juiz estará conservando o poder decisório no âmbito dos poderes políticos, sem eliminar o poder de controle do Judiciário, com cada instituição ficando responsável por aquela tarefa para a qual possui maior capacidade: o Legislativo e o Executivo, com o papel de decidir questões políticas e morais sob incerteza ou incerteza profunda, e o Judiciário, com o de controlar essa atividade criativa do direito com as ferramentas que melhor sabe manusear (regras), impingindo o cumprimento de pré-compromissos⁴⁵⁷ políticos fixados em textos claros e precisos. Pouco a pouco vão se retirando do âmbito judicial matérias mais tendentes a produzir inconsistência ao longo do tempo – aquelas cuja chance de se tornarem inconsistentes é bem maior numa instituição em que seus membros não são ou são pouco coordenáveis.

⁴⁵⁴ Jonathan R. Siegel (2007, pp. 20-26), ao criticar o método interpretativo formalista desenvolvido por Vermeule, afirma ser questionável que esse método realmente prescinde de um grande número de adeptos para poder contribuir para o sistema jurídico como um todo, pelo menos considerando, na redução de custos para a tomada de decisão, o recurso ao *histórico legislativo*. A utilização ou não do histórico legislativo é uma questão importante no sistema jurídico da *common law*, sendo a eliminação de seu uso pelos juízes um dos principais alvos de Vermeule. Para se ter uma ideia, a Câmara dos Lordes, no Reino Unido, tradicionalmente veta esse recurso pelos juízes. Entretanto, Jonathan Siegel (2007, p. 19) demonstra que esse impedimento foi flexibilizado, ainda que em alguns poucos casos, como indicaria a decisão em *Pepper vs. Hart* (1993, 1 A 11 E.R. 42).

⁴⁵⁵ Como revela Jonathan R. Siegel (2007, pp. 25-26): embora seja verdade que o formalismo thayerista realmente não precise de um número muito grande de seguidores para diminuir os custos da aplicação do direito, essa redução será muito pequena até que uma grande quantidade de juízes passe a aplicá-lo.

⁴⁵⁶ Nas palavras de Vermeule (2006, p. 278): "the Thayerian decisionmaking, at the margin, reduces systemic decision costs and legal uncertainty by shifting control over the incremental updating of the Constitution from courts to legislatures, at the margin" ("o decisor thayerista, na margem, reduz custos de decisão e a incerteza jurídica sistêmicos por deslocando o controle sobre o incremento de atualização da Constituição dos tribunais para as casas legislativas, na margem").

⁴⁵⁷ Sobre pré-compromissos políticos, confira, por todos Stephen Griffin (1996), Stephen Holmes (1988) e Jon Elster (1985 e 2009).

3.2.5

A regulamentação dos dispositivos constitucionais vagos, ambíguos ou principiológicos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

O significado do texto normativo muda ao longo do tempo. As palavras do texto legal quando da sua edição podem não ter o mesmo significado anos depois, quando lidas por pessoas diversas e de geração diferente daquela em que o estatuto foi editado. Logo, é imprescindível a adequação da interpretação desses textos à alteração natural do uso ordinário da língua. Por outro lado, mudanças nas condições e questões econômicas, sociais, políticas e tecnológicas também exigiriam essa adaptação.⁴⁵⁸ Quanto mais vago, ambíguo ou principiológico o texto legal, mais passível de ocorrer essa alteração. Em textos claros e específicos, essa alteração é mais difícil, tendo em vista que a mudança da língua ocorre, em regra, em ritmo mais lento do que as mudanças econômicas, sociais e políticas. Isso nos remete ao voto divergente do *justice* Frankfurter citado acima, em que distinguiu os *greats concepts*, que caberia aos poderes políticos definir, das provisões claras e específicas, cujo cumprimento a Suprema Corte era capaz de exigir, tendo em vista seu desenho institucional e capacidade decisória.

Quem tem a maior capacidade de identificar esse descompasso e atualizar ou compatibilizar esses textos constitucionais às amplas alterações nos valores públicos? Não há nenhuma evidência de que a estrita especialidade dos juristas seria superior na tarefa de identificar esses textos e de dar-lhes o significado mais adequado à nova realidade quando comparada às diversas especialidades dos integrantes do Legislativo e do Executivo. Os juristas passam por um treinamento especializado, o que leva à limitação de suas crenças e comprometimento. Essa limitação, por sua vez, acarreta outra: a limitação de informação dos juristas quanto aos valores atualmente correntes nos espaços públicos. O isolamento político dos juízes realmente possibilita seu distanciamento das pressões políticas, o que os permite julgar sem esse tipo de interferência. Entretanto, como já afirmado, isso não garante que o juiz vá julgar sob qualquer outra influência ou tendência, seja ela boa ou ruim. Ele fica com uma margem de ação muito ampla, sobretudo diante dos textos constitucionais mais abstratos. Nada

⁴⁵⁸ Veja, a respeito, William N. Eskridge Jr. (1987).

garante que farão uma boa atualização da Constituição. Além disso, há o preço do seu isolamento: os juízes ficam distantes também das necessidades e valores atuais da sociedade em geral, além de não terem de prestar contas. Já os legisladores, assim como os administradores públicos, estão em contato mais direto com os seus eleitores, pela necessidade de reeleição, assim como os administradores públicos, pelo mesmo motivo ou para tornar suas decisões melhores e ou efetivas, estando permeáveis a todo o tipo de perspectiva.

A consideração anterior deve ser somada ao custo com os erros na identificação de quais normas constitucionais estariam de fato desatualizadas e os erros na consequente atualização, mais prováveis de ocorrer e mais custosos no Judiciário do que no Legislativo ou no Executivo. Também há o inconveniente de que, com a passagem das decisões políticas para o Judiciário, vão junto os problemas (e os custos) que afligem os poderes políticos⁴⁵⁹ e, pior, emerge

o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento". (KELSEN, 2007, pp. 262-263).

Kelsen, apesar de defender o controle judicial de constitucionalidade, previa o perigo de, caso se julgasse com base em textos vagos, ambíguos ou principiológicos, poderia ocorrer não apenas o espraiamento dos problemas que afligem os poderes políticos até o judiciário, mas, pior, a geração de um governo paralelo – e não de um mero "diálogo constitucional". Quanto menor a contenção judicial nesses assuntos, maior o risco desse mal ocorrer.

Caso utilizados os instrumentos da escolha interpretativa, a conclusão será no sentido de que a atualização e correção das normas constitucionais, especialmente as de texto mais abstrato ou passível de entendimentos diversos razoáveis, devem ser feitas pelo Legislativo e, a partir delas ou diretamente, pelo Executivo.

Interessante notar que a conclusão anterior, embora alcançada por meios renovados, não é estranha à doutrina brasileira. Carlos Maximiliano, embora defendesse a atualização das normas por meio da interpretação desde que respeitadas as suas

⁴⁵⁹ Por todos, HART (2010, pp. 141-142).

prescrições explícitas (2011, p. 226), era contra a substituição da interpretação da Constituição feita pelo Legislativo ou Executivo, salvo se não houvesse a menor *dúvida razoável* de que ela afrontou norma constitucional (2011, pp. 250 e 254). Também era contra decisão judicial que pudesse indicar de maneira definitiva e obrigatória o modo de interpretar um determinado dispositivo jurídico (MAXIMILIANO, 2011, p. 77). Maximiliano afirma, referindo-se à interpretação autêntica, mas certamente aplicável a uma decisão judicial que tivesse mesmo efeito – como é o caso das ADIs:

(...) se a lei tem defeitos de forma, é obscura, imprecisa, faça-se outra com caráter franco de disposição nova. Evita-se o expediente perigoso e retrógrado, a exegese por via de autoridade, irretorquível, obrigatória para os próprios juízes. (MAXIMILIANO, 2011, p. 76).

A leitura de Maximiliano dos constitucionalistas americanos do século XIX e início do século XX, em que a política tinha um significado bastante diverso do que tem hoje quando contrastada com o direito e havia a adoção praticamente pacífica da regra da dúvida razoável na prática do *judicial review*, talvez explique a semelhança de conclusões entre os *formalistas neothayeristas*, como Vermeule, e Maximiliano. Não seria equivocado, portanto, ao invés de chamarmos o método interpretativo constitucional formalista que defendemos de neothayerista,⁴⁶⁰ chamá-lo de *neomaximilianista*. Embora seja verdade que um diferencial de Thayer foi defender e demonstrar de forma clara e exemplificativa a grande capacidade de julgamento dos legisladores, que é superior ao julgamento dos tribunais em determinadas condições e onde os tribunais tinham a maior capacidade de atuar, Maximiliano também o fez, porém, é verdade, em termos mais gerais.

3.3

A interpretação das normas regulatórias

Não deixa de ser curioso termos ido tão longe para desenvolver nosso Direito Constitucional e as nossas técnicas interpretativas e encontrar grandes estudiosos de

⁴⁶⁰ A fim de caracterizá-lo como deferente aos atos dos poderes políticos quanto aos textos normativos vagos, ambíguos ou principiológicos, concentrando o controle judicial nos textos normativos claros e específicos.

países de *common law* chegando à conclusão, por meio de teorias sofisticadas, que a postura interpretativa há muito adotada por nós – restrição interpretativa do Judiciário e sua deferência às decisões do legislador e dos órgãos administrativos –, de tradição *civil law*, seria a mais adequada.⁴⁶¹

Contudo, os estudos levantados por este trabalho não visam vangloriar a tradição da *civil law*. Visam aclarar, por meios mais efetivos, a importância da observação das regras jurídicas pelos intérpretes, em vez de considerá-las apenas mais um argumento entre vários para a escolha da decisão jurídica. Não só como um dever moral ou conceitual, o que poderia suscitar discussões sobre qual postura seria eticamente mais adequada⁴⁶² ou recomendada pela democracia ou pela estrutura da Constituição, mas principalmente por uma questão de ordem prática e mesmo de interesse da própria instituição julgadora: frequentemente é a postura que leva ao melhor direito, não só o individualmente considerado, mas todo o direito, pelo menos no caso dos juízes.

Procurou-se levantar uma teoria da interpretação que permitisse aos intérpretes adotar uma postura interpretativa em que o consenso é possível, uma vez que seria independente da concepção de direito, de democracia e de Constituição que eles tenham. Ou seja, uma metodologia que permitisse a sua aplicação pelo intérprete e o debate entre os teóricos a respeito da melhor técnica ou regra interpretativa, independentemente das concepções políticas, morais e de direito que possuam.

Observou-se que a postura interpretativa do juiz, num sistema de jurisdição unitária e em que não se pretende alterá-la, é importante para que os membros das outras instituições responsáveis pela criação e aplicação do Direito possam ficar livres, juridicamente, para adotar a postura interpretativa mais adequada às suas respectivas capacidades. A proposta interpretativa de Vermeule (2006 e 2009) reúne criticamente as diversas propostas dos que ele chama de neothayeristas – Schauer, Waldron, Tushnet, Sunstein, Kramer, Griffin, entre vários outros. Tal proposta poderia ser colocada da seguinte maneira: os juízes deveriam restringir-se a aplicar textos claros e específicos

⁴⁶¹ Sobre o tema, são referências as decisões da Suprema Corte dos EUA em *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), que fixou a doutrina da deferência judicial aos atos administrativos, e em *UNITED STATES v. MEAD CORP.*, que conferiu novos parâmetros à decisão anterior, sob crítica do *justice* Antonin Scalia e de administrativistas, como, por exemplo, Vermeule (2006).

⁴⁶² Como a discussão entre os que defendem o respeito irrestrito à regra e aqueles que defendem a tentativa de melhor adequá-la ao caso concreto na sua "maleabilidade" – pela "textura aberta" das palavras (HART, 2007), do texto vago, ambíguo ou proposicional –, que seria uma discussão já dentro do juspositivismo.

tanto no controle de constitucionalidade quanto no de legalidade, sendo deferente à interpretação do legislador, no primeiro caso, e à interpretação dos órgãos administrativos (*agencies*), no segundo, quanto aos textos vagos, ambíguos ou principiológicos (*aspirational*) da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente. Quando não houver ainda uma decisão do Legislativo, no primeiro caso, nem dos órgãos administrativos, no segundo, o juiz deve adotar um cânone interpretativo por meio do *picking*, de atalhos mentais, dispositivos heurísticos ou outro instrumento decisório mais adequado, em vez de perder tempo tentando descobrir qual o cânone interpretativo mais adequado usar na hipótese ou com uma cruzada em busca da vontade do legislador por meio do histórico legislativo; o precedente gerado deve ser rígido, assim como a decisão a respeito do cânone interpretativo a ser usado. Num Estado administrativo (HEGEL, 1998, p. 386; WEBER, 1974, p. 22; CAPPELLETTI, 1999, p. 43-56), dificilmente algum texto vago, ambíguo ou principiológico não terá um ato administrativo que o esclareça e especifique. A postura interpretativa defendida por Vermeule permite às instituições que possuam maior capacidade interpretativa aplicar a parte do Direito mais complexa – mais ligada a questões econômicas, sociais e políticas ou a valores morais e políticos. O que garantiria, conseqüentemente, pelas características institucionais dos órgãos administrativos e do Legislativo, a minimização de custos colaterais da decisão e incerteza jurídica.⁴⁶³ É uma forma engenhosa de o juiz aplicar a lei de maneira formal sem a consequência negativa de as demais instituições com capacidade interpretativa diversa terem de fazer o mesmo – deixando de contribuir para o esclarecimento do direito, minimização da insegurança jurídica e redução dos custos colaterais da decisão.

É possível, porém, ir além. Seria possível a Vermeule esclarecer que, adotada a postura interpretativa por ele defendida, o Direito seria aplicado, ao final, de maneira não formalista. No todo, o Direito seria aplicado de maneira não formalista, tal qual o defendido pelo perfeccionista ou pelos defensores de doutrinas interpretativas não

⁴⁶³ Vermeule, entretanto, em obra de 2011 (VERMEULE, 2011), afirma que, na verdade, para o sistema constitucional, diante da incerteza, o melhor seria que os juízes adotassem um misto de posturas interpretativas (formalistas e não formalistas). Assim, um juiz que concorde que o melhor é adotar estrategicamente uma postura interpretativa pode, ainda que concorde que a melhor postura interpretativa é aquela descrita acima (formalista e deferencial), concluir que o melhor é adotar uma postura não formalista, ao constatar que todos ou grande parte de seus pares no tribunal têm uma postura formalista, porque isso levaria a um melhor desenvolvimento e equilíbrio do sistema constitucional.

formalistas,⁴⁶⁴ mas com cada instituição contribuindo naquilo que detém maior capacidade. Dito de outro modo: o juiz, ao ser formalista, aplicaria (acataria) a interpretação não formalista do Legislativo e/ou do órgão administrativo naquilo que não contrarie texto legal claro e específico. O juiz é formalista, o direito gerado com a sua decisão, não necessariamente. Quando não houver interpretação por parte dos legisladores nem dos administradores públicos, o que é difícil, o juiz fará a construção do significado dos textos legais vagos, ambíguos ou principiológicos, o que não é possível apenas por meio do texto da norma, obviamente. O resultado continua sendo um direito não formalista. A diminuição da complexidade do direito e, conseqüentemente, da insegurança jurídica, ficaria por conta da defesa de Vermeule de uma postura de rigidez no uso dos cânones a serem empregados e dos precedentes gerados até o advento da interpretação da instituição mais capaz de fazer a interpretação desse tipo de dispositivo.

Outros ajustes ou complementações são possíveis na proposta sintetizada por Vermeule. Como foi visto, em geral não há como obrigar os decisores (juízes, administradores, legisladores, cidadãos) a adotar uma determinada postura interpretativa. É importante que a teoria que defendemos seja atrativa a eles. Nesse sentido, é possível identificar que a síntese de Vermeule ficaria um pouco mais atrativa aos juízes se esclarecermos que o que seria a "limitação de capacidade do juiz" ("um generalista", "não especializado") é, em grande parte, algo proposital ou natural do sistema. Pelo levantamento feito, percebemos que *as limitações do juiz*, embora seja expressão que possa soar pejorativa, não é um demérito. Ela seria proposital, diferentemente da limitação da razão, que atinge a todos, das inclinações cognitivas próprias da categoria dos juristas⁴⁶⁵ e assim por diante. Decorre do desenho institucional dos estados democráticos de direito. Essas limitações são importantes para a relevante função de controle que o juiz e outros órgãos de controle exercem, inclusive sobre os

⁴⁶⁴ O perfeccionista e as doutrinas interpretativas não formalistas, *ab initio*, defendem a decisão ideal caso a caso, e não apenas um direito globalmente ideal ou mais perfeito possível.

⁴⁶⁵ Sobre o tema, veja, por todos, Vermeule (2009, pp. 123-162), Barry Friedman (2010). Um dos aspectos mais relevantes desse ponto é a constatação de que os juristas não pensam como as pessoas comuns – possuem o raciocínio legal que lhes impinge certas tendências cognitivas, p. ex. – e nem representam os mais diversos tipos de ideologia presentes na sociedade – como se fosse um grupo que espelhasse aproximadamente toda a sociedade. Eles são parte de uma classe profissional de elite, possuindo ideologias e tendências ligadas a essa classe, e não às mais diversas classes sociais e categorias profissionais – como são encontradas no Legislativo e nos órgãos administrativos em geral. Sobre esta última questão, confira o levantamento bibliográfico e o resumo desse debate em Vermeule (2009, pp. 140-141, especialmente nas notas 276 e 277).

poderes – inclusive sobre o próprio Judiciário.⁴⁶⁶ O controle não precisa, e nem deve, geralmente, ter o mesmo nível de especialidade dos controlados. Até porque isso seria dificilmente possível. Como será visto mais à frente, ainda que o controlador seja, isoladamente, mais especializado do que o controlado, o meio pelo qual ele tem acesso aos dados que o controlado trabalha diariamente, e a constrição de acesso a esses dados que o meio citado e a limitação de tempo geram, faz com que o controlador dificilmente possua a mesma capacidade de decisão do controlado. Isso é verdade na relação subordinado-chefe, quanto mais numa relação interinstitucional – como é o caso do Legislativo e dos órgãos administrativos com o Judiciário. Dito de outro modo, os dados que o controlado adquire diretamente o controlador adquire apenas indiretamente e, por isso, com perdas – ruído na transferência, transferência não completa, impossibilidade de transferência de dados imateriais decisivos à decisão. Na hipótese de um controle especializado, como o que ocorre na relação chefe-subordinado, o controlador analisa um número muito maior de casos do que o controlado, não podendo fazer uma análise tão pormenorizada quanto à do controlado, sob pena de inviabilizar o controle ou de exigir número equivalente ou próximo de controladores ao número de controlados. A limitação de tempo e o gerenciamento de recursos (materiais e humanos) finitos, então, têm papel decisivo nessa relação, praticamente impossibilitando ou impossibilitando haver um controlador com mais capacidade decisória do que o controlado. Essa disparidade diminui à medida que o controlador detém maior especialidade e um menor número de casos a controlar. Aumenta à medida que o controlador possui menor especialidade sobre os assuntos controlados e um maior número de casos a controlar. Influi decisivamente nessa consideração o fato de haver dados acessados indiretamente pelo controlador. Quanto maior o número de dados acessados indiretamente, maior a possibilidade de perdas e ruídos durante a transferência.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Como mostra o controle pelo STF dos atos administrativos e normas administrativas do CNJ e tribunais.

⁴⁶⁷ Cf. Douglas G. Baird and Robert K. Rasmussen (1999). Os autores fazem uma sofisticada exposição dos custos e benefícios da interpretação formalista por juízes (generalistas) em áreas especializadas. Apesar de tratar da interpretação do Código de Falências e do método de interpretação a ser seguido por juízes especialistas (*bankruptcy judge*) e por juízes de segunda instância generalistas (*appellate courts*), além da relação entre eles, suas reflexões são úteis para outros casos que envolvam marcos regulatórios específicos, a aplicação destes por intérpretes especializados e intérpretes generalistas, bem como da relação que deve haver entre o aplicador da lei (especializado) e o órgão de controle (generalista) para se gerar o melhor ganho para o direito. Trabalha, dentre outros, com o *leading case Northern Pacific Railway vs. Boyd* (228 US 482 (1913)), com a doutrina da *common law* de Blackstone e com o Código de Falências, seu "Capítulo 11", especialmente quanto à interpretação do termo expresso nessa norma no sentido de que um plano de recuperação deve ser "*fair and equitable*", que gera mais de um século de

É importante que o Judiciário e os órgãos de controle em geral tenham o conhecimento necessário para desempenhar bem o controle, não um que possibilite a substituição da decisão do controlado ou uma decisão "superior". O contrário seria propor um bicameralismo entre instituições. O que pode, nessa hipótese, ser considerado um desperdício de recursos (humanos e materiais) ou uma aplicação deficiente deles. E, como indicam a ciência política e a economia, caso isso ocorra, os vícios do controlado migrariam para o controlador, pondo fim à vantagem e à razão de ser do controle – ponto já enfrentado acima. Então, a limitação de tempo para tomar uma decisão e a limitação dos dados que é capaz de obter e processar são limitações normais a uma instituição cujo papel atribuído é o de exercer uma função de controle de legalidade, e não de controle da moralidade ou das escolhas políticas que o Estado e a população fazem. Seu papel tampouco seria o de fornecer uma decisão "superior" às do Legislativo e às do Executivo. A demonstração de Vermeule (2009), baseado em Bentham, em Thayer e em Waldron, da maior capacidade decisória epistêmica do Legislativo em uma série de questões quando comparado ao Judiciário não surpreende. É, no entanto, importante em tempos de "farra de princípio" e "desmoralização da regra jurídica pelo juiz", diante da impressão de "a lei não ser mais aquela" e que a saída seriam os princípios, que podem ser usados pelo juiz para construir uma boa solução para caso concreto.⁴⁶⁸ O Parlamento é a instituição desenhada para resolver questões extremamente complexas, de difícil ou impossível solução ética ou técnica ou mesmo naquelas em que inexistente um mínimo acordo entre as partes envolvidas. Dado estar engolfado na política, submetidos diretamente à pressão popular, os legisladores percebem melhor os limites da criação do direito. Nele se encontra uma grande diversidade de especialidades, de cultura, perspectivas e de ideologia. Não é composto por uma única categoria profissional e geralmente de mesma classe social, como ocorre no Judiciário.⁴⁶⁹ Algo semelhante ocorre nas agências e órgãos administrativos. Os

dissenso judicial. Revelam que anualmente há emendas legislativas ao Código de Falência. Afirmam que, havendo dois métodos interpretativos igualmente fáceis de aplicar, há ganho com o uso daquele que melhor mantém a coerência do Código como um todo durante a sua vigência. Dessa forma, concluem que o Código de Falências – como ocorre com outros marcos regulatórios – tem maior probabilidade de manter sua coerência quando os juízes de segunda instância adotam a metodologia da *common law minimalista*, tendo em vista que o Congresso não consegue monitorar sistematicamente a interpretação judicial sobre o mesmo e corrigi-la sempre que necessário.

⁴⁶⁸ Cf. Carlos Ari Sundfeld (2009 e 2012. pp.60-84) sobre a "farra dos princípios", a percepção de a lei não ser mais aquela, o papel dos princípios nesse cenário e o desrespeito à lei.

⁴⁶⁹ Embora seja tema a ser desenvolvido em outro trabalho, o Art. 101, *caput*, CRFB, considerado curioso e até mesmo equivocado por grande parte dos constitucionalistas brasileiros, pode ter – e assim

administradores estão em contato direto com os administrados, têm mais percepção dos efeitos colaterais (positivos e negativos) de seus atos, além de poder "voltar atrás" – a informalidade e não definitividade de seu processo decisório assim o permite, ao contrário do que ocorre com o Judiciário.

Outro ponto a somar à proposta de Vermeule, relacionado ao ponto acima, baseia-se na lição de Griffin, Habermas e especialmente no que foi dito no item "2.3.4.". Um institucionalista concordaria que mais importante do que procurar aplicar os direitos e princípios constitucionais de maneira ideal ou perfeccionista é buscar ampliar e/ou garantir espaços em que esses direitos e princípios possam ser reivindicados e protegidos. Obter e preservar uma "democracia de direitos" – para usar a expressão de Griffin. Esta consideração não deixa de ser produto de uma análise institucional, de ordem prática. Dificilmente os juristas, entre eles os juízes, discordariam que esse objetivo é mais interessante do que restringir ou focar a preservação dos direitos apenas nos tribunais – o que reforça a defesa do formalismo deferencial.

A crítica da doutrina brasileira à postura interpretativa dos tribunais

O problema das decisões judiciais brasileiras geralmente indicado pela doutrina é a falta de adoção de uma metodologia interpretativa ou, ao menos, uma fundamentação adequada de suas decisões. Reclama a doutrina nacional da ausência de uma análise crítica das obras suscitadas pelo julgador sobre todos os pontos do caso, indicando o porquê de as doutrinas escolhidas terem-lhe convencido, e não simplesmente afirmar algo e citar algum autor que concorda com ele. Exigem, ainda, que o julgador faça um esforço argumentativo exaustivo para concretizar o princípio que lhe serviu de base para a decisão.⁴⁷⁰ Embora também tenham uma aplicação bastante problemática, não ocorre muito, se ocorre, crítica ao uso da interpretação histórica, da interpretação sistemática, de emprego do *conceitualismo*.⁴⁷¹ Também é bastante criticada a falta de conhecimento

acreditamos – deixado em aberto, de maneira proposital, a profissão exigida para ser ministro do STF. Defendendo a inclusão de membros não juristas em tribunais supremos, por aumentar a qualidade e correção de suas decisões, por todos, Vermeule (2009, pp. 131-162). Veja, ainda, Barry Friedman (2010).

⁴⁷⁰ Um resumo da crítica da doutrina brasileira quanto à interpretação judicial pode ser visto no *Workshop Interpretação, desenvolvimento e instituições* (FGV, 2009). Cf., ainda, a posição crítica de outros autores já citados, como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2010), Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug (2010), Sérgio Guerra (2005, pp. 355-369; 2010, pp. 17-18; 2012), André Rodrigues Cyrino (2010), Alexandre Aragão (2000), Marcos Juruena Villela Souto (2005), Gustavo Binenbojm (2005), Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 61) e Marcos Paulo Veríssimo (2006, pp. 416-417).

⁴⁷¹ Confira parte dessa problemática abaixo, no item "3.5".

especializado do juiz, inclusive técnico, como em engenharia de telecomunicações, engenharia de petróleo, gestão financeira, economia, bem como a ocorrência de uma interpretação formal ou literal da lei.

A conclusão a que se chega após o estudo feito é de que alguns dos motivos de o Judiciário brasileiro se comportar desse modo seriam *i)* a crescente judicialização; *ii)* a pressão da doutrina por julgamentos baseados em fontes não formais, que vão além do texto normativo, diante da percepção de a lei não conseguir reger adequadamente as relações jurídicas na velocidade que ocorrem hoje em dia;⁴⁷² e *iii)* a aceitação pelo juiz dessa doutrina e de que a legislação realmente não é adequada, de que ela vem piorando, assim como a qualidade dos gestores públicos e dos legisladores. No entanto, o que seria a solução torna-se um problema ainda maior. Muitos doutrinadores e magistrados vêm constatando a piora na fundamentação das decisões judiciais.⁴⁷³

A descrença que atingia os poderes políticos agora atinge também o Judiciário. A descrença nas instituições é algo bastante negativo em uma sociedade que depende delas. Mas a descrença no Judiciário pode levar ao colapso no estado de direito. O institucionalismo ajuda o Judiciário a verificar os limites de sua capacidade interpretativa e não cair nessa armadilha gerada por parte da doutrina e de advogados. O Judiciário age da forma que a doutrina critica e continuará agindo até que seja permitido a ele agir da maneira para o qual foi concebido, para o qual tenha efetiva capacidade.⁴⁷⁴ Acreditamos que ela seja o *formalismo neomaximilianista*.

A crítica recorrente da doutrina brasileira quanto ao uso indiscriminado de princípios ("a farra dos princípios") e de doutrinas pelos juízes sem a devida análise crítica é mais uma prova de que o Judiciário não teria condições de colher todas as informações necessárias e processá-las para decidir a respeito de tudo o que é produzido pelo Legislativo e pelo Executivo. E não apenas para decidir sobre qual o melhor

⁴⁷² Como exemplo, a corrente neoconstitucionalista. Cf. acima.

⁴⁷³ Oportuno citar novamente, por todos, o Min. Sepúlveda Pertence, no HC 78.013-RJ, STF, e Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: "provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal" (BARROSO e BARCELLOS, 2010, pp. 293-294).

⁴⁷⁴ As reformas no Judiciário continuam ocorrendo, geralmente por emendas constitucionais, a fim de conseguir superar o corporativismo judicial nas medidas que possam afetar os interesses dos juízes ou tribunais. Muitas vezes, corrige-se um problema gerando outro. Por exemplo, corrige-se o problema de juízos singulares considerarem ato de autoridade inconstitucional com a Ação Direta de Constitucionalidade; a enxurrada de ações no STF e a demora no julgamento, com a cláusula de barreira, a súmula vinculante, a igualação da Ação Direta de Inconstitucionalidade com a Ação Direta de Constitucionalidade, o que acabou por permitir um julgamento mais complexo e não formalista por parte do STF, não raras vezes ativista e com a exposição de seus ministros na mídia; e assim por diante.

método interpretativo a ser adotado por cada um deles. Os poderes políticos têm uma estrutura infinitamente superior (em tamanho) à do Judiciário. Possuem servidores das mais diversas especialidades, um procedimento muito mais célere e que permite a soma dos conhecimentos dos diversos agentes envolvidos na decisão, inclusive entre as instituições (Legislativo e Executivo)⁴⁷⁵ – bastante diferente dos julgamentos judiciais, como exemplifica o caso do STF, com suas "onze ilhas"⁴⁷⁶ decisórias. Os ministros dos tribunais superiores, para fazer frente à estrutura dos demais poderes, contratam assessores bastante qualificados. É possível que esses assessores façam a pesquisa bibliográfica, analisem e esmiúcem os processos para os ministros e que, por serem muito extensas, dificilmente as bibliografias possam ser lidas e analisadas com a crítica exigida do julgador para a adoção das melhores em cada ponto e, assim, a partir delas, ir construindo a sua decisão. Talvez a exigência da doutrina de que os juízes assim procedam possa não ser conciliável com a defesa de uma teoria interpretativa não formalista, que exige, por seu turno, uma investigação muito longa e processamento complexo dos amplos dados obtidos. Nestes termos, a exigência de celeridade no julgamento seria contraditória. A crítica crescente da doutrina de que as decisões judiciais cada vez mais desconsideram a lei, colocando-a como se fosse apenas mais um argumento para a decisão, aplicam princípios morais e jurídicos sem o devido esforço argumentativo e citam obras e julgamentos anteriores escolhidos apenas para justificar decisão tomada de antemão pelo juiz, indica que o erro estaria, na verdade, nela própria (doutrina), e não propriamente ou apenas na conduta dos juízes.⁴⁷⁷ Talvez indique que exigir um julgamento perfeccionista do Judiciário não é factível e gera, ao contrário do pretendido, decisões piores do que aquelas que seriam obtidas caso fosse admitido ao

⁴⁷⁵ Como já visto, o Legislativo e o Executivo podem trabalhar acumulando competências sistemicamente, ao contrário do que ocorre com o Judiciário. Quando ele anula uma lei ou ato administrativo, subtrai a competência epistêmica dos legisladores, passando a vigorar uma norma que só contém a (é fruto da) sua competência isolada. Há uma perda epistêmica de acumulação de competências, independente da discussão se essa decisão é melhor ou não do que a do Legislativo.

⁴⁷⁶ Cf. o já citado Conrado Hübner Mendes (2010), lembrando que o propósito de um colegiado é a troca ou soma das competências individuais, e não a soma de decisões individuais, como acontece no STF; e José Ribas Vieira (2010, p. 7612), ressaltando a exceção desse comportamento no julgamento *Raposa Serra do Sol*, em que os ministros, em seus votos, demonstraram ter ocorrido um diálogo prévio aos mesmos.

⁴⁷⁷ Como defende Barry Friedman (2004), é preciso fazer uma análise positivista da natureza e da função do controle judicial de constitucionalidade – ao invés de se ficar dizendo para os juízes como devem agir –, a fim de verificar qual o papel atual dele, como age e, a partir daí, fazer as propostas pertinentes.

juiz julgar como um especialista em direito que é, e não um super-humano capaz de apreender qualquer matéria do universo em todo processo em que atuar.⁴⁷⁸

Por fim, grande parte da doutrina brasileira acaba gerando um estímulo muito grande para que os brasileiros em geral apliquem a Constituição diretamente aos casos concretos, e não só os juízes. O que seria algo que poderia ser bom – a *vontade de constituição* de Konrad Hesse tão citada por aqui – torna-se ruim. Se tudo é constitucional, nada é constitucional – deixa de haver a diferença entre a legislação comum e uma legislação especial que a restringe, porque só haveria "a" legislação: a Constituição. Além disso, se a Constituição é aplicável diretamente, a lei perde sua importância, deixa de ser observada pelas pessoas e pelas autoridades. Tudo passa a ser inconstitucional, a depender da visão do interlocutor. Tudo passa a ser discutível. A situação é muito mais grave do que se possa imaginar, ela não se restringe ao STF, nem mesmo ao Judiciário. Ela se alastrou por toda a Administração Pública e pela sociedade em geral. Iniciou-se pela doutrina que pressionou o Judiciário. Este, por sua vez, passou a constranger a Administração Pública por meio de princípios constitucionais, gerando, inclusive, o fenômeno inverso ao da *judicialização* o fenômeno da *tribunalização*.⁴⁷⁹ Esta, por fim, para evitar o custo elevado de uma invalidação *ab initio* de seu ato, passa a tentar ficar atenta ao que, enfim, diriam esses princípios para os juízes. Mas quais juízes? Não se sabe, do mesmo modo que não se sabe quando esse conteúdo será revelado. Apenas se sabe que a decisão judicial ocorre, em geral, após a exigência da ação e da ação concreta dos órgãos legislativos e administrativos, que ela é *ex post facto*.

⁴⁷⁸ Como, por todos, propõe André Rogério Cyrino (2010): defende que, para evitar decisões que prejudiquem o sistema regulatório, caso seja judicializada uma matéria regulatória, seja repassado ao julgador todo o conhecimento técnico necessário para que tome a melhor decisão.

⁴⁷⁹ Cf. Daniel Almeida de Oliveira (2006, pp. 12-15). A *tribunalização* é o fenômeno em que a Administração Pública passa a adotar procedimentos judiciais, a fim de evitar que suas decisões sejam anuladas. Seu procedimento e processo ficam semelhantes aos dos tribunais. O que poderia ser algo bom, como a garantia do contraditório, ampla defesa e de outros direitos constitucionais, pode desnaturalizar esses órgãos, engessar a flexibilidade que possuem justamente para conseguir lidar com as matérias peculiarmente complexas e não raro técnicas que devem tratar. O que impede ou dificulta, ao contrário do pretendido, que esses órgãos desempenhem um bom papel, bem como que, ao final, seja obtido um bom direito.

3.3.1

A escolha interpretativa dos órgãos administrativos

Os trabalhos de Stephen Griffin, Adrian Vermeule, Jeremy Waldron, Frederick Schauer, Larry Alexander, de um modo mais geral, e Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen (1999), Ronald A. Heiner (1983), Louis Kaplow (1992) e Vincy Fon (2007), mais especificamente, fornecem bases para que a metodologia institucionalista seja empregada em diversos níveis e por diversos tipos de julgadores. Será analisado abaixo um aspecto relevante do caso dos órgãos administrativos.

A maior capacidade dos órgãos administrativos em interpretar as leis⁴⁸⁰ não significa que todos os órgãos administrativos devem adotar a interpretação não formalista. Isso poderia, inclusive, ser desastroso. O gigantismo da Administração Pública e mesmo dos órgãos e entes que a compõem, além do volume e repetição de casos submetidos a ela, apontam para a necessidade de a maioria de seus órgãos atuar de maneira formalista.⁴⁸¹ Decorreria daí um paradoxo, mas é um paradoxo apenas aparente. Como já dito, as partes não necessariamente representam o todo e nem tudo que é válido para o todo é válido para as partes. Adiante, trabalharemos uma hipótese para demonstrar que mesmo com a maioria dos órgãos administrativos (partes) atuando de maneira formalista – que é o que recomendamos – consegue-se um ente administrativo ou a Administração Pública (todo) que interprete a legislação de maneira não formalista, gerando um direito mais claro.

Órgãos administrativos subalternos numerosos, assim como o número de casos que julgam. Agentes integrantes de órgãos subalternos numerosos submetidos a um mesmo órgão superior podem atuar melhor quando constrictos a uma postura formalista⁴⁸² ao invés de uma postura não formalista. Como visto, quando os agentes desses órgãos possuem muitos casos para julgar num período curto de tempo, bem como quando o controle de seus atos não tem como ser feito em pormenores pelo

⁴⁸⁰ Inclusive aquelas que "interpretam" a Constituição, atualizando-a.

⁴⁸¹ O princípio da legalidade para a Administração Pública tão repetido pela doutrina administrativista tradicional apontaria neste sentido – "a Administração só faz o que a lei determina e da maneira que a lei determinar". Cf., por todos, Alexandre Aragão (2002).

⁴⁸² Essa constrição ocorreria pela técnica de vinculação do ato administrativo: conceitos jurídicos indeterminados e textos vagos, ambíguos ou principiológicos são especificados em regras mais claras e específicas pela autoridade administrativa, por meio de atos administrativos normativos.

superior, geralmente mais capacitado e/ou confiável,⁴⁸³ é mais provável que a aplicação de regras ao invés de *standards* leve à produção de um melhor direito concreto. Eventuais propostas de interpretação não formalista, nestes casos, devem ser enviadas ao órgão que lhes seja superior ou ao órgão consultivo específico. Isso ocorre, por exemplo, quando órgãos administrativos fazem proposta ou consulta a um órgão superior, à sua Consultoria Jurídica ou ao órgão interno à sua estrutura responsável pela sistematização da legislação pertinente à instituição. Ao entenderem que a aplicação formalista do direito não seria a melhor, propõem uma aplicação não formalista, mas submetem o processo ou a sua decisão já tomada previamente a um desses órgãos citados, obviamente ressaltando a postura excepcional adotada. Desse modo, a Administração Pública pode adotar uma interpretação não formalista mesmo enquanto suas partes integrantes interpretam formalisticamente. Grande parte dos órgãos da Administração Pública, nesta hipótese, continuaria adotando a interpretação formalista. A interpretação não formalista foi viabilizada, no exemplo, pela interpretação não formalista de um dos órgãos que a compõem: a interpretação não formalista do órgão superior ou mais especializado é seguida *formalisticamente* pelos demais órgãos subalternos.

Portanto, é possível haver uma aplicação não formalista do Direito pela Administração Pública (a Administração Pública ser não formalista) ainda que boa parte de seus órgãos adotem o formalismo.

3.3.2

Proposta alternativa: formalismo restrito às normas de Direito Administrativo Regulatório e de Direito Constitucional aplicável ao Direito Regulatório

A proposta interpretativa acima, caso dirigida a todo o direito, realmente é uma proposta ousada. Seria possível, entretanto, limitá-la à aplicação das normas de Direito

⁴⁸³ Por "confiável", entenda-se a probabilidade de o agente seguir e realmente aplicar o intento da norma legal ou a decisão política tomada pela autoridade competente, seja por que motivo for – maior capacidade interpretativa, menor número de vício cognitivo e tendências negativas, menor probabilidade de ser corrompido etc. O superior, no caso, está mais próximo da autoridade responsável pela decisão político-administrativa ou é a própria autoridade.

Público⁴⁸⁴ ou às normas regulatórias (Direito Administrativo-Econômico Regulatório). A nossa intenção é que ela seja aceita, pelo menos, para as normas regulatórias e para as normas constitucionais aplicáveis ao Direito Regulatório. Observe-se que pouco ou de nada adiantaria defender essa postura interpretativa em relação ao Direito Regulatório e não o fazer em relação às normas constitucionais quando incidente sobre ele. Caso seja defendido que normas constitucionais abstratas de aplicação geral, como a igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, justiça social sejam aplicadas pelos tribunais, estes poderiam substituir o entendimento dos Poderes políticos sobre os significados delas pelo seu. Quanto às normas constitucionais, os motivos já foram expostos no tópico próprio. Quanto às normas regulatórias, passamos a discorrer.

Inicialmente, compete deixar claro qual é o posicionamento da Jurisprudência da mais alta Corte a tratar do assunto no Brasil – já adiantamos que ela contraria praticamente toda a doutrina atual brasileira. Como já dito, em matéria de Direito Regulatório, o STF tem um posicionamento de deferência à legislação.⁴⁸⁵ Contudo, tais

⁴⁸⁴ Como indicaria a obra de Vermeule (2006 e 2009), embora não seja a opinião do próprio autor. Ele, de fato, propõe a aplicação de sua teoria a todo o direito. Isso fica evidenciado quando trata das interpretações dos contratos, da responsabilidade civil e do Direito Penal. Também quando afirma que, quando não houver uma resposta legislativa ou dos órgãos administrativos a respeito de uma questão interpretativa, os juízes deveriam adotar uma técnica de decisão mais adequada, como as desenvolvidas pela teoria da decisão (VERMEULE, 2006, pp. 183, 189, 198, 200-202; 2009, pp. 110-111). Vermeule frequentemente utiliza exemplos e obras que tratam do Direito Público, inclusive quando trata da instituição mais capaz de aplicar o Direito em geral. Também deixa aparente que sua grande preocupação é a aplicação das normas constitucionais, que domina grande parte de seu livro de 2006, a quase totalidade do de 2009 e é o tema da sua obra de 2011.

⁴⁸⁵ Cf. RE 611341/RJ, Relator Min. Dias Toffoli, Julgamento em 14/06/2012 ("a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração Pública no regular exercício de seu poder de polícia, não podendo, portanto, ser invocado o princípio da livre iniciativa para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor"); e SL 176/DF, DJ 03/08/2007, Rel. Presidente do STF ("A União, por intermédio de seus órgãos competentes, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, estabeleceu critérios, que julgou os melhores, para alcançar as metas de produção de petróleo e gás natural necessárias à sustentação do nosso modelo de crescimento a médio e longo prazos, critérios que se encontram, em princípio, dentro de um juízo eminentemente técnico, no qual está a interferir a decisão ora impugnada. Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica. Entendo que a decisão judicial impugnada impõe à Administração, mesmo que indiretamente, a modificação de um modelo de licitação de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural, fruto da experiência obtida nas rodadas anteriores, o que, em princípio, desvirtua a atuação normativa e reguladora da Agência Nacional do

questões (Direito Regulatório) geralmente são decididas em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo em vista entendimento pacífico de longa data do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de sua competência não incluir afronta indireta à Constituição. Outro entendimento pacificado no STF é o de que haveria lei entre os atos administrativos normativos das agências e órgãos reguladores e a Constituição. Ou seja, não teria ocorrido deslegalização propriamente dita com a previsão constitucional e criação legal das chamadas "agências reguladoras". A lei permaneceria superior hierarquicamente aos atos normativos das agências reguladoras (BINENBOJM, 2005, pp. 10-12).

O STJ, por sua vez, possui jurisprudência pacífica de não controle de mérito (técnico) de ato normativo administrativo, nem mesmo sob o pretexto de verificar atendimento a princípios morais ou jurídicos de fundo, como a razoabilidade e a proporcionalidade. Confirma-se, por exemplo, o AgRg no REsp N° 965.566/RS (2007/0153141-0), Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, STJ, DJe 19/09/2011; o REsp 572.070/PR, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, STJ, julgado em 16/03/2004, DJ 14/06/2004; o REsp 757.971/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STJ, julgado em 25/11/2008, DJe 19/12/2008; o REsp 1120128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, STJ, julgado em 03/11/2009, DJe 11/11/2009; o AgRg no REsp 1050234/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, STJ, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009; o REsp 982.359/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, STJ, julgado em 19/11/2009, DJe 10/12/2009; o REsp 1164700/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010; e o REsp 1122363/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, STJ, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010. Todos os acórdãos citados referem-se à norma editada pela ANATEL que define política tarifária de ligações. Confirma-se, ainda, a SS 2.566/DF STJ, Rel. Min. Presidente, DJe 12/04/2012. Esta decisão monocrática trilha no mesmo sentido das decisões anteriores referidas, confirmando que norma da ANEEL que tratava de política tarifária não deve ser controlada, em seu mérito, pelo Judiciário, ainda que sob fundamento de aplicação de princípios jurídicos ou razões subjacentes à norma, sob

Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP"). A exceção, ao que parece, fica por conta da regulação do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde. Cf. STA 260/SC, STF, Rel. Min. Presidente, Julgamento em 20/04/2010 e SS 3983/AL, STF, Relator Min. Presidente, Julgamento em 08/04/2010.

pena de intromissão inconstitucional nas competências do Poder Executivo. Trata-se, como já dito, de entendimento que, apesar de contrariar grande ou toda a doutrina atual brasileira sobre o tema,⁴⁸⁶ adota justamente a postura interpretativa defendida neste trabalho.

Importante analisar a posição de autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema. Sérgio Guerra defende que os conceitos jurídicos indeterminados realmente fiquem na discricionariedade da Administração Pública, não sofrendo controle por parte do Judiciário, nem mesmo por intermédio de princípios jurídicos ou morais de fundo. Entretanto, ele defende que o Judiciário verifique a norma administrativa, a fim de conferir se realmente não haveria a afronta de alguma norma constitucional, seja regra, seja princípio (GUERRA, 2010, pp. 17-18). Não é difícil notar que, caso adotada, essa metodologia é pouco ou nada útil, tendo em vista que os próprios princípios são descritos em termos abstratos ou indeterminados de maneira que sempre seria preciso ao juiz adentrar na análise do conceito conferido pela Administração, para verificar se ele, realmente, atende ao princípio jurídico defendido (na forma definida pelo próprio, e por cada, juiz). Já André Rodrigues Cyrino (2010) entende que o controle judicial dos atos administrativos, inclusive os normativos, é inevitável e desejável e que a saída para evitar erros graves e quebras de políticas regulatórias com essa postura seria passar todo o conhecimento técnico necessário ao Judiciário, para que ele tenha a expertise necessária para tomar a melhor decisão. Ou seja, Cyrino defende uma solução diametralmente oposta a que defendemos. Portanto, sobre ela recaem todas as críticas feitas neste trabalho. Alexandre Aragão (2000), Marcos Juruena Villela Souto (2005) e Gustavo Binenbojm (2005) defendem a ampla discricionariedade da Administração Pública em matéria regulatória, no entanto afirmam que é possível e imperativo o controle judicial por meio dos princípios jurídicos devidamente sopesados e concretizados pela decisão judicial. Os problemas gerados pela aplicação prática dessa metodologia são semelhantes aos da defendida por Sérgio Guerra. Por sua vez, Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 61) defende que a simples pertinência do princípio com a hipótese sob análise não é suficiente para justificar uma solução adota com base nele, sendo indispensável formular de modo explícito a regra que se irá aplicar, “justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (*ônus do regulador*)”. Por fim, Marcos Paulo

⁴⁸⁶ Cf., por todos, Sérgio Guerra (2005, pp. 355-369; 2012).

Veríssimo (2006, pp. 416-417), que possui posição semelhante à de Sundfeld, afirma que o controle do ato administrativo pelo Judiciário só será legítimo se a decisão judicial tiver levantado todas as questões técnicas, sociais e econômicas envolvidas, bem como a repercussão de sua decisão no cenário econômico e na política pública. Citamo-lo: "Nesse passo, não basta a menção a fatos provados e ao direito legislado, porque esses elementos, por si sós, pouco dizem à ação regulatória. Nessa área, a decisão judicial precisa explicitar as razões sociais, econômicas e políticas que a fundamentam. Cuidando-se de decisões que possuem muitas vezes conteúdo econômico marcante, é importante que a decisão considere, sempre e de forma declarada, a medida que uma determinada distribuição de custos e benefícios é, por ela, empreendida entre a sociedade, determinados grupos de interesse e determinados agentes em especial, inclusive para fins de controle [...] Para que o controle judicial da ação normativa do Estado seja, efetivamente, democrático, as decisões respectivas devem ser fruto de uma apreciação ampla e completa de todas as variáveis técnicas e fáticas envolvidas em cada caso, bem como de todas as teses jurídicas e, finalmente, da exposição verdadeira das razões (inclusive políticas e sociais) envolvidas na decisão" (VERÍSSIMO, 2006, pp. 416-417). A doutrina de Carlos Ari Sundfeld e de Marcos Paulo Veríssimo, ao descrever quais elementos e procedimentos seriam necessários para os juízes decidirem legitimamente utilizando princípios, acabam por fortalecer a tese defendida na presente obra. São tantas as exigências que se revela que a tarefa é impossível ou será mal realizada – praticamente nunca seria possível o controle judicial com base em princípios, haja vista que praticamente impossível a coleta completa desses dados e o processamento dos mesmos num tempo viável pelo Judiciário, especialmente pela sua não especialização.

O STJ parece já ter percebido essa complexidade há bastante tempo. Como já afirmado, na aplicação concreta do Direito Regulatório, o STJ se recusa a compreender toda a lógica por detrás do ato normativo técnico, a fim de aplicar princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade – colher todas as informações necessárias e processá-las a fim de verificar qual a melhor decisão diante do que exigiriam a razoabilidade e a proporcionalidade.

A legislação regulatória é intrinsecamente ligada à economia. Dificilmente alguém argumentaria que os instrumentos econômicos não lhe são úteis, ainda que se entenda pela unidade e autonomia do direito frente à economia e outras ciências, como

defendemos. A sua complexidade e a complexidade da realidade a que se destina são mais visíveis e palpáveis. No Direito Regulatório, a interação entre as variáveis é ainda mais intensa do que aquelas ligadas ao Direito Privado e mesmo outros ramos do Direito Público. No Direito Civil, por exemplo, realmente seria mais fácil confiar ao juiz a tarefa de definir (decidir), caso a caso, quais cláusulas dos contratos firmados entre pessoas físicas são leoninas, quais atos estariam albergados pela boa-fé, evitando responsabilização ou uma maior punição civil ou qual a solução para uma briga entre vizinhos ou entre o patrão e um de seus empregados – no que iríamos para o âmbito do Direito do Trabalho. Do mesmo modo, no Direito Penal, é mais fácil confiar que o juiz seja capaz o suficiente de bem estabelecer o grau de punibilidade do acusado, bem como de preencher os valores dos elementos da pena para a sua quantificação caso a caso.

Existem casos complexos no Direito Civil e no Direito do Trabalho, e mesmo no Direito Penal, mas, no Direito Regulatório, é mais fácil e clara a percepção de que são infinitos os dados a serem colhidos e processados e, conseqüentemente, que seu cálculo e processamento são inviáveis ou hercúleos. A importância dos conhecimentos especializados (os mais diversos) e dos procedimentos de superação dos limites da razão, ou seja, da capacidade decisória epistêmica de quem irá decidir, é mais evidente. A agregação de conhecimentos possível internamente no Executivo e no Legislativo, assim como entre essas instituições,⁴⁸⁷ é ainda mais necessária. Em muitas hipóteses de aplicação das normas regulatórias, a discricionariedade é muito grande – como no caso dos *great concepts* constitucionais. Num Estado Administrativo (HEGEL, 1998, p. 386; WEBER, 1974, p. 22; CAPPELLETTI, 1999, p. 43-56), não é surpresa que o número de atos normativos infralegais supere, em muito, os legais. Mas as possibilidades do ambiente econômico são tão amplas, que é inviável regulá-las apenas por textos normativos claros e específicos. A experiência, o contato direto e intermitente com a

⁴⁸⁷ Ainda que se possa questionar se a competência epistêmica da Administração Pública é maior do que a do Judiciário caso este atue com respeito à regra do precedente, é certo que a primeira é cumulativa à competência epistêmica do Legislativo (VERMEULE, 2009, p. 91). Esse tipo de questionamento no Brasil, contudo, é praticamente vazio, tendo em vista não existir regra do precedente e, mais ainda, por os tribunais, na prática e em geral, não se comprometerem com suas decisões anteriores. Exemplo claro são os votos divergentes nos tribunais superiores brasileiros citando diversos precedentes – conseqüentemente, também divergentes entre si. Curiosamente, para alguns, como visto, o Legislativo possui instrumentos de preservação do precedente – tricameralismo para aprovar lei, exigência de supermaioria para aprovar emenda à Constituição, comissões internas especializadas etc., como foi visto.

realidade sobre a qual essas normas serão aplicadas, a fim de seguir atualizando e corrigindo os atos normativos ou seus significados, é ainda mais importante.⁴⁸⁸

Como reforço ao argumento desenvolvido no trabalho, é possível agregar ao estudo institucionalista um conceito fundamental para a maior parte ou todas as teorias abstratas da interpretação jurídica: a legitimidade político-administrativa. Também é possível somar à teoria institucionalista o paradoxo gerado pela postura interpretativa não formalista evidenciado na discussão a respeito da concepção da Constituição como *ordem-moldura vs. ordem-fundamento*. Caso se entenda, como Vermeule (2006 e 2009), pela impossibilidade até mesmo de uma postura interpretativa não formalista de meio-termo, como a defendida por Alexy,⁴⁸⁹ essa discussão evidenciará a impossibilidade conceitual (abstrata) de uma interpretação do juiz que vá além do texto legal baseando-se em razões ou propósitos de fundo para decidir. Ao estudo teórico-empírico (institucionalista) que demonstra ser a postura formalista do juiz superior à postura não formalista, por si só suficiente, seria agregado o argumento da inadequação conceitual do não formalismo no Direito Constitucional e, reflexamente, no Direito Regulatório e nas normas constitucionais incidentes sobre este último.⁴⁹⁰ Não havendo como impor limite à largura da moldura do quadro constitucional, ela poderia ser estendida até preencher todo o quadro, de maneira que só haveria moldura, não restaria tela a ser preenchida pelo legislador e pelo administrador público. As políticas regulatórias ficariam engessadas ou integralmente sujeitas a uma apreciação posterior de sua validade baseada em normas bastante abstratas, vagas ou ambíguas, o que se agrava

⁴⁸⁸ A formalidade, o distanciamento e o "tempo" do juiz, e o caráter *ex post facto* do processo judicial, e o caráter de definitividade/imutabilidade da decisão judicial dificultam sobremaneira a defesa de os tribunais interferirem nesses assuntos com base em normas vagas, ambíguas ou principiológicas.

⁴⁸⁹ A esse respeito, confira o item "1.3.1." e "1.3.2."

⁴⁹⁰ Relembre-se que a discussão do caráter que deve ter a Constituição e dos consequentes limites da aplicação das normas morais pelo jurista foi travada pelo próprio Jürgen Habermas, o responsável pela reabilitação da razão prática para muitos, e Robert Alexy, uma das principais bases teóricas para a aplicação jurídico-epistemológica de normas morais, como visto. E ambos reconhecem que deve ser abandonada a aplicação de normas morais pelos juízes no caso de a Constituição se transformar, por essa prática, numa ordem-fundamento. Trata-se de um argumento útil na defesa da tese institucionalista formalista porque a demonstração de que a postura interpretativa não formalista incrementa bastante o risco de a Constituição ser transformada numa ordem-fundamento faria com que os seus defensores a abandonassem. O argumento reforça-se pelo fato de ter sido revista pelo próprio autor (J.J. Gomes Canotilho), como já exposto, a base teórica sobre a qual a maioria dos constitucionalistas brasileiros entendeu que a Constituição brasileira de 1988 seria uma Constituição dirigente. Uma das principais razões pela mudança de entendimento de Canotilho foi o fato de sua teoria da "Constituição dirigente" acabar por transformar a Constituição numa ordem-fundamento, o que não seria aceitável – por eliminar ou restringir sobremodo as atribuições e autonomia dos poderes políticos.

quando não mais existe a *regra do caso duvidoso* ou da *dúvida razoável* no controle judicial de constitucional.⁴⁹¹

Praticamente todos os pontos tratados quando da análise da interpretação das normas constitucionais são também aqui aplicáveis – obviamente, quando as normas regulatórias são também normas constitucionais, a aplicação é integral. A diferença principal seria a competência da Administração Pública em atualizar e processar as interpretações não formalistas necessárias para dar maior clareza, especificidade, certeza e, assim, qualidade a essas normas, em vez do Legislativo.⁴⁹²

No entanto, no Direito Regulatório, inclusive quando há incidência de normas constitucionais, fica também mais evidente a superioridade da Administração Pública em interpretá-las, quando comparada aos tribunais, ainda que o Legislativo não tenha se pronunciado sobre o ponto em dúvida. Sobrevindo uma lei que trate desse ponto, a Administração passaria a adotar a nova interpretação conferida por esta lei. Na verdade, porém, semelhante ao que ocorre em relação à jurisprudência nas matérias em que os tribunais detêm maior especialidade e prática – como o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Processual –, as leis de Direito Regulatório costumam basear-se na experiência e também no posicionamento reiterado dos órgãos administrativos relevantes. Portanto, o papel dos órgãos regulatórios na produção e na interpretação das normas regulatórias é bastante saliente, o que lhe garante conhecimentos relativos às razões de base que levaram à edição da legislação regulatória e, portanto, legitima-lhe para a adoção de uma interpretação não-formalista nesse campo.

O comportamento majoritário dos tribunais na deferência aos atos dos órgãos regulatórios (normativos ou não)⁴⁹³ é uma percepção de parte do que foi anteriormente tratado a respeito dos limites e capacidades de cada instituição de interpretar o Direito Regulatório. Apesar das críticas da doutrina brasileira,⁴⁹⁴ haveria um grande embasamento teórico e empírico para esse tipo de comportamento. Pelo que

⁴⁹¹ Quanto à regra da dúvida razoável, confira o item "2.2.3." e o item "Custo-benefício, *maximin, satisficing* e o princípio da razão insuficiente: a regra do caso duvidoso e a relação entre direito e política do século XIX".

⁴⁹² Lembre-se que, p. ex., Vermeule (2006 e 2009) defende a aplicação não formalista das normas constitucionais pelo Legislativo, por meio da emenda à Constituição e de edição de leis, em virtude das características de ambos. Quanto às normas infraconstitucionais, essa tarefa seria melhor desempenhada pelos órgãos administrativos, por meio da edição de atos administrativos normativos, em vez de pelos tribunais, por meio de decisões judiciais.

⁴⁹³ Cf. as decisões do STF e do STJ em controle de constitucionalidade, baseadas em textos ambíguos, vagos ou principiológicos, expostas neste capítulo.

⁴⁹⁴ Cf. o item "A crítica da doutrina brasileira à postura interpretativa dos tribunais", acima.

defendemos, ele seria, pelo contrário, bastante recomendado. Cumpriria, então, buscar uma maior intermitência na adoção da postura formalista deferencial (formalismo maximilianista) pelos membros dos tribunais superiores nos assuntos regulatórios, bem como a adesão dos juízes em geral de postura não formalista ou, pior, ativista.

3.4

Alteração das circunstâncias e observações finais

Deve ser lembrado que estamos trabalhando com o Direito Positivo vigente. É possível propor alterações na legislação a fim de buscar efeitos semelhantes ao que seria obtido por meio da teoria interpretativa aqui analisada. Como, por exemplo, uma proposta de supermaioria nos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo normativo, ou uma lei ordinária esclarecendo o dever de juízos singulares remeterem a análise a respeito de possível inconstitucionalidade de legislação aplicável ao caso sob julgamento aos seus respectivos tribunais, aguardando o resultado para que possa julgar o feito. Mas essa tarefa escapa às nossas pretensões. Além disso, as conclusões foram feitas com base na realidade atual, sendo corretas apenas enquanto estiver vigente o quadro institucional e político que lhe serviu de base. Entretanto, a metodologia desenvolvida manter-se-á útil para escolher o método interpretativo de cada instituição e de cada um de seus integrantes.

Sendo realmente demonstrado que os poderes políticos não estão sendo capazes de efetivar e garantir os direitos constitucionais, em virtude de alguma peculiaridade de nossa política ou da realidade social brasileira, e que o Judiciário seria capaz de fazê-lo de um modo melhor e mais efetivo, prescrições distintas devem ser receitadas, tendo em vista a alteração no valor das variáveis institucionais.

Analisemos as considerações de Vermeule nesse ponto (VERMEULE, 2006, p. 284). Um controle judicial de constitucionalidade forte poderia ser adequado para *i*) uma democracia recente ou para um país em período de transição democrática, *ii*) cujo Parlamento e órgãos administrativos sejam especialmente pouco motivados e inexperientes, *iii*) em que a legislação produzida seja frequentemente e brutalmente opressiva aos grupos minoritários e/ou *iv*) que não haja estabilidade política. O motivo deriva da crença de que o Judiciário, nestas hipóteses, poderia desempenhar um papel agressivo "na proteção de direitos de propriedade, na promoção das instituições de

mercado, e na proteção das liberdades civis e dos direitos políticos" (VERMEULE, 2006, p. 284).

Entretanto, não é crível que essa seja a situação atual do Brasil,⁴⁹⁵ pelo menos não há nenhuma prova minimamente concreta de ser essa a nossa situação atual ou algo próximo ou de algum modo semelhante a isso – em nenhum ou quase nenhum dos pontos ressaltados. Caso possa-se dizer que era a nossa situação anterior, após o fim da ditadura militar, há grandes dúvidas de que seria aquela pela qual passamos agora. Deve ser pontuado, ainda, a incoerência de se defender uma postura não formalista ativista pelos tribunais nestes períodos especiais sem que seja exigida a alteração de seus membros nomeados durante o período de exceção. Porque significaria defender que magistrados nomeados pelo governo de exceção, em seus julgamentos, substituam os valores e opções políticas dos governantes democráticos recém-empossados – contidos nas novas leis e atos administrativos – pelos seus.

Por outro lado, talvez a população brasileira não tenha a mesma opinião dos juristas quanto aos problemas dos poderes políticos e qualidades do Judiciário. Os juristas, por pertencerem a uma mesma categoria e, em regra, a uma mesma classe social, tendem a possuir uma visão comum sobre valores, bem como a prestigiar o seu ofício e, principalmente, a sua catedral:⁴⁹⁶ o tribunal.⁴⁹⁷ Pesquisa recente sobre o índice

⁴⁹⁵ Relembre-se a afirmativa feita anteriormente, corroborada por Oscar Vilhena Vieira (2009, p. 159), no sentido de que quem cria direito e geralmente os implementa no Brasil é o Executivo e o Legislativo, não o Judiciário. São raras as hipóteses de extensão de direitos fundamentais promovida pelo Judiciário, para não exigir a criação de direitos. O que mais vemos ultimamente, com o ativismo judicial, é uma quase derrota de direitos fundamentais ou direitos conquistados no Parlamento, e não o contrário. Cite-se o caso Raposa Serra do Sol (direito de minoria – índios – amplamente garantido pelo Executivo submetido à derrota no STF), o caso Battisti (direito fundamental assegurado pelo Executivo e derrubado pelo Judiciário), o caso do julgamento da Lei de Biosegurança (direitos garantidos no Legislativo e quase derrubados no STF). Mas o mais exemplificativo talvez seja o caso do julgamento da "Lei da Ficha Limpa". O tão atacado Legislativo aprova lei dificultando a admissibilidade de candidatura para cargos eletivos, ou seja, contra o que se imaginava ser seus próprios interesses – o que não é raro, porque estão sujeitos à pressão democrática, ao contrário do que ocorre com o Judiciário; a vigência da lei é questionada por alguns "fichas sujas" – a minoria, ao contrário do que se poderia pensar diante da desqualificação por que passa o Legislativo sistematicamente; o STF confere razão aos "fichas sujas" e declina a vigência da Lei, contrariando decisão anterior de um tribunal especializado (o Tribunal Superior Eleitoral), que vetara os "fichas sujas". Vê-se até mesmo a esperança de controle dos vícios cognitivos dos juízes e de seu corporativismo, o CNJ, atuando em prol dos interesses dos magistrados a despeito do texto legal e da Constituição, no caso da concessão do auxílio-alimentação aos magistrados sem previsão legal, como exposto no item "3.2.2.", tópico "*A capacidade institucional, o risco de seus agentes agirem em proveito próprio (egoísta) e os seus custos*".

⁴⁹⁶ O termo é de Oscar Vilhena Vieira (2009, p. 159): "Então o que eu estou querendo colocar é que há uma certa tendência. Os juristas brasileiros e juristas do mundo todo de ter um encantamento com o Poder Judiciário que afinal é a nossa catedral e nós tratamos de cuidar de cada um dos nichos dos santos que estão dentro dessa catedral".

de confiança no Judiciário brasileiro (ICJBrasil)⁴⁹⁸ mostra que 67% dos brasileiros consideram o Judiciário pouco honesto. E o que talvez seja o mais relevante para o presente trabalho: mais da metade dos brasileiros (55%) questiona a competência do Judiciário. Desde o início da pesquisa, em 2009, a confiança da população brasileira no Judiciário vem piorando. Coincidentemente ou não, nesse período se verificou um acréscimo no ativismo do STF.⁴⁹⁹ Nesta mesma pesquisa relativa ao período entre o 2º trimestre de 2010 e o 1º trimestre de 2011,⁵⁰⁰ a confiança no Judiciário (34% dos entrevistados) ficou abaixo do Governo Federal (42% dos entrevistados) e acima do Congresso Nacional (25%). Se considerarmos as denúncias e críticas diárias que as instituições políticas sofrem com ampla divulgação na mídia, a blindagem do Judiciário à política e o papel dos tribunais como "guardião da Constituição" ou, como consta do sítio do STJ, como sendo "o tribunal da cidadania", os números relativos ao Judiciário são ainda mais expressivos. Embora esses números não devam e nem possam ser considerados definitivos para a escolha interpretativa, eles revelam que a visão da sociedade em geral a respeito dos tribunais não é tão maravilhosa quanto a visão que grande parte dos juristas brasileiros possui sobre os mesmos.

Para se ter uma ideia, façamos uma comparação com os Estados Unidos, frequentemente considerado pela doutrina brasileira como de realidade diversa do Brasil quanto à qualidade do seu Parlamento e Executivo, de maneira que não seriam aplicáveis aqui as obras de seus estudiosos que defendem uma maior restrição no controle judicial de constitucionalidade e maior respeito às interpretações constitucionais do Legislativo e do Executivo. No ano de 2009, a pesquisa *Gallup* mostrou que 59% dos americanos aprovavam a Suprema Corte; 51%, o Governo Federal; e 31%, o Congresso Nacional.⁵⁰¹ Embora a comparação, do ponto de vista

⁴⁹⁷ A respeito dos vícios, tendências, qualidades e limites dos juristas, confira Vermeule (2009, pp. 123-162).

⁴⁹⁸ Pesquisa que mede o ICJBrasil (índice de confiança no Judiciário brasileiro), da Faculdade de Direito da FGV São Paulo, coordenada pela Prof. Luciana Gross Cunha, relativa ao 1º Trimestre de 2012.

⁴⁹⁹ Cf. José Ribas Vieira (2010); Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura et. al. (2010) e Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas, Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner (2008).

⁵⁰⁰ Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8740/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20Ano%202010-%20-%20C2%BA%20Trimestre%202010%20-%201%C2%BA%20Trimestre%202011.pdf?sequence=1>>.

⁵⁰¹ Fonte: *The New York Times*, dia 27.09.2009. Apesar da grande variação, entre o ano de 2006 e 2011, a aprovação da Suprema Corte variou entre 60% e 42%, e a desaprovação, entre 30% a 40%, os que não opinaram, entre 8% e 14%. A aprovação do Congresso Nacional dos Estados Unidos variou, no mesmo período, entre 39% e 10%, e a sua desaprovação, entre 54% e 86%, os que não opinaram, entre 3% e

estatístico, requeira um tratamento técnico específico para ser confiável, esses números revelam que talvez estejamos valorizando demais o jardim do vizinho e depreciando o nosso, atravancando o desenvolvimento de teorias e práticas jurídicas capazes de melhorar o direito brasileiro.

Os limites da jurisdição constitucional frente à política: observação. Como visto na parte deste trabalho que analisou a obra de Griffin, a jurisdição constitucional tem autonomia bem mais estreita do que se poderia pensar num primeiro momento. Pouco poderia fazer num governo ditatorial. Pouco poderia fazer, sem o apoio dos poderes políticos, para impedir uma opressão da maioria realmente determinada em solapar ou eliminar alguns direitos da minoria. Nem mesmo seria capaz de fazer obedecer à regra formal da Constituição – como foi o caso da própria Constituição americana, cuja edição contrariou a norma fundamental anterior firmada entre os estados confederados da América do Norte, o caso das leis ordinárias que alteraram a Constituição americana e as emendas às Constituições aprovadas sob coação dos estados vencedores sobre os vencidos após a Guerra Civil americana.

As condições expostas há pouco (as delineadas por Vermeule), em que poderia ser útil um controle judicial mais forte sobre os atos dos poderes políticos, foram bem definidas porque, de fato, retratam uma situação em que as forças políticas podem não suprimir um controle judicial que as contrarie – no todo ou em parte. A própria normalidade institucional com que são recebidas e tratadas as decisões derivadas de controle judicial não formalista e mesmo ativista pelos poderes políticos brasileiros demonstrariam a estabilidade política do Brasil atual e a desnecessidade desse tipo de postura judicial.

Não se deve, porém, chegar à conclusão apressada de que, se a política deixa uma margem estreita de ação para a jurisdição constitucional, então os possíveis erros cometidos pelo tribunal serão corrigidos pelos poderes políticos. Isso não é verdade. Para que haja esse tipo de atuação, são necessários não apenas um ou alguns erros graves por parte da jurisdição constitucional, mas um erro muito grave ou vários erros graves capazes de levar as demais instituições a concluírem valer a pena criar uma instabilidade institucional e deixar clara a limitação decisória do tribunal e/ou a confiabilidade de suas decisões. Ou seja, justamente em razão da estabilidade política e

14%. Cf. *Congress and the Public* (GALLUP, 2012), *Government* (GALLUP, 2012) e *Supreme Court* (GALLUP, 2012).

institucional que gozamos atualmente, as demais instituições absorvem e somatizam em nível relativamente alto decisões erradas/ruins ou muito erradas/ruins do Judiciário, em nome da manutenção da estabilidade institucional. O que quer dizer que os custos e perdas gerados com esses tipos de decisão continuariam ocorrendo – até um limite em que haveria a reação das outras instituições.⁵⁰²

Fatores que levam o intérprete a buscar uma interpretação ambiciosa, mais complexa e desafiadora: é possível contorná-los? Os advogados e juízes se beneficiam da complexidade e incerteza do direito. Essa era a principal acusação de Jeremy Bentham quando da proposta de reforma do sistema jurídico inglês (HART, 2001), em que propunha o pagamento de salários regulares aos juízes. Os juízes ingleses, à época, eram pagos por processo julgado. Embora isso tenha acabado, quanto mais complicado o direito, maior volume de trabalho e possibilidades de ganho para os advogados, tendo em vista a necessidade de os leigos lhes pagarem para descobri-lo. Doutrinas não formalistas do direito, na época de Bentham encabeçadas pela "pomposa charada do direito natural", ampliam as possibilidades de questionamento das decisões das autoridades, seja legislativa, administrativa ou judicial. Caso adotadas as doutrinas não formalistas pelo Judiciário, a possibilidade de revisão de decisões tomadas no Parlamento ou nos órgãos administrativos torna-se muito maior do que na hipótese de adoção de uma postura formalista pelo Judiciário. O que não só faz com que aumentem os questionamentos judiciais a respeito de todo tipo de ato ou decisão, mas também fomenta uma enxurrada de ações judiciais. Os advogados teriam, portanto, grande interesse em desenvolver doutrinas não formalistas, seja para sempre possibilitar um último recurso em favor de seu cliente, seja para aumentar a demanda por serviços jurídicos.

Entretanto, independente da ação dos juízes e advogados, o direito sempre terá algum nível de complexidade. Contribuem para ela também os legisladores, ao normatizarem temas complexos e delicados ou utilizando textos não muito claros ou muito abstratos. O mesmo ocorre com os órgãos administrativos. Esse tema pode ser posto em termos menos acusatórios: mesmo agentes comprometidos com o interesse

⁵⁰² O número crescente de trabalhos a favor do formalismo e contrário a posturas ativistas do Judiciário, em especial da Suprema Corte brasileira, é uma reação desse tipo. O mesmo quanto à desaprovação da população sobre o ativismo judicial. A sociedade teria noção do perigo que representa para cada indivíduo e para ela como um todo uma atuação arbitrária por parte dos juízes. Cf. a pesquisa da Faculdade de Direito da FVG São Paulo sobre o ICJ comentada anteriormente.

público e estudiosos especializados podem tornar o direito exageradamente complexo, difícil de identificar e de aplicar, propiciando um maior número de erros, insegurança e, portanto, um direito ruim. Então, talvez mais importante seja verificar o que no comportamento usual dos juristas faz com que a complexidade normal existente nas leis e na Constituição seja ampliada. Descobrimo-o e dando ciência do mesmo aos intérpretes, estes poderão evitá-los.⁵⁰³

Um primeiro ponto seria a sensibilidade dos julgadores ao caso sob análise. As consequências negativas de uma determinada doutrina interpretativa sobre o caso concreto que se tenha em mãos geram muito mais dramaticidade do que as consequências negativas hipotéticas ou abstratas que poderiam ser geradas ao sistema jurídico como um todo. O intérprete é muito mais sensível àquelas do a estas. Desse ponto, derivam outros dois: *i*) a tendência a negligenciar os *custos de oportunidade*⁵⁰⁴ e *ii*) a tendência de normatizar com base no caso concreto ou adaptar a lei ao caso concreto. Embora seja possível demonstrar que em alguns casos esse tipo de criação ou adaptação/atualização do direito, em que se enquadrariam os juízes, é salutar,⁵⁰⁵ uma análise sistemática indica que a consideração de um caso concreto produz leis ruins (SCHAUER, 2006). O subponto "*i*" é relacionado ao "*ii*". Produz leis ruins porque desconsidera outros aspectos importantes que não estão presentes no caso concreto analisado ou são por ele ensombrados, dentre eles os *custos de oportunidade*. No Brasil, esse aspecto estava presente, embora não tenha sido ou pouco tenha sido debatido, quando se discutiu a "mutação constitucional" do Art. 52, X, e do Art. 102, § 2º, da CRFB.⁵⁰⁶ A dramaticidade do caso concreto faz sobressair os *custos diretos*, o que leva a uma decisão tendenciosa, ainda que não de modo intencional. Os custos de oportunidade, por serem menos acessíveis à lembrança cognitiva, tendem a não ser considerados, mesmo por acadêmicos especializados e por agentes bem-intencionados. Entre os custos de oportunidade, está o dispêndio de tempo, bem como os diversos

⁵⁰³ Seguindo a linha positivista proposta por Barry Friedman (2004) para a análise do *judicial review*, visando à identificação da sua função e natureza para, depois, fazer as proposições pertinentes.

⁵⁰⁴ Termo das ciências econômicas para indicar o *custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada*: os custos, inclusive sociais, causados pela renúncia do ente econômico, e os benefícios que poderiam ser obtidos a partir desta oportunidade renunciada ou uma maior renda gerada em alguma aplicação alternativa.

⁵⁰⁵ Como fazem Jeffrey J. Rachlinski (2006) e Emily Sherwin (2006) quanto ao *common law rulemaking*.

⁵⁰⁶ Cf. a multicitada Reclamação 4.335/AC, STF.

custos incorridos pela demora em uma decisão.⁵⁰⁷ Esta tendência cognitiva leva a outra: a produção de decisões complexas e profundas ao invés de decisões mecânicas e mais ágeis. Porque os decisores preocupam-se muito com os custos decorrentes de um possível erro na decisão, enquanto negligenciam o fato de que a demora da decisão em si e o incremento da complexidade geral do sistema originam diversos custos. Embora os conceitos e instrumentos econômicos e estatísticos venham aumentando essa percepção pelo jurista, a ideia contida no estudo dos custos de oportunidade está presente há bastante tempo no direito. É, na verdade, um dos pilares do processo judicial. É comum, na Teoria Geral do Processo, o ensinamento de que mais importante do que uma decisão completamente ou materialmente justa é ter uma decisão que termine com o litígio, a fim de trazer de volta a paz social.⁵⁰⁸

Outro ponto, relacionado ao ponto acima, que influencia o jurista na direção de tornar o direito mais complexo do que ele já seria normalmente é a busca pela interpretação perfeita – justamente o inverso da ideia acima. Embora não seja incomum, entre os juristas práticos e acadêmicos, o conhecimento de que a interpretação perfeita não existe, há uma crença generalizada de que é dever do intérprete caminhar em sua busca em todas as suas interpretações. Acreditam que, ainda que seja impossível obtê-la, a melhor interpretação possível seria alcançada no caminho que levaria à interpretação perfeita ou ideal. A teoria *second-best* alerta que isso não é verdade, que se trata de uma falácia. Nesse caminho mais longo e complexo existem contingências que incrementam bastante a possibilidade de desvio, fazendo com que o intérprete tenha mais chance de chegar a uma decisão pior do que aquela a que chegaria caso tivesse optado por um caminho menos ambicioso, mais curto. Um método interpretativo ambicioso, complexo ou refinado, quando empregado por um juiz ou servidor com capacidade limitada, frequentemente produz erros que afastam a decisão do direito pretendido, ao invés de levar a ele.

A teoria *second-best* revela que, quando um resultado ideal é inviável, geralmente sua implementação parcial não leva ao melhor resultado possível. Neste caso, o ideal

⁵⁰⁷ Um exemplo bastante esclarecedor para nós brasileiros foi a demora do STF em julgar a correção ou não do julgamento do TSE sobre a vigência da "Lei da Ficha Limpa", já citada (RE 633.703/2010). A perda foi incomensurável: diversos candidatos "fichas sujas" perderam voto porque seus eleitores evitaram votar neles diante do risco de "perderem" o voto – afinal, o tribunal mais especializado no assunto do Brasil, o TSE, disse que eles não podiam se candidatar. A demora no julgamento influenciou decisivamente a eleição de 2010, alterando consideravelmente seu resultado.

⁵⁰⁸ Cf., por todos, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004).

deve ser abandonado por completo, devendo ser definido um novo objetivo a alcançar. Esse novo objetivo, ainda que não tão ambicioso quanto o primeiro, trará, frequentemente, um resultado bem melhor do que a busca inicial (em direção ao resultado ideal) produziria. Diversos exemplos, em relação a juízes, foram dados ao longo deste trabalho e serão trabalhados mais à frente quanto ao Direito Regulatório.

Ainda que seja mais difícil para o advogado ou o acadêmico restringir-se, adotando uma postura interpretativa mais modesta, o juiz tem mais possibilidade de fazê-lo e, assim, ainda que marginalmente, contribuir para que também os advogados o façam em maior medida. Afinal, como já dito, essa contenção interpretativa é a prática entre os juízes ingleses,⁵⁰⁹ foi, durante muito tempo, a única prática entre nossos juízes,⁵¹⁰ e continua sendo a regra na interpretação jurídica brasileira.⁵¹¹ O desafio de fazer o Brasil retornar ao formalismo, agora renovado pela concepção institucionalista, é, certamente, menor do que aquele dos institucionalistas norte-americanos.

Por outro lado, os juristas gostam de ser reconhecidos por tomarem decisões sábias ou melhores ou mais justas, como pessoas que são.⁵¹² E, por isso, tendem fortemente a buscar esse reconhecimento. Entretanto, talvez o maior reconhecimento no meio jurídico ocorra quando se demonstra que tomou uma decisão que, na verdade, não era (necessariamente) a sua, mas de um terceiro legitimado – por exemplo, do legislador. Pelo menos seria a demonstração de capacidade de aplicação do raciocínio jurídico (*legal reasoning*), foco do ensino jurídico. Porém, mais importante talvez seja o fato de este expediente ser um poderoso instrumento para pôr fim a litígios e facilitar a execução da decisão. Quando questionados por juristas e leigos sobre a decisão tomada, é bastante comum os julgadores responderem: "é a lei, não sou eu" ou "é o que diz a Constituição". Essa estratégia, além de útil, é, em muitos casos, necessária. Afinal, "o Judiciário não possui armas", nem, em regra, o jurista. Mas é útil até o momento em que os sujeitos à decisão continuem acreditando que existe sim uma decisão contida nos textos legais e que os julgadores a respeitam. Daí decorre um dos principais motivos, se não o principal, de praticamente todas as posturas interpretativas defendidas, formalistas

⁵⁰⁹ Cass Sunstein (2011, pp. 224-225), referindo-se ao formalismo.

⁵¹⁰ José Rodrigo Rodrigues (2011, pp. 7-8), referindo-se ao formalismo.

⁵¹¹ José Rodrigo Rodrigues (2011, p. 8) e Dimitri Dimoulis (2011), já citados anteriormente.

⁵¹² John Dewey (Apud ANDERSON, 2010) chama essa necessidade do ser humano de "o desejo de ser importante", caracterizando-a como a mais profunda de todas as necessidades humanas. Referência no campo dos estudos da ação humana, Sigmund Freud (1979), por seu turno, revela o "desejo de ser grande".

e não formalistas, iniciarem a interpretação pela leitura do texto da norma que entendem aplicável.

Os juristas, especialmente os juízes, poderiam, portanto, aceitar os ensinamentos decorrentes do *paradoxo da onipotência*. O poder de dizer a última palavra sobre o significado das leis geralmente é atribuído ao tribunal, no Estado, e ao setor jurídico, num ente privado. O poder do juiz de vetar políticas públicas seria similar ao do advogado de uma sociedade de vetar um negócio depois de desenvolvido todo o projeto, todos os gastos. Os diretores da empresa podem ficar bastante insatisfeitos com a medida, podem inclusive discordar do setor jurídico, mas, em geral, as regras corporativas não permitem que se sobreponham a ele. O que poderiam fazer é trocar o chefe do setor jurídico. Na perspectiva de Griffin, algo parecido poderia ocorrer com os tribunais. Seja pelo *impeachment* de um dos seus juízes, pelo aumento no número de vagas no tribunal ou pela anulação de suas decisões pelo Legislativo, seja pela previsão formal ou ameaça dessas medidas.⁵¹³

O paradoxo da onipotência foi deslocado do Executivo (e/ou do Legislativo) para o Judiciário, com o reforço da jurisdição constitucional pelas Constituições do pós-guerra e pós-regimes de exceção, e especialmente pela interpretação judicial da Constituição brasileira de 1988 após a década 1990, com auxílio e incentivo de grande parte da doutrina jurídica nacional. O formalismo estratégico seria o meio apto para os juízes superarem esse paradoxo, ao invés de confiarem apenas numa tentativa de bem fundamentar suas decisões – o que parece não estar ocorrendo, pelo menos aos olhos da doutrina nacional. Com base em instrumentos da teoria da decisão, a ação estratégica do juiz seria abdicar de parte de seu poder de dizer de modo final o significado da lei e da Constituição, a fim não só de conservá-lo, mas de também aumentar ou maximizar o seu poder.⁵¹⁴ O juiz deveria abrir mão, em favor dos poderes políticos, de dar o significado dos textos legais vagos, ambíguos ou principiológicos, focando-se em fazer

⁵¹³ Cf. acima os casos reais em que isso ocorreu – a ameaça de Roosevelt à Suprema Corte, em 1937, as propostas de emenda à Constituição brasileira visando possibilitar ao Parlamento sustar decisão do Judiciário que exceda às suas competências, a previsão da Constituição brasileira de *impeachment* de ministros do Supremo Tribunal Federal. Recentemente, ocorreu o *impeachment* do presidente da Suprema Corte das Filipinas (*New York Times*, 29.05.2012, <<http://www.nytimes.com/2012/05/30/world/asia/philippines-chief-justice-removed-over-fines.html>>).

⁵¹⁴ Por exemplo, pela maior respeitabilidade, aceitação e cumprimento (efetividade) de suas decisões pelas demais autoridades e indivíduos em geral, como exposto acima.

cumprir os textos claros e específicos da Constituição e das leis em geral. Certamente, essa é uma das situações em que o menos é mais.⁵¹⁵

Diante da teoria *second-best*, da capacidade do Judiciário e da possibilidade infinita de combinação de fatores nas ciências sociais, cujos dados, em sua grande maioria, não estão disponíveis ou nunca estarão, não seria muito arriscado apostar que o juiz contrafactual de Dworkin não seria, na verdade, Hércules, mas sim Ícaro.⁵¹⁶

3.5

Aplicação da teoria interpretativa institucional e do formalismo deferencial (formalismo maximilianista) no Direito Regulatório

Nesta parte do trabalho, serão vistos alguns exemplos de aplicação da *teoria interpretativa institucional* e do *formalismo deferencial (maximilianista)*. Foram escolhidos, propositadamente, casos (difíceis) que poderiam ser arguidos contra a tese defendida nesta pesquisa. O objetivo é demonstrar que, mesmo em casos difíceis, o formalismo poderá ser a melhor opção para o intérprete, especialmente se este intérprete for o juiz.

O cão-guia e a padaria. Como o formalismo proposto resolveria o caso de um deficiente visual com um cão-guia querendo entrar numa padaria diante da regra que proíbe a entrada de cães no local? Se considerarmos que a intenção do legislador com essa regra foi a sanidade e o não incômodo de clientes, a regra seria ao mesmo tempo hiperinclusiva e hipoinclusiva. hiperinclusiva porque nela estariam incluídos cães que não causam incômodo e que não comprometeriam a sanidade, a princípio. Hipoinclusivo porque, certamente, o legislador teria sido a favor da proibição da entrada de gatos, vacas e elefantes na padaria. Na hipótese de o fato ser submetido a julgamento, o juiz formalista teria aplicado o conteúdo mais claro e próximo da regra, dando ganho de causa ao dono da padaria que impediu a entrada do cão-guia, a menos que houvesse norma administrativa da segurança sanitária ou de outro órgão administrativo competente fixando a exceção para o caso do cão-guia. Absurdo? Por uma perspectiva

⁵¹⁵ A esse respeito, cf. o item "2.3.6." e Jon Elster (2009, pp. 187-193).

⁵¹⁶ A ideia foi retirada de metáfora de Vermeule (2006, p. 288): "Claramente, eles [os intérpretes] devem fazer simplesmente o melhor que puderem. Mas, então, eu lembro que Ícaro, também, fez o melhor que ele podia, esforçou-se a ir o mais alto que podia. Como Ícaro, eu tenho sugerido, os juízes e o sistema jurídico devem ficar melhor mais perto do chão".

teórico-moral, talvez, mas não por uma perspectiva de fundamentação adequada de uma decisão judicial. Na verdade, mesmo nessa situação em que há clara hiperinclusão é possível demonstrar que o formalismo é epistemologicamente superior e, assim, também moralmente aceitável, seja qual for a teoria valorativa ou conceitual do direito (e da Constituição) que se adote. Para que isso ocorra, basta que sejam consideradas as contingências reais subjacentes à decisão – os limites da razão, a capacidade interpretativa da instituição envolvida e os efeitos sistêmicos de sua decisão. Relembre-se que, numa análise *consequencialista-regra* (ou *philosophic pragmatist*, para Richard Posner), o mais importante é o resultado geral produzido pelo comportamento interpretativo adotado, e não o resultado caso a caso (*consequencialismo ato a ato*, para Vermeule, ou *everyday pragmatism*, para Richard Posner) (VERMEULE, 2006, pp. 83-85 e POSNER, 2003, pp. 64-65). A adoção do *consequencialismo-regra* não exige a adoção de uma teoria de valor subjacente, ou seja, não exige que se tenha que escolher previamente o que é uma decisão razoável ou moralmente correta ou melhor (VERMEULE, 2006, pp. 71-72), ao contrário do que ocorre com o "consequencialismo ato a ato" (DWORKIN, 1997, pp. 363-364), como foi visto.

De todo modo, embora a decisão acima, ao aplicar o significado mais comum dos termos da regra jurídica, possa ser adequadamente justificada na perspectiva *consequencialista-regra*, seria interessante fazer uma análise do resultado dessa decisão sob a perspectiva de uma teoria conceitual-valorativa. O objetivo é ilustrar que, mesmo dessa perspectiva, frequentemente o resultado em cada caso concreto não será negativo, caso sejam considerados dados geralmente negligenciados.

Diversos princípios e propósitos poderiam ser levantados para servir de fonte para a decisão do caso do cão-guia: o princípio da dignidade da pessoa humana (aplicável a praticamente qualquer questão jurídica), o princípio instrumental da proporcionalidade e o da razoabilidade (aplicáveis a qualquer ato estatal), o princípio da não discriminação, o princípio do estímulo à locomoção das pessoas com deficiência etc. Ninguém discordaria desses princípios. Todos concordamos que são corretos. O problema começa quando passamos a discutir como operacionalizá-los, como aplicá-los. Aí, concluímos, dificilmente haverá consenso. E, pior, a autoridade do legislador e do administrador sempre poderá ser anulada pelo intérprete, uma vez que é difícil ou impossível estabelecer um meio-termo na utilização desses tipos normativos. O que nos lembra a discussão sobre a concepção da Constituição como ordem-moldura e como ordem-

fundamento do ordenamento jurídico. Por outro lado, no mundo real, dificilmente um dono de padaria impediria um cego de ingressar em seu estabelecimento com um cão-guia e, se o fizesse, possivelmente os demais clientes o convenceriam do contrário. O que faz com que a regra do exemplo seja adequada na maioria dos casos, embora não seja perfeita. Ainda no mundo real, dificilmente um dono de padaria permitiria o ingresso de gato, de vaca ou de elefante no seu estabelecimento, ainda que a lei não lhe proíba. De novo, mesmo que assim não procedesse, provavelmente os clientes o convenceriam do contrário. Pessoas não costumam andar com gatos em coleiras pela rua, nem com vacas, muito menos com elefantes, mas com cachorros sim. Seria possível argumentar, pois, que a regra é ordinariamente adequada, pois atacou o problema principal ou mais recorrente no que toca a animais domésticos. Seria possível argumentar, ainda, que o legislador intuitiva ou conscientemente confiou que os demais casos não seriam motivo de conflito e, se fossem, os próprios envolvidos o resolveriam por si, por meio da base moral que compartilham. Trata-se de raciocínio semelhante ao feito pela hermenêutica em relação à interpretação da linguagem inserida nos textos legais. Os hermeneutas indicam o uso do significado comum da palavra empregada, o que a sociedade costuma utilizar, e não o seu uso excepcional ou raro (MAXIMILIANO, 2011). Ou seja, toma-se o significado mais próximo, mais usual, o que provavelmente também foi o eleito pelo criador da norma.

Continuando na perspectiva moral – qual a opção política adequada –, é possível que o cão-guia, por mais educado que seja, comprometa a higiene do estabelecimento ou que uma criança possa sentir-se melindrada com a presença do animal em um espaço limitado. Outros vários argumentos podem ser postos, todos incapazes de permitir um acordo sobre o que seria a melhor decisão política para a hipótese. Não seria sem motivo, então, que esse tipo de questão é levado ao Legislativo e ao Executivo, os quais, embora imperfeitos, decidem a respeito e têm suas decisões reverenciadas pelas instituições e pessoas a elas sujeitas, independente de concordarem com elas.

Numa perspectiva epistemológica e de método, a decisão judicial em questão também seria adequada se considerarmos o seguinte. Deve-se decidir de acordo com o que a regra efetivamente determina (regra jurídica) ou com o que o legislador pretendeu com a regra (causa subjacente à regra jurídica)? A escolha da segunda opção pode levar a um problema de objetividade na aplicação da lei, justamente o que os hermeneutas procuram evitar ou minimizar. Se nessa circunstância é possível superar a regra e ir a

sua causa, nos demais casos também não poderia? Em quais hipóteses poder-se-ia superar a regra? Caso seja possível desenvolver um padrão, qual a justificativa e operacionalidade dele? Caso as respostas a essas perguntas não sejam seguras, como acreditamos ocorrer, o melhor seria dar mais atenção para o plano operacional. Se o plano operacional indicar poucas chances de a interpretação baseada em princípios ou "propósitos da lei" oferecer melhores resultados do que a simples aplicação da regra, como demonstrou o estudo acima, não haveria motivo para complicar ainda mais a aplicação do Direito. Se a aplicação desses princípios é fundamental a uma boa aplicação do Direito, que ela seja deixada nas mãos de quem, ao menos, possui maior capacidade epistêmica para fazê-lo: os órgãos do Legislativo e os órgãos do Executivo, que poderiam esclarecê-lo, ao invés de complicá-lo ainda mais, por meio de normas escritas.

Numa perspectiva empírica e mesmo de teoria política, portanto, a conclusão seria, na linha *consequencialista-regra formalista*, no sentido de que um juiz generalista teria menos condições de definir a hiperinclusão e a hipoinclusão da regra de proibição de cão em padaria do que o órgão administrativo especializado. Desse modo, o juiz formalista acredita que, tendo em vista a Administração Pública ter por função agir de ofício, concreta e imediatamente, ter estrutura infinitamente maior e hierarquizada do que o Judiciário, bem como deter órgãos especializados, ela teria muito mais condição de utilizar adequadamente as técnicas tradicionais de interpretação jurídica e as demais técnicas fornecidas pelas outras ciências (economia, sanitarismo etc.) do que ele, inclusive no que toca à concretização de alguma norma (constitucional ou não) mais abstrata. Isso sem falar da questão da legitimidade política necessária a esse tipo de interpretação mais alargada, mais discricionária. O juiz provavelmente concluiria que, caso se comprometa a identificar hiperinclusão e hipoinclusão em norma regulatória, terá mais chance de errar do que de acertar, prejudicando mais do que contribuindo para a solução do caso individual e gerando complexidade excessiva desnecessária ao direito e, com ela, mais incerteza jurídica.

O TSE e o STF. Ainda que não se trate de Direito Regulatório, o debate entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é interessante para trabalharmos os conceitos de especialidade, de custos marginais ou adicionais, de custos diretos, de custos de oportunidade, da relação entre subordinado especializado e superior generalista e as técnicas de decisão *custo-benefício*, *maximin* e *satisficing*

dentre outras. Tanto o TSE quanto o STF são tribunais superiores, ambos são compostos por magistrados com formação jurídica, sabatinados no Senado Federal e nomeados pelo presidente da República. A diferença reside no fato de um ser especializado em normas eleitorais (inclusive eleitoral-constitucionais) e o outro ser não especializado (generalista), tratando de Direito Civil ao Direito Penal.⁵¹⁷ Caso o STF tivesse utilizado a análise institucional para a escolha da doutrina interpretativa a ser seguida no caso da aplicação imediata ou não da "Lei da Ficha Limpa" (Lei Complementar 135/2010), o resultado teria sido diverso. Estava em discussão a aplicação do Art. 16 da Constituição Federal Brasileira ("Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência"). Este dispositivo constitucional não continha um comando minimamente claro para a hipótese sob julgamento, como fez crer, de modo robusto, o resultado do julgamento plenário do STF – cinco votos dizendo que a lei era aplicável às eleições do mesmo ano, cinco votos dizendo exatamente o oposto. A questão era saber se a inclusão de requisito para candidatar-se era "alteração do processo eleitoral" ou não. Ou seja, era especificar esse grande ou amplo conceito *processo eleitoral*. A solução do caso só ocorreu no ano seguinte, em 2011, após a posse do décimo primeiro ministro da Corte, cujo cargo estava vago quando do julgamento plenário em 2010: a decisão do TSE foi modificada, decidindo-se pela não aplicação da Lei Complementar 135/2010 nas eleições de 2010, por seis votos a cinco (RE 633.703/2010, STF, Acórdão de 23/03/2011). Os graves efeitos negativos sobre o processo eleitoral gerados pelo conhecimento do recurso pelo STF só foi agravado com esse acórdão. Candidatos financiaram ou conseguiram financiamento para campanhas milionárias sem saber se todo esse gasto e esforços seriam em vão. O mesmo em relação aos eleitores financiadores de campanhas eleitorais. Outros candidatos desistiram de concorrer ao pleito, tendo em vista o desgaste exigido e a probabilidade de não ser permitida a sua posse caso eleito. Eleitores foram às urnas sem saber se o candidato em que votaram seria empossado caso eleito, e muitos outros deixaram de votar no candidato de sua preferência por medo de "perder o voto". Ou seja, a indefinição certamente influenciou,

⁵¹⁷ Poder-se-ia alegar que o STF é especializado em Direito Constitucional. Mas isso não revelaria toda a verdade, porque, além da amplitude dos temas submetidos à disciplina constitucional, em que estariam englobados praticamente todos os ramos do Direito, é da competência do STF assuntos de Direito Internacional Público, de Direito Internacional Privado, Direito Penal, de Direito Administrativo, etc. Cf. o Art. 102 da CRFB.

com impacto considerável e de modo negativo, o resultado das eleições de 2010. Se os ministros do STF tivessem feito uma análise institucional e considerassem os outros custos que não só os custos diretos do julgamento antes de proceder à consideração *first-best* (a solução ideal para o caso), deveriam ter chegado às seguintes premissas e conclusão: *a*) o TSE é um tribunal superior especializado, cuja competência seria justamente dizer como deve ser aplicada a legislação eleitoral, em caso de dúvida, de maneira rápida; *b*) o presidente do TSE é, inclusive, um membro do STF, e não qualquer membro, mas o presidente do STF; *c*) dos sete ministros que compõem o TSE, três são ministros do STF, o que garante a "representatividade" (direta) deste tribunal naquele tribunal especializado; *d*) os juízes do TSE são, portanto, tão juízes quanto os juízes do STF, havendo a substituição do julgado, o que haverá será apenas uma troca de um juízo de valor (decisão política), variável de pessoa para pessoa, ou de juízo técnico (de um juízo técnico especializado por outro não especializado); *e*) o STF é um tribunal generalista, não é especializado em matéria eleitoral, detendo, inclusive, diversos outros temas para julgar; *f*) o STF não tem a velocidade para dirimir dúvidas legislativas exigidas pelo pleito eleitoral, e nem deveria ter, porque para isso foi criado o TSE; *g*) o TSE tem maior capacidade de interpretar uma norma vaga, ambígua ou principiológica em matéria eleitoral do que o STF; *h*) os instrumentos tradicionais de interpretação jurídica, como *os cânones interpretativos*, indicam tanto numa direção quanto em outra,⁵¹⁸ podendo levar (como levou) a interpretações opostas; *i*) o TSE tomou uma decisão a respeito da aplicação do Art. 16 da Constituição Federal Brasileira no caso da Lei Complementar 135/2010, resolveu a dúvida, a eleição correrá com uma regra segura; *j*) os custos de oportunidade e marginais, no caso, são muito mais altos do que qualquer benefício que uma decisão perfeita do STF poderia gerar, o que por si só é muito improvável de ocorrer, tendo em vista que o tribunal especializado é o TSE,

⁵¹⁸ Nesse sentido, Frederick Schauer (2009, loc. 2053-2060 e 1689-1696), afirmando que tal demonstração estaria na obra de Karl Llewellyn (1950 e 1960). Llewellyn desenvolveu um artigo crítico no qual, para cada cânone interpretativo, ele aduz outro que diz justamente o oposto. Algo semelhante foi feito por Carlos Maximiliano. Embora defensor dos cânones, apresenta casos em que eles são justamente opostos um ao outro (MAXIMILIANO, 2001, especialmente pp. 27-29, pp. 87-139) e que existiriam diversas exceções e precauções a serem tomadas quando do seu uso, dependendo do tipo da norma a ser interpretada (MAXIMILIANO, 2011, pp. 181-182 e 240-289). Maximiliano trabalha, justamente, para tentar demonstrar os acertos e erros desses cânones, de modo a indicar quais seriam os melhores cânones para cada hipótese. Mas devemos lembrar que ele raramente desenvolve sua doutrina para um determinado tipo de intérprete ou instituição, como fez para o Direito Constitucional e para o Direito Administrativo. Muitas vezes ele se dirige ao mesmo tempo para o juiz e para o administrador público, sem ressaltar ou trabalhar as diferenças existentes na sua capacidade interpretativa.

enquanto o STF é generalista; l) a decisão do TSE não ofende nenhuma norma legal clara ou minimamente clara; m) por isso, a melhor decisão a ser tomada, após uma análise *second-best*, e não apenas *first-best*, com aplicação das técnicas para decidir em situações de incerteza, como a do *custo-benefício*, do *maximin* e do *satisficing*, é ser deferente à decisão do TSE, que especificou um texto ambíguo da Constituição. Note-se que essa decisão seria consequencialista, mas não pragmática (caso a caso), uma vez que valeria para qualquer questão envolvendo norma constitucional não clara e recurso do TSE para o STF. Pelo resultado, verifica-se que essa postura interpretativa (a formalista pelo STF) teria sido em muito superior à que o STF adotou no caso.

TSE, STF e o Legislativo. Haveria uma análise anterior ao caso acima a ser feita. Caso tivessem adotado o *formalismo neomaximilianista*, o STF e, antes dele, o TSE deveriam ter sido deferentes ao legislador e declarado que a "Lei da Ficha Limpa" aplicava-se à eleição do mesmo ano. A justificativa seria bastante simples. Talvez ninguém entenda melhor e reconheça mais a importância do Art. 16 da CRFB do que os parlamentares federais e a Presidência da República (especialidade). Dificilmente seria crível que os legisladores e a Presidência da República negligenciam este dispositivo constitucional. Também não é crível que não o soubessem aplicar ou que teriam interesse em desrespeitá-lo, ao menos quando a lei é-lhes restritiva. Ninguém mais do que eles teria interesse na sua observância. Pois bem, a Lei Complementar 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa") diz expressa, clara e especificamente que ela entra em vigor na data da sua publicação ("Art. 5º Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação"). Ou seja, a lei, aprovada por uma supermaioria (quórum qualificado) do Congresso e pela Presidência da República, diz claramente que ela se aplica, inclusive, à legislação do ano de 2010. Nenhuma das técnicas decisórias levantadas neste trabalho respaldaria desconsiderar essa interpretação do Art. 16 da CRFB feita pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo), para pôr em seu lugar uma discussão entre poucos juízes⁵¹⁹ a respeito do significado de um texto constitucional, na hipótese, ambíguo. Quanto à constatação concreta do equívoco da medida contrária, remetemos o leitor à análise do parágrafo anterior.

⁵¹⁹ A qual foi visto que dificilmente ocorre. Cada juiz de tribunal superior seria uma ilha de entendimento, que vai para a sessão de julgamento já com seus votos prontos. Assim, dificilmente seria possível uma agregação epistêmica do conhecimento desses juízes, ainda que seja uma agregação dos conhecimentos dos poucos juízes que compõem um mesmo órgão julgador. Outro problema seria a sessão pública de julgamento, já tratada.

O STJ e as normas regulatórias: telecomunicações. Representativo do posicionamento do STJ, em matérias regulatórias em geral e na regulação das telecomunicações em particular, é o AgRg no REsp N° 965.566/RS.⁵²⁰ Nesse julgado, são expostas diversas decisões do STJ sobre a matéria. Afirma que o STJ tem jurisprudência pacífica de não controle de mérito (técnico) de ato normativo administrativo. Nem mesmo sob o pretexto de verificar atendimento a princípios morais ou jurídicos de fundo, como a razoabilidade e a proporcionalidade, deveria o tribunal analisar a constitucionalidade do ato administrativo impugnado.⁵²¹ Trata-se de decisão que, apesar de contrariar toda ou quase toda a doutrina atual brasileira sobre o tema,⁵²² adota justamente a postura interpretativa defendida neste trabalho. O STJ se recusa a compreender toda a lógica por detrás do ato normativo técnico, a fim de aplicar os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade – colher todas as informações necessárias e processá-las a fim de verificar qual é a melhor decisão diante do que exigiria a razoabilidade e a proporcionalidade. Não verificando violação de regra jurídica ou texto normativo claro e específico, confia à Administração Pública a interpretação última dos dispositivos constitucionais abstratos suscitados pelo recorrente. A postura formalista adotada é equivalente a aqui proposta, inclusive no que toca à identificação da maior capacidade dos órgãos administrativos especializados em tratar da questão quando comparados ao tribunal. A intromissão do STJ na discussão a respeito de qual seria o sentido final dos princípios constitucionais em jogo na regulação do serviço de telefonia seria um precedente perigoso e ruim ao direito. Além dos ministros do STJ, qualquer juiz sentir-se-ia respaldado a fazer o mesmo. Como a questão é apenas reflexamente constitucional,⁵²³ nem mesmo seria possível recorrer à "solução tupiniquim" da Ação Direta de Constitucionalidade, com eficácia contra todos e efeito vinculante.⁵²⁴ Saber qual o direito no caso seria bastante difícil, demorado e custoso. A

⁵²⁰ (2007/0153141-0), Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, STJ, DJe 19/09/2011. Cf. sua análise também no item "*Status quo*, custos de transição e ônus da prova".

⁵²¹ Além do AgRg no REsp N° 965.566/RS, sob análise, confira também a SS 2.566/DF, STJ, Rel. Min. Presidente, DJe 12/04/2012, que trata de regulação do setor elétrico (confirma que norma da ANEEL que tratava de política tarifária não deve ser controlada, em seu mérito, pelo Judiciário, ainda que sob fundamento de aplicação de princípios jurídicos ou razões subjacentes à norma, sob pena de intromissão inconstitucional nas competências do Poder Executivo).

⁵²² Cf. o levantamento dessa doutrina e a síntese dos posicionamentos no item "*Status quo*, custos de transição e ônus da prova".

⁵²³ Conforme jurisprudência pacífica do STF, como comprovado acima.

⁵²⁴ A Ação Direta de Constitucionalidade é medida cada vez menos utilizada. Não só em virtude de uma emenda constitucional ter conferido os seus efeitos à Ação Direta de Inconstitucionalidade na hipótese de improcedência do pedido, mas principalmente porque é remédio de solução duvidosa. Como somente é

regulação do setor, ainda mais. Ao final, perdem todos: governo, agência reguladora, agentes econômicos, inclusive o que promoveu a ação judicial, juiz e o cidadão (consumidor). Interessante notar que os sindicatos dos agentes regulados dificilmente ingressam com ação judicial em face das agências reguladoras.⁵²⁵ Ainda que discordem delas, costumam preferir uma discussão com os agentes especializados, com uma visão de todo e decisões em geral não definitivas do que levar o caso para ser "não discutido" com juízes generalistas e, ainda, ficarem sujeito às suas decisões *definitivas*. Talvez o apoio dos sindicatos às agências reguladoras ocorra mais para evitar ou enfraquecer ações judiciais de agentes econômicos atomizados que, caso deferidas, possam alterar significativamente a competitividade ou a segurança do setor.⁵²⁶

O STF e as normas regulatórias: a indústria do petróleo – licitação da concessão para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. O caso da SL 176/DF,⁵²⁷ de 2007, resultou em outra decisão paradigmática que indicaria a correção e respaldo jurisprudencial de alto nível da postura interpretativa defendida neste trabalho. Duas decisões liminares suspenderam o Edital de Licitação da ANP da 8ª Rodada de Licitações sob o fundamento de que poderia haver prejuízo ao patrimônio público "com o alijamento do certame da principal empresa brasileira cuja atividade é de reconhecido caráter nacional destinado a garantir o abastecimento do País da energia resultante dos derivados de petróleo". Elas pareceriam corretas aos olhos de muitos juristas competentes. Tanto que, apesar de ter saído vitoriosa neste caso, a ANP nunca mais adotou a regra editalícia que motivou a suspensão da licitação em questão. Elas foram requeridas por meio de ação popular e concedidas por um juiz federal do Rio de Janeiro e outro do Distrito Federal, e mantidas pelos respectivos presidentes do Tribunal Regional Federal 2ª Região (TRF 2ª Região) e do Tribunal Regional Federal 1ª Região

possível após demonstração de considerável divergência judicial sobre a constitucionalidade de determinada norma, dificilmente é útil ao regulador. O regulador de atividade econômica procura adotar políticas cujas regras sejam claras e que levem a resultados minimamente previsíveis. Não lhe é interessante uma medida judicial que só possa ser usada após sua política ter sido bastante judicializada e, pior, com uma divergência judicial relevante. Ao invés disso, procura criar regras que não sejam passíveis de discussão ou grandes divergências jurídicas. O que pode ser bom num primeiro momento, pode ser péssimo num segundo. É que a Administração Pública acaba muito tolhida nas opções de políticas públicas e regulatórias a adotar. Como foi visto, essa limitação de opções é boa para um agente generalista e de capacidade limitada diante da incerteza, não para um especialista com grande capacidade sistêmico-interpretativa.

⁵²⁵ Cf., p. ex., o posicionamento do Instituto Brasileiro do Petróleo e do Sindigás em seus respectivos sítios: www.ibp.org.br e www.sindigas.com.br.

⁵²⁶ Cf. a já citada ADI 2359/ES, STF, Rel. Min. Eros Grau, comentada no item "1.2."

⁵²⁷ SL 176/DF, STF, Rel. Presidente do STF, DJ 03/08/2007. Cf. a transcrição de parte do julgado no item "*Status quo*, custos de transição e ônus da prova".

(TRF 1ª Região). O desembargador federal relator do Agravo de Instrumento no TRF 1ª Região também indeferiu o pleito da ANP e manteve a liminar. Já no STF, o procurador-geral da República também se posicionou contrariamente à ANP, ou seja, pela manutenção das liminares. Aos olhos de um imparcial expert em exploração e produção de petróleo e gás, conhecedor de economia do petróleo e da geopolítica envolvida, porém, a extirpação da regra editalícia em comento é não só equivocada, mas potencialmente bastante danosa à política nacional de combustíveis, à segurança nacional e à econômica brasileira. O mais interessante da decisão da ministra Ellen Gracie, então presidente do STF, não foi o fato de ela ter se tornado expert no assunto ou ter tido como perito um grande ou vários especialistas, como muitos defendem que ocorra. Também não foi ter tido a coragem de ir contra os eminentes magistrados, o procurador-geral da República, os cidadãos que propuseram a ação popular em defesa do patrimônio público, abrindo mão da cautela (suspensão da licitação) e tomando uma decisão "sem volta" a favor do prosseguimento do certame. Está, sim, no fato de ela ter reconhecido a complexidade da questão, a maior capacidade decisória da ANP e do Conselho Nacional de Política Econômica (CNPE), presidido pelo Ministério de Minas e Energia e cujos atos são aprovados pelo presidente da República, e a limitação do tribunal em decidir a questão em substituição aos órgãos administrativos. Ela concluiu que dificilmente os tribunais produziram uma decisão de qualidade equivalente ou superior à dos órgãos citados. É possível extrair do julgado que a magistrada entendeu que as questões morais e políticas de fundo, os textos constitucionais abstratos, na hipótese, deveriam ter seus significados conferidos pela Administração Pública, de modo final. Ela não identificou violação, pela ANP e CNPE, de nenhum texto normativo claro e específico. De todo modo, pela postura interpretativa que defendemos deve ser adotada pelos juízes, é possível ao juiz anular a regra editalícia em questão, caso entenda que uma entre as diversas regras legais que regem a questão a impede. Entretanto, deve-se reforçar que o risco de o juiz errar nessa análise, dada sua expertise jurídica, é muito menor do que o risco de errar ao considerar questões técnicas e propósitos externos ao direito para decidir – propósitos tão amplos como segurança nacional, estoques de combustíveis, análise estatística e econômica de concentração da produção nacional de petróleo e gás etc.

O objeto da SL 176/DF é bastante delicado. A regra editalícia que gerou as ações populares e a suspensão da licitação estabelecia um número máximo de blocos que

poderiam ser arrematados por uma mesma empresa. Trata-se de regra relevante adotada em todo o mundo.⁵²⁸ Seu objetivo é simples: evitar *i)* que uma ou poucas empresas, geralmente estrangeiras, fiquem com o domínio de grande parte do território nacional; *ii)* depender do investimento de uma ou poucas empresas para se ter produção de petróleo e gás natural;⁵²⁹ *iii)* o incremento do risco de descumprimento dos compromissos exploratórios e de produção.⁵³⁰

O problema é agravado pela defesa de uma postura não formalista do Judiciário na interpretação, por exemplo, do princípio da isonomia em matéria regulatória. Embora seja ruim permitir que uma só empresa, ainda que estatal, fique comprometida com quase a totalidade da exploração e produção de petróleo do Brasil, pior é permitir que essa empresa única fosse estrangeira ou não tivesse o controle do Governo Federal. Mas a doutrina costuma opor-se com veemência a um tratamento distinto, na regulação do petróleo, pelo Governo Federal e pela ANP, entre a Petrobrás e as demais petrolíferas privadas, brasileiras e estrangeiras. Fundamentam seu posicionamento principalmente

⁵²⁸ Cf. na Association of International Petroleum Negotiators (www.aipn.org).

⁵²⁹ Em caso de falência ou problemas financeiros, grande parte da produção de petróleo ou gás ficaria comprometida, o que poderia gerar grave crise econômica e até a falência do país.

⁵³⁰ A Min. Ellen Gracie assim resumiu os argumentos da ANP: "Sustenta, mais, em síntese: a) razoabilidade dos critérios adotados para a 8ª Rodada de Licitações, porquanto, 'em Bacias de Elevado Potencial de Descobertas para Gás Natural e Petróleo, a ampliação da regra de restrição de ofertas poderá incentivar um maior comprometimento das empresas para com o investimento em exploração e produção', e, 'em Bacias de Novas Fronteiras Tecnológicas e do Conhecimento, a introdução de limitações às ofertas poderá incentivar o investimento em regiões pouco conhecidas geologicamente' (fl. 23), certo que, 'em Bacias Maduras, a experiência brasileira recente indica preliminarmente que a restrição permitiu que empresas de menor porte instalem-se no país' (fl. 24), cumprindo-se o objetivo de continuidade das atividades de exploração e produção em áreas onde exercem importante papel sócio-econômico regional; b) existência de constatação, em processo de análise e acompanhamento das sete rodadas anteriores de licitação, de que 'a ausência de restrição de ofertas, no caso da Bacia de São Francisco e Solimões, permitiu que uma só empresa de origem Argentina arrematasse 43 blocos, totalizando 113 mil km²' (fl. 25); c) ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a decisão impugnada 'nega a discricionariedade técnica característica das agências reguladoras e desconsidera todo o trabalho técnico realizado' (fl. 30); d) existência de grave lesão à economia pública, consubstanciada na estimativa de 'arrecadação total de aproximadamente 12,3 bilhões de reais apenas com a produção de óleo e gás dos blocos ofertados nessa rodada'; e) necessidade de continuidade das atividades exploratórias e de pesquisa que visam à expansão constante do conhecimento geológico das bacias brasileiras, porquanto 'dados armazenados no Sistema de Informações Gerenciais de Exploração e Produção (SIGEP) da ANP indicam que, com o consumo médio de 1,8 milhões de barris de petróleo por dia no ano de 2005, as reservas comprovadas no Brasil (11,8 bilhões de barris) seriam exauridas em 18,0 anos' (fl. 35), e o monopólio de fato da exploração de petróleo pela Petrobras 'é um fator economicamente ruim para o país, haja vista que diminui a probabilidade de descoberta de petróleo e gás natural em razão da concentração dos blocos em uma única empresa' (fl. 38). Ademais, 'a Petrobras teve sob sua concessão 382 blocos para exploração, sendo que 84 foram integralmente devolvidos e 235 estão sob sua concessão sem ter havido descoberta' (fl. 38); f) existência de perigo na demora, ante o fato de que a suspensão da 8ª Rodada de Licitação impede que se coloque em outros certames os blocos *sub judice*, o que não permite a exploração de gás natural e de petróleo."

em combinações de dispositivos constitucionais, na estrutura constitucional e no histórico legislativo.⁵³¹ Como se trata de doutrina majoritária, há um risco considerável de um número relevante de juízes, ainda que pequeno, acatá-la,⁵³² suspendendo temporariamente ou anulando atos normativos que estariam albergados por esse tipo princípio – grande parte, se não todos, os atos regulatórios. A mera possibilidade de isto ocorrer impede o desenvolvimento de políticas energéticas ou medidas pontuais que possam adequadamente posicionar a Petrobrás e as demais petrolíferas, ainda que com distinções muito sutis entre elas. O regulador não gosta de correr riscos acima do mínimo com suas políticas. Uma norma invalidada, ou invalidada para um ou poucos agentes, pode ter um efeito nefasto na competitividade, lógica ou segurança do setor. Nesse ponto, uma postura formalista do Judiciário também levaria a um melhor direito. Atuaria apenas no caso de uma violação de regra clara e específica – que não são poucas na legislação. Na maioria das vezes, os possíveis abusos do regulador serão tão ou mais bem combatidos por uma postura formalista do juiz do que por uma postura não formalista. Pelo menos foi o que nos indicaram os instrumentos da escolha interpretativa *satisficing*, *take the best*, *maximin* e a análise custo-benefício, entre outros. Esses instrumentos reforçam a ideia de que "a vontade do legislador" ou "a vontade" ou "a alma" da lei são revelados com mais precisão pelo significado mais imediato e comum do seu texto do que por uma procura pelas causas que levaram à edição da lei e a consequente tentativa de sintetizá-las e de ajustar o seu significado. A um controle judicial bom o suficiente, juntam-se: *i*) a redução de erros de interpretação, erros que resultam frequentemente na anulação de políticas públicas e regulatórias pelos juízes, *ii*) a diminuição da incerteza jurídica e dos custos com o direito.

⁵³¹ Cf., por exemplo, Marcos Juruena Villela Souto (2009) e Gustavo Binenbojm (2009).

⁵³² Lembre-se que é prática corrente no Brasil a possibilidade de lei ou atos administrativos definindo políticas públicas ou regulatórias serem liminarmente suspensos com fundamento em textos constitucionais abstratos até mesmo por um juiz de primeira instância – como o princípio da isonomia.