

Conclusão

Na pesquisa a respeito do Direito Constitucional e da interpretação jurídica em obras estrangeiras, é possível entrar em contato com grandes estudiosos de países de *common law*, tradicionais fontes das doutrinas pós-positivistas brasileiras, concluindo, por meio de teorias sofisticadas, que o melhor para o direito seria a restrição interpretativa do Judiciário e sua deferência às decisões do legislador e dos órgãos administrativos. Ou seja, esses estudiosos de tradição *common law* defendem que a postura interpretativa há muito adotada por nós, de tradição *civil law*, ou equivalente, seria a mais adequada. Mas o presente trabalho não buscou obras que vangloriassem a tradição da *civil law*. Buscou, sim, esclarecer, por meios mais efetivos, quais seriam os efeitos das posturas interpretativas selecionadas para análise, bem como a importância da observação das regras jurídicas pelos intérpretes, em vez da postura de considerá-las apenas mais um argumento entre vários para a escolha da decisão jurídica. O objetivo final era verificar qual método interpretativo seria o mais adequado para a aplicação do Direito Regulatório.

O presente trabalho analisou boa parte das principais doutrinas citadas em obras brasileiras referentes à interpretação constitucional e interpretação do Direito Regulatório – favoráveis e desfavoráveis à aplicação de princípios pelo Judiciário, na jurisdição constitucional e na jurisdição comum. Concluiu-se que melhor do que centrar-se na discussão entre *positivistas* e *pós-positivistas* ou *neoconstitucionalistas*, na qual o debate sobre a existência ou capacidade da *razão prática* é parte essencial, seria classificar as posturas a respeito da aplicação do direito em *formalista* e *não formalista*. No primeiro caso, o Direito Positivo é aplicado nos limites do texto jurídico, ou seja, a fonte da decisão é retirada dos "quatro cantos do documento" (ELY, 1980, p. 1). No segundo, vai-se além do texto, buscando-se propósitos e princípios de fundo que levaram ou levariam à edição da norma jurídica. Nessa discussão, verificou-se que também é útil analisar a estrutura e características das regras em comparação com as dos *standards*. De maneira que essa distinção foi privilegiada em relação à dicotomia "regras vs. princípios", mais comum e tão em foco nas discussões jurídicas nacionais.

A crítica crescente da doutrina brasileira no sentido de que as decisões judiciais cada vez mais desconsideram a lei, colocando-a apenas como mais um argumento para a decisão, aplicando princípios morais e jurídicos sem o devido esforço argumentativo e citando obras e julgamentos anteriores escolhidos apenas para justificar decisão tomada de antemão pelo juiz, indicou-nos que o equívoco poderia estar, na verdade, nela própria (doutrina), e não propriamente nos juízes. Ao longo do presente estudo, foi ficando cada vez mais claro que exigir um julgamento perfeccionista do Judiciário não seria factível e gerava, em muitos casos e ao contrário do pretendido, decisões piores do que aquelas obtidas caso fosse permitido ao juiz julgar como especialista em direito que é, e não como um super-homem capaz de aprender qualquer assunto do universo em todo processo em que atue. Também foi identificado que, ainda que os auxiliares do juízo pudessem transmitir todo o conhecimento necessário ao juiz, o que dificilmente seria verdade, na hora de decidir o julgador precisa processar sozinho os dados de que dispõe e escolher entre as opções disponíveis. Portanto, é bastante diferente o julgador possuir auxiliares especialistas em diversos assuntos de ele próprio ser o especialista.

O método interpretativo deve ser desenvolvido ou selecionado atentando-se para as peculiaridades e contingências que afetam cada intérprete do direito – legisladores, servidores públicos, autoridades administrativas, juízes, advogados privados e públicos e cidadãos. Como dificilmente é possível chegar a um consenso, com base em conceitos abstratos, em concepções de direito ou da democracia, em normas constitucionais ou na sua estrutura, a respeito de qual método de interpretação jurídica deve ser adotado por cada um dos intérpretes do direito, o consenso a respeito do mesmo só seria possível ou seria mais viável por meio da demonstração objetiva, ou por dados concretos passíveis de serem avaliados por todos, de que determinado método é o melhor, entre os disponíveis, para a aplicação do Direito. E esses dados concretos encontram-se no plano em que a interpretação será aplicada, ou entre esse plano e o plano teórico-abstrato – ou seja, esses dados suscitam questões prejudiciais à aplicação prática da teoria interpretativa.

O caminho para a demonstração da melhor postura interpretativa viável não pode prescindir, portanto, da análise do plano operacional: a capacidade de aplicação da lei de cada instituição e dos efeitos sistêmicos decorrentes das suas decisões – sobre outras instituições e sobre os indivíduos em geral. O foco no plano operacional como linha metodológica reduz o enorme debate gerado pela consideração dos valores e conceitos

de alta abstração na busca da identificação da instituição mais legítima para interpretar (dar significado a) o direito em cada caso. Também reduz e, sob certas condições, elimina a necessidade desse debate conceitual-abstrato-valorativo para a escolha concreta do método interpretativo. O motivo encontra-se no fato de a análise do plano operacional exigir avaliação de dados objetivos, aferíveis pelos teóricos e intérpretes do direito. Portanto, a teoria interpretativa desenvolvida a partir da análise institucional permite a sua adoção 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.

A teoria da interpretação jurídica deve ser elaborada, portanto, não só levando em conta que se aplica a lei sob incerteza – incerteza quanto às contingências subjacentes à decisão e dos seus efeitos sistêmicos –, mas também que a razão usada para aplicá-la e a capacidade de colher os dados necessários para uma decisão são limitadas. A racionalidade e a capacidade de colher os dados relevantes para a decisão, contudo, são mais limitadas em algumas instituições do que em outras. É importante identificar, ainda, o modo como essas instituições responsáveis pela interpretação (e criação) do Direito são capazes de agir diante dessa limitação. Um meio de análise é verificar *i)* a capacidade de essas instituições obterem as informações relevantes, e de lidarem *ii)* com os conhecimentos e procedimentos de que dispõem ou de que podem dispor, e *iii)* com os instrumentos que visam suprir essa limitação para aplicar a lei e a constituição.

Por outro lado, quanto mais uniforme for o método de interpretação (e aplicação) do Direito por parte dos tribunais, mais consistentes serão os efeitos sistêmicos de suas decisões: previsibilidade do Direito por parte dos cidadãos, regularidade na atuação dos poderes políticos na correção e aprovação de novas legislações, reforço do movimento político-democrático e da legitimidade das decisões judiciais. Não é possível, entretanto, exigir do juiz a adoção de um determinado tipo de interpretação, em razão da baixa capacidade de coordenação da atuação dos juízes. É preciso, portanto, buscar argumentos que os convençam a optar por uma determinada doutrina ou postura interpretativa.

Diante da baixa capacidade de os tribunais coordenarem a atuação dos juízes e, assim, de eles adotarem uma mesma postura interpretativa, é importante que essa doutrina ou postura interpretativa a ser defendida, no entanto, não dependa de uma adesão maciça para surtir os efeitos esperados, sob pena de ser inútil. Logo, é necessário

que a postura ou doutrina interpretativa a ser defendida seja útil ou produza um bom direito independente do seu grau de adesão entre os intérpretes do direito, especialmente entre os juízes. O método interpretativo formalista atenderia a essa exigência, no geral, pois prescinde de um grande número de seguidores para ser capaz de contribuir para a redução de custos e incremento da certeza e qualidade do sistema jurídico a cada aplicação (*contribuição marginal*).

Verificou-se que grandes teóricos do direito do passado e do presente defendem o formalismo jurídico como sendo o padrão do direito e, por se preocuparem com eventual aplicação absurda 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. A tentativa de aplicar o direito da maneira mais perfeccionista, no entanto, também pode levar a um resultado ruim ou injusto – geralmente atribuído ao formalismo. A interpretação não formalista pode gerar erros graves, com custos e perdas diretas, indiretas e colaterais, especialmente quando se julga sob incerteza. Os vícios cognitivos, déficit de informações e baixa capacidade epistêmica em processá-las levam o intérprete, mesmo o juiz, a se equivocar quanto a quais seriam a intenção ou o propósito da norma constitucional ou lei. Dois exemplos famosos seriam a condenação das sentinelas do Muro de Berlim pelos tribunais alemães e a votação do início de vigência da chamada "Lei da Ficha Limpa" pelo STF. Essa situação se agrava em ramos do Direito mais complexos, como é o caso do Direito Regulatório.

A exigência da maior parte da doutrina por uma aplicação perfeita do Direito pelo juiz é um dos fatores que levam ao baixo grau ou nível insuficiente de fundamentação das decisões judiciais. Quanto mais distante do texto legal exige-se ou recomenda-se ao juiz ir, mais ele se vê obrigado a fundamentar sua decisão. Logo, fundamentar uma decisão decorrente de uma interpretação pós-positivista ou neoconstitucionalista é bastante mais trabalhoso e complexo do que fazer o mesmo quando adotada uma postura formalista. Dependendo da complexidade das questões tratadas, pode-se chegar à impossibilidade de uma fundamentação adequada, como foi demonstrado quando se tratou do caso do Direito Regulatório.

O debate a respeito da concepção da Constituição como ordem-fundamento ou como ordem-moldura do ordenamento jurídico é útil para reforçar, no âmbito teórico-conceitual, a tese a favor do formalismo deferencial, já bem embasada no âmbito da

análise institucional. Porque é difícil justificar, mesmo conceitualmente, a concepção da Constituição como uma ordem-moldura em que também seus princípios substantivos teriam aplicação jurisdicional, como defendido por Alexy para os direitos humanos, com base na reabilitação da razão prática. Ao ser permitido o uso de alguns princípios como fundamento da decisão judicial, é praticamente impossível estabelecer ou controlar minimamente a espessura dessa moldura constitucional sobre o ordenamento jurídico. Essa moldura poderia se transformar no quadro inteiro, não deixando espaço para o legislador – nem para o administrador público – preencher (discricionariamente) a tela. O efeito seria idêntico ou equivalente à combatida concepção da Constituição como ordem-fundamento, combatida também por pós-positivistas, como Robert Alexy, que o faz abertamente, e Ronald Dworkin, ao distinguir as *questões de princípio* das *questões de política*. Ou seja, como defende Vermeule na análise institucional, é inviável até mesmo uma postura interpretativa não formalista de meio-termo, aquela em que princípios jurídicos ou outras razões de fundo são utilizadas em alguns casos e de maneira limitada pelos juízes. Ao estudo institucional 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. Uma saída seria a já famosa divisão dos princípios em materiais (substantivos) e procedimentais (instrumentais), permitindo o uso apenas destes últimos pela jurisdição constitucional. Outra saída seria pôr em dúvida a eficácia da saída anterior (aplicação apenas de princípios procedimentais na jurisdição constitucional) e verificar a real capacidade de as instituições aplicarem textos legais vagos, ambíguos ou principiológicos e os riscos e vantagens de sua aplicação para o direito individualmente considerado e para o Direito em geral. Esta última foi a opção adotada.

A interpretação jurídica no Brasil passou por uma forte mudança poucos anos após a promulgação da Constituição de 1988. Com a redemocratização do país, a doutrina constitucional brasileira inspirava-se em doutrinas estrangeiras para fazer valer os novos valores constitucionais. Eram comuns citações e desenvolvimento de teses com base em textos de Canotilho, Jorge Miranda, Dworkin, Zagrebelsky, Alexy, entre vários outros. Um problema imediato centrava-se em dois aspectos. Primeiro, a nossa Constituição (econômica) não era dirigente, ao contrário de Constituições europeias pós-regime de exceção, como a de Portugal antes da sua reforma de 1982, que a tornou

"neutra". Ainda que fosse possível discordar de que nossa "Constituição econômica" era "neutra" quando da sua promulgação, privilegiando valores sociais e econômicos de diversas perspectivas ideológicas, inclusive opostas, seria muito mais difícil fazer o mesmo hoje, após todas as emendas sofridas. Segundo, ao contrário do que ocorreu em muitos países europeus, não foi instituído, no Brasil, um *tribunal constitucional*, com uma composição nova de magistrados, visando aplicar os novos valores contidos na Constituição recém-promulgada sobre a jurisprudência de tribunais ordinários cujos membros foram nomeados durante o período de exceção, não raro acusados de corrupção sistêmica. Não obstante essas duas diferenças relevantes, foram largamente empregadas doutrinas europeias desenvolvidas para a realidade daquele continente sobre o caso brasileiro, insistindo-se na concretização dos princípios constitucionais pelo Judiciário ordinário nacional.

O emprego da doutrina estadunidense no Brasil após os anos 1990 não é menos problemática. As obras norte-americanas que tratam da aplicação de princípios constitucionais pelos tribunais trabalham com uma realidade jurisdicional e constitucional com diferenças relevantes da brasileira, ao menos quanto ao emprego destas doutrinas. A Constituição Federal dos EUA não prevê direitos sociais, econômicos nem culturais. Ela também é muito antiga e sintética. É preciso bastante esforço dos constitucionalistas para mantê-la atualizada, principalmente em razão de outra característica dela: ser quase impossível de emendar (formalmente). A aplicação de *princípios* é algo bastante comum à *common law interpretation*, sendo realmente interessante, ao menos a princípio, desenvolver uma teoria dos princípios que permita aos tribunais aplicarem a Constituição Federal americana de forma útil nos dias atuais. Outro dado objetivo relevante é a estrutura da Suprema Corte dos EUA, seus instrumentos de julgamento e efeitos de suas decisões. Ao contrário do que ocorre com o Brasil, a Suprema Corte dos EUA, a partir de um determinado momento histórico, passou a ter o poder de escolher os casos que iria julgar, por meio do *writ of certiorari*. Embora se possa arguir a previsão da "repercussão geral" para a aceitação de recursos extraordinários pelo STF, este instituto tem uma diferença fundamental em relação ao *writ of certiorari*: havendo "repercussão geral" quanto ao objeto do processo, o STF não pode negar conhecimento ao recurso; já o *writ* permite que a Suprema Corte simplesmente não aceite o caso por considerá-lo não suficientemente consolidado ("maduro") para julgamento. Outro ponto distinto importante é o número de legitimados

a promover ações diretas de inconstitucionalidade no STF, muito maior do que ocorre no caso da Suprema Corte. Mas a principal distinção encontra-se nos efeitos da decisão desta última. Eles se mantêm os mesmos desde o famoso caso *Marbury v. Madison* (1803): as decisões da Suprema Corte têm efeitos limitados às partes do processo. Embora esse modelo de controle de constitucionalidade tenha sido previsto na Constituição brasileira de 1891, há bastante tempo o STF também profere decisões com efeitos vinculantes e erga omnes. Portanto, uma decisão da Suprema Corte que utilize princípios constitucionais como fonte não terá um efeito sistêmico nem de perto comparável à decisão equivalente do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Exemplo simples são os reiterados atos de universidades estadunidenses estabelecendo cotas raciais, mesmo após a declaração específica de sua inconstitucionalidade pela Suprema Corte. Os "descumprimentos" das decisões da Suprema Corte, como foi mostrado, têm um relevante papel para que a própria Corte possa reconhecer que errou ou para que atualize sua postura diante da reação negativa à sua decisão. Isso, no Brasil, seria bastante difícil de acontecer. Portanto, concluiu-se que a aplicação no Brasil de doutrina constitucional norte-americana defendendo aplicação de princípios como base de decisão judicial deve ocorrer de forma extremamente cautelosa. Entretanto, constatou-se a prática oposta por boa parte da doutrina e jurisprudência nacionais.

O caso norte-americano, desse modo, pelas suas peculiaridades, exigiria muito mais a adoção de uma teoria dos princípios constitucionais do que o caso brasileiro, ao mesmo tempo em que precisaria desenvolver um ambiente institucional que diminuísse bastante o risco de erro na aplicação judicial desses princípios, bem como os efeitos sistêmicos negativos no seu ordenamento jurídico. Mesmo assim, constitucionalistas e teóricos do direito estadunidenses do mais alto nível contestam o seu emprego pelos juízes. Não negam os princípios como fontes de decisões judiciais ou do direito, mas afirmam que sua aplicação pelos juízes no lugar ou aprimorando regras jurídicas aumentaria, de maneira injustificada, a complexidade do direito, a dificuldade em se localizar qual o significado da norma aplicável, o risco de erros judiciais e os efeitos sistêmicos negativos sobre todo o direito – da sua criação à sua aplicação. Não se justificaria o emprego da teoria dos princípios pelos tribunais porque o resultado positivo que poderia gerar é bastante questionável, além de se entender que a concretização e garantia dos direitos principiológicos pelos poderes políticos ocorre de

maneira suficientemente boa ou melhor do que ocorre por meio do tribunal. Já os riscos (ou os custos) seriam bem maiores do que aqueles gerados por uma aplicação formalista do Direito Positivo pelos tribunais.

A conclusão a que se chegou, a partir de uma perspectiva consequencialista-regra, é que o melhor método de interpretação jurídica, para os juízes brasileiros, seria a adoção do *formalismo deferencial* ou *estratégico* como postura interpretativa padrão. Para o Legislativo federal e para a Administração Pública federal brasileiras, seria uma postura não formalista. A Administração Pública está em melhor condição de fazer a escolha interpretativa, bem como de aplicar o método escolhido, em comparação com os tribunais, em razão do seu alto grau de coordenação, maior contato com a história da produção da norma, com os sujeitos a ela e com o ambiente em que será aplicada, de possuir um maior número de servidores com especialidades, conhecimentos e perspectivas distintas, além de, geralmente, somar os seus conhecimentos àqueles incorporados ao ato legislativo – agregação sistêmica de conhecimentos interinstitucional. Esses servidores, ademais, possuem garantias semelhantes à dos juízes, especialmente quando comparados aos juízes substitutos, como a estabilidade no cargo e a irredutibilidade de seus vencimentos. Os tribunais detêm, em regra, conhecimento genérico, estão mais distantes do ambiente de produção da norma jurídica e do ambiente em que se encontram os que sofrerão seus efeitos direta e indiretamente, detêm atuação pouco coordenável, possuem servidores (os juízes) especializados apenas em direito e com perspectiva e vícios cognitivos próprios da categoria jurídica e de uma mesma classe social e, quando exercem o controle de constitucional anulando um ato do Legislativo ou da Administração, substituem todo o conhecimento sistêmico nele agregado pelo seu. Como as questões mais importantes levadas ao Judiciário são decididas, em regra, pelos tribunais superiores, o número de perspectivas e de conhecimentos dos julgadores é em muito inferior aos do Legislativo e da Administração. A muito aludida vantagem comparativa do tribunal, o seu isolamento político, deixa de ser uma virtude ou vantagem decisória sobre os demais poderes quando a indicação dos juízes dos tribunais, especialmente os superiores, passa a ser predominantemente política. De todo modo, ainda que assim não fosse, o isolamento político, apesar de garantir que o juiz possa julgar com maior independência, não garante que ele adote a melhor postura interpretativa. Uma vez neutralizado da política, ganha relevo em seu discernimento a influência de seus vícios cognitivos e tendências,

como o corporativismo e perspectivas, valores e ideologias comuns à sua categoria profissional e classe social. Ademais, o seu isolamento também acarreta perda ou dificuldade na colheita das informações necessárias à (boa) decisão.

De todo modo, observou-se que também grande parte dos órgãos administrativos deve atuar de maneira formalista. Mas, mesmo que a maioria dos órgãos administrativos adotasse uma postura formalista, ao final seria possível a Administração Pública interpretar o Direito Positivo de maneira não formalista. Os órgãos administrativos que teriam, de fato, maior capacidade interpretativa e, por esse motivo, adotariam a postura não formalista seriam órgãos superiores hierarquicamente aos citados anteriormente ou seriam órgãos consultivos. Em razão da grande capacidade de coordenação dos órgãos administrativos, no fim, a maioria deles aplicaria *de modo formalista* o Direito não formalista indicado pelos órgãos administrativos superiores ou consultivos. Situação semelhante ocorreria com os tribunais: aplicariam formalisticamente a Constituição e a legislação em geral, inclusive aquela interpretação não formalista do Legislativo e da Administração Pública, seja por meio das normas que produz, seja por meio dos seus atos administrativos. O juiz, ao escolher estrategicamente o formalismo deferencial (*formalismo maximilianista*), acataria e aplicaria a interpretação não formalista do Legislativo e/ou do órgão administrativo naquilo que não contrarie texto constitucional e legal claro e específico. Cada instituição ficaria responsável pela aplicação do Direito em relação ao qual possui maior capacidade decisória epistêmica: o Legislativo e os órgãos do Executivo dariam o significado final dos textos vagos, ambíguos e principiológicos da Constituição e leis em geral, e os tribunais, o significado último das regras jurídicas. O juiz é formalista. Já o direito gerado com a sua decisão, não necessariamente. O resultado final seria um direito mais claro e específico, como exigido pelos defensores do não formalismo. Quanto aos casos individualmente considerados, foi verificado que a aplicação formalista do direito dificilmente levaria a uma decisão absurda ou injusta, caso adequadamente empregado. De todo modo, ainda que assim não fosse, caso aplicadas pelo juiz técnicas de decisão sob incerteza, como a análise custo-benefício e o *maximin*, ele optaria pela interpretação formalista deferencial, ao invés de uma não formalista. Os custos (e perdas) decorrentes da aplicação do formalismo pelos tribunais são menores do que aqueles decorrentes de uma interpretação judicial não formalista. Já os ganhos desta última postura são incertos ou improváveis. Por outro lado, os critérios *satisficing* e o *take the best*, por exemplo,

permitiriam concluir que, ao menos, a aplicação formalista da legislação pelos juízes seria suficiente para gerar um direito que se espera, no que deveriam ser descartadas, pelo intérprete que possui tempo limitado e não detém condições de colher e processar todas as informações necessárias para decidir, outras posturas interpretativas cujos ganhos e perdas são incertos ou ignorados.

No entanto, identificou-se que nem todos os ramos do Direito teriam a mesma complexidade – conhecimento altamente especializado, grande quantidade de variáveis e indivíduos envolvidos e entrelaçados. E que, portanto, a aceitação entre os teóricos e intérpretes do direito da postura formalista deferencial para alguns deles seria maior do que para outros. Após identificar as peculiaridades do Direito Regulatório, as quais tornariam sua interpretação mais complexa do que a de outros ramos do Direito, verificou-se que os dois principais tribunais superiores brasileiros – o STF e o STJ – adotavam um formalismo deferencial em questões regulatórias, inclusive quando envolviam normas constitucionais, como o princípio da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da preservação do patrimônio e interesse público. Foi constatado, então, com base nestes dois dados, que o *formalismo estratégico*, ao menos, seria mais fácil de ser aceito pelos teóricos e intérpretes do direito brasileiro como sendo a postura interpretativa adequada para os juízes em questões regulatórias, inclusive quando incidentes normas constitucionais nesse âmbito. No Direito Regulatório brasileiro, os juízes deveriam reforçar o cumprimento das regras jurídicas (textos constitucionais e infraconstitucionais claros e específicos) e serem deferentes à interpretação do Legislativo e da Administração Pública quanto aos textos vagos, ambíguos ou principiológicos. Na hipótese desta última não existir, o que seria bastante raro num Estado Administrativo como o brasileiro, o juiz deve aplicar os textos normativos vagos, ambíguos ou principiológicos por meio da escolha célere de um cânone/regra interpretativo *bom o suficiente (satisficing)* para ele ou, simplesmente, *pegando (picking)* um ou mais deles, devendo adotá-lo(s) em todos os casos semelhantes – ou por meio de outra técnica que amplie a racionalidade nessa escolha. Sobrevindo a interpretação dos poderes políticos, passaria a adotá-la, por ser deferente à interpretação do Legislativo e da Administração. Essa escolha interpretativa faria com que o direito obtivesse o grau de esclarecimento e especificidade que a doutrina costuma exigir, sem um incremento exagerado da sua complexidade, causa do incremento no risco de decisões erradas, custos com a localização do direito aplicável e, portanto, de um

Direito Regulatório ruim. É certo que, independentemente da ação dos juízes e advogados, o direito sempre terá algum nível de complexidade, mas devem-se buscar técnicas interpretativas que não o tornem ainda mais complexo do que já seria normalmente, mais complexo do que o necessário.

No plano operacional, portanto, diante dos limites da razão e outras contingências do mundo real, ainda que a razão prática seja executável e/ou a ponderação de princípios seja indispensável no direito, os legisladores e administradores públicos possuem, além de maior legitimidade, maior capacidade e ampla vantagem epistêmica para bem executá-las (a razão prática e a ponderação) no Direito Regulatório e em relação às normas constitucionais aplicáveis às questões regulatórias do que os juízes. Logo, na escolha institucional, os legisladores e administradores públicos deveriam ser escolhidos para decidir os casos regulatórios por meio de uma postura não formalista, em que se voltam com mais frequência para os propósitos e princípios da legislação regulatória e constitucional, sem desobstar as regras, reforçadas pelos órgãos de controle. Já os juízes têm maior capacidade de julgar um caso envolvendo normas regulatórias por meio de uma interpretação formalista, voltando-se para as regras (legais e constitucionais), em que evita substituir o significado dos textos normativos vagos, ambíguos ou principiológicos conferido pelos poderes políticos. O Direito Regulatório gerado pelas posturas interpretativas acima será frequentemente melhor do que aquele resultado da adoção de interpretações não formalistas por todos, com redução significativa da incerteza jurídica e dos custos decisórios dos órgãos de controle. Ficam menores os custos para identificar a norma aplicável, para fundamentar adequadamente as decisões judiciais (ou de outros órgãos de controle, como os Tribunais de Contas) nesta complexa seara jurídica e diminuem as chances de decisões erradas. Consequentemente, há menos perdas (materiais e de tempo de trabalho) e gastos para reparar os erros das decisões, e, enfim, um Direito Regulatório melhor. Cada julgador, ao escolher a sua postura interpretativa, pode contribuir nesse processo.

De todo modo, para que os juízes possam acolher uma determinada postura interpretativa, é preciso que ela seja atrativa também, ou principalmente, para eles. Nesse sentido, foi afirmado que deve ser esclarecido aos juízes que o que seria a "limitação de capacidade do juiz" ("um generalista", "não especializado") é, em grande parte, algo proposital ou natural do sistema. Dizer que o juiz é "limitado", apesar de o termo soar pejorativo, não é um demérito. Pelo contrário. Tal limitação seria proposital,

salvo a limitação da razão, que atinge a todos os indivíduos, as inclinações cognitivas próprias da categoria dos juristas e assim por diante. Essa limitação institucional do Judiciário é relevante para o funcionamento do estado democrático de direito. É importante para a relevante função de controle que o juiz exerce, inclusive sobre os poderes – inclusive ele próprio, o Judiciário. Ela evitaria que o poder ao qual foi confiada a função de dizer de modo o final o direito pretendesse desconsiderar ou usurpar a função dos demais: a função de fazer escolhas políticas. É um meio hábil e prático perceptível por todos os juízes. Como foi mostrado, essa percepção é bastante comum na aplicação judicial do Direito Regulatório. O controle não precisa, e nem deve ter, geralmente, o mesmo nível de especialidade dos controlados. O importante é que tenha o conhecimento necessário para desempenhar bem o controle, não um que possibilite a substituição da decisão do controlado ou uma decisão "superior". A não ser que o objetivo seja propor um bicameralismo entre instituições – não deve ser perdida de vista a dificuldade ou limitação do diálogo institucional ou constitucional no Brasil nem os custos (e perdas) e os possíveis ganhos de uma proposta como esta.

Em linha com o que foi dito acima, é preciso reconhecer, no entanto, que a postura formalista importa em autorrestrição. Mas é possível que os juízes concordem em se autolimitar. Essa postura não é nenhuma novidade para o jurista. Pelo contrário, um dos pontos de distinção entre a sua racionalidade (a jurídica) e a racionalidade comum é justamente o fato de estar treinada para acatar e fazer cumprir escolhas de terceiros, ainda que não concorde com elas. Por outro lado, a partir do momento em que tomam consciência de suas tendências cognitivas (negativas), como as perspectivas comuns à sua categoria profissional e classe social, podem trabalhar para evitá-las ou adotar posturas que a superem – como a adoção do formalismo. Também têm capacidade de perceber que a sua tarefa possui limitações que lhe são próprias. Afinal, não haveria sentido em desenvolver um órgão de controle com capacidade decisória idêntica à dos órgãos controlados, quanto mais quando se trata de um controle externo; a não ser que se quisesse um procedimento decisório bicameral interpodere ou quadricameral, nos casos das leis (Câmara dos Deputados, Senado Federal, Executivo e Judiciário). Não se deve esquecer que a capacidade decisória é determinada não só pela capacidade de colher todas as informações relevantes, processá-las e decidir, mas também pela capacidade de realizar tudo isso no limite temporal exigido pelo seu ofício. E não há como o Judiciário processar todas as informações e conhecimentos relevantes

a todas as questões jurídicas suscitadas por toda a legislação produzida. Na verdade, a maioria delas não passa pelo crivo judicial. Além do quê, as mais importantes acabam sendo decididas pelos poucos servidores públicos (magistrados) que compõem a última instância judicial, o que, por si, revelaria parte da desvantagem epistêmica do Judiciário frente ao Executivo e ao Legislativo.

Ademais, foi reforçada, nos últimos anos, com o advento das Constituições do pós-guerra e pós-regimes de exceção, a prática de deixar aos tribunais, juridicamente, a palavra final sobre o que é ou não legal/constitucional. O paradoxo da onipotência foi, então, deslocado do Executivo (e/ou do Legislativo) para o Judiciário. No Brasil, esse deslocamento foi especialmente amplificado pela interpretação judicial da Constituição brasileira de 1988 após a década 1990, com auxílio e incentivo de grande parte da doutrina jurídica nacional. O plano operacional permite identificar que o formalismo estratégico seria um meio apto para os juízes superarem esse paradoxo, ou seja, abrirem mão de parcela de seu poder jurisdicional de modo a manter, tornar mais eficaz ou mesmo ampliar o seu poder jurisdicional. O formalismo estratégico é um meio muito mais apto do que simplesmente uma boa argumentação na fundamentação das decisões judiciais, o que, aliás, a doutrina acusa os tribunais brasileiros de não fazer.

Outro aspecto institucional importante é a relação entre as instituições para assegurar a ordem constitucional, consequentemente a relação entre política e o Direito Constitucional. A sustentação do sistema constitucional depende da mesma política que ele visa regular. Têm papel decisivo na manutenção da ordem constitucional, portanto, os poderes políticos. Como mostram as obras de Ackerman e de Griffin, dificilmente um tribunal conseguiria impedir os poderes políticos de violarem as normas constitucionais, caso realmente se mobilizassem nesse sentido. Todavia, não é pelo fato de a política deixar uma margem estreita de ação para a jurisdição constitucional que os possíveis erros interpretativos cometidos pelo tribunal serão sempre corrigidos pelos poderes políticos. Isso não é verdade. Identificou-se que para haver esse tipo de atuação, seria preciso não apenas um ou alguns erros interpretativos graves por parte da jurisdição constitucional, mas um erro muito grave ou vários erros graves capazes de fazer com que as demais instituições entendam que vale a pena criar uma instabilidade institucional e evidenciar a limitação decisória do tribunal e/ou a confiabilidade de suas decisões. Curiosamente, em razão da estabilidade política e institucional que gozamos atualmente, as demais instituições absorvem e somatizam em nível razoável as decisões

erradas/ruins ou muito erradas/ruins que possam ser tomadas pelo Judiciário, em nome da manutenção da estabilidade institucional. Portanto, é importante defender um método de interpretação constitucional que evite erros interpretativos durante a jurisdição constitucional.

Outra ideia que reforça a defesa da adoção da postura interpretativa formalista deferencial pelo Judiciário é a que afirma ser mais interessante estimular os três poderes a serem centros promotores dos direitos e garantias fundamentais do que defender uma atuação forte do Judiciário na criação e garantia dos direitos fundamentais, especialmente em virtude da dificuldade de haver um diálogo institucional ou constitucional no Brasil. Não ficaríamos dependentes de apenas um poder (o Judiciário) nessa tarefa. E, pior, do poder com a menor vantagem epistêmica, menor condição (capacidade) interpretativa e menor força política. Como revela o paradoxo da onipotência, os tribunais apenas mantêm ou intensificam um papel de relevo na manutenção da ordem constitucional-democrática na medida em que atuam com comedimento, autorrestringindo-se. Embora essa assertiva seja realmente paradoxal numa análise conceitual-abstrata, ela é bastante correta e coerente no plano operacional, no mundo real.

Em resumo, identificou-se que a doutrina brasileira exige uma postura interpretativa do Judiciário no campo do Direito Regulatório que ele não tem condição de implementar. O baixo nível e qualidade das fundamentações das decisões judiciais nesta seara, apontadas pela doutrina nacional, reforça essa constatação. A postura deferencial do STF e do STJ em relação aos atos administrativos regulatórios, em geral, também. O resultado do esforço do Judiciário em atender a exigência de aplicação de interpretações não formalistas (pós-positivistas, neoconstitucionalistas, teleológicas etc.) são não apenas decisões frequentemente mal fundamentadas, mas também, muitas vezes, um direito ruim, no caso concreto e em geral. Incrementa a incerteza jurídica, o risco de erros judiciais, os custos com a decisão, com esses erros e com o reparo desses erros, quando possíveis, e um “engessamento” do Legislativo e do Executivo, sem, no entanto, minimamente garantir um incremento na qualidade da decisão do caso concreto e, muito menos, do direito como um todo. A adoção do formalismo maximilianista ou deferencial, pelo juiz, no Direito Regulatório, ainda quando incidentes normas constitucionais, não só ajusta melhor a metodologia interpretativa às capacidades dos juízes e permite uma maior agregação de conhecimentos e perspectivas pelos

legisladores e servidores do Executivo na política regulatória, como também possibilita um controle suficiente bom sobre os atos jurídicos em geral e, em especial, os atos do Legislativo e do Executivo para a defesa de direitos e preservação da ordem constitucional-democrática. Essa postura interpretativa não só permite um incremento na certeza do direito aplicável, a diminuição dos custos e de erros na aplicação do direito em geral, como também permite ao Legislativo e ao Executivo, que possuem vantagem decisória epistêmica, adotarem interpretação não formalista do Direito Regulatório, contribuindo para clarear e especificar os pontos vagos, ambíguos e principiológicos do texto constitucional e infraconstitucional. Ao final, ter-se-ia uma aplicação do Direito Regulatório não formalista.

Pelo exposto, e especialmente no caso do Direito Regulatório, seria pouco arriscado apostar que o juiz super-humano de Dworkin não fosse Hércules, mas sim, na verdade, Ícaro.