

As agências reguladoras devem ser formalistas?

Must regulatory agencies be formalistic? ¹

Dalton Robert Tibúrcio²

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha³

Resumo

O artigo investiga as razões por que as agências reguladoras podem escolher entre ser ou não um intérprete formalista. Pretende-se mostrar a necessidade de abandono de posições puramente conceituais ou fundamentalistas em relação à teoria da interpretação jurídica. A metodologia empregada é um comparativo teórico entre a justificativa do formalismo jurídico presente em Frederick Schauer, com a proposta de Cass R. Sunstein de maior protagonismo das questões empíricas nas discussões sobre o formalismo jurídico e as adesões e objeções a esta proposta lançadas por Adrian Vermeule. Discute-se a posição qualificada das agências reguladoras como intérpretes da lei, a partir de determinadas características institucionais, como a legitimação democrática, a especialização técnica e os procedimentos de tomada de decisão. O artigo conclui que a escolha entre uma postura mais ou menos formalista decorre de fatores circunstanciais e empíricos, em conexão com a busca pelo melhor desempenho das instituições.

Palavras-chave: Formalismo jurídico; teoria institucional; questões empíricas; interpretação jurídica.

¹ Recebido em: 04/12/21. Aprovado em: 28/08/21.

² Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Integrante do Laboratório de Estudos Institucionais – LETACI, atuando na linha de pesquisa “Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais”. E-mail: daltonrobert2014@gmail.com

³ Professor da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Coordenador do Laboratório de Estudos Institucionais – LETACI. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com

Abstract

The article investigates the reasons why regulatory agencies may choose between being a formalist interpreter or not. It is intended to show the need to abandon purely conceptual or fundamentalist positions regarding the theory of legal interpretation. The methodology employed is a theoretical comparison between Frederick Schauer's justification of legal formalism, Cass R. Sunstein's proposal for a greater role for empirical issues in discussions about legal formalism, and Adrian Vermeule's adhesions and objections to this proposal. The qualified position of regulatory agencies as interpreters of the law is discussed, based on certain institutional characteristics, such as democratic legitimation, technical expertise, and decision-making procedures. The article concludes that the choice between a more or less formalist posture derives from circumstantial and empirical factors, in connection with the search for the best performance of institutions.

Keywords: Legal formalism; institutional theory; empirical questions; legal interpretation.

Introdução

A teoria institucional da interpretação jurídica não é puramente conceitual ou fundamentalista. As visões puramente conceituais compreendem a teoria da interpretação como única, sem variação em função das características institucionais do intérprete. Por sua vez, as posturas fundamentalistas, quando aplicadas à interpretação administrativa, se manifestam em duas posições fixas antagônicas: uma postula que a Administração deve adotar sempre uma interpretação formalista, ditada pela legalidade administrativa; outra, ao contrário, pugna pela prevalência de uma postura instrumental, por conta das funções atribuídas à Administração Pública. A teoria institucional da interpretação, por sua vez, reclama que se leve em conta tanto o intérprete (quem interpreta) quanto as circunstâncias institucionais (o contexto da interpretação).

O panorama de fundo do presente artigo é a discussão sobre o papel das características empíricas das instituições sobre a teoria da interpretação. O objeto de análise, que delimita o problema geral, são os fundamentos da escolha interpretativa pelas agências reguladoras, a partir da análise das justificativas institucionais do formalismo jurídico. A hipótese a ser investigada é a de que as agências devem gozar de maior liberdade, em comparação com o Judiciário, para escolher entre uma postura formalista ou não formalista, em

função de determinadas características institucionais que revelam o maior grau de atendimento aos valores da tecnocracia e da democracia. Em suporte à hipótese, destaca-se o argumento de que a justificação da escolha dos métodos de interpretação está ligada à performance desejável das instituições. Dessa forma, não se pode abrir mão da investigação empírica nas discussões sobre o formalismo jurídico. A necessidade de comparação entre as instituições não deve dissimular as dificuldades da complexa tarefa de definir as características que importam para as escolhas interpretativas.

A metodologia empregada é um comparativo teórico entre a justificativa do formalismo jurídico presente em Frederick Schauer, ligada aos mecanismos de distribuição de poder, com a proposta de Cass R. Sunstein de maior protagonismo das questões empíricas nas discussões sobre o formalismo jurídico e as adesões e objeções a esta proposta lançadas por Adrian Vermeule. O artigo aproveita esse quadro analítico para discutir o desenho institucional brasileiro, uma vez que as questões conceituais suscitadas pelos autores são aplicáveis a contextos distintos daqueles de origem.

É necessária uma ressalva quanto ao marco teórico. O formalismo jurídico apresentado no presente artigo se inspira no modelo de tomada de decisões com base em regras de Schauer, sem a pretensão de descrevê-lo inteiramente. Ao mesmo tempo, o artigo não se preocupa em fazer uso fiel das categorias “capacidades institucionais”, “efeitos sistêmicos” e “propriedades emergentes”, desenvolvidas por Sunstein e Vermeule, como ferramentas para investigar o objeto de pesquisa. Em vez disso, o artigo apenas se vale da máxima institucional de que questões empíricas não podem ser desconsideradas nas discussões sobre os métodos de interpretação, a fim de afastar posições fundamentalistas sobre o formalismo jurídico. Esse sincretismo decorre da tentativa de articular esses dois marcos teóricos – o formalismo baseado em regras e a teoria institucional – para verificar a hipótese de maior liberdade metodológica na interpretação feita pelas agências reguladoras.

1. O formalismo como interpretação fortemente vinculada ao texto

O adjetivo formalista muitas vezes é empregado pejorativamente.⁴ A visão desqualificadora do formalismo relaciona o termo a um atuar mecânico na aplicação da lei. No Direito Administrativo, essa noção negativa do formalismo está associada a uma compreensão desde sempre equivocada da legalidade, que idealiza a Administração como um braço autômato do legislador. Não é esse o sentido em que se quer utilizar o termo. No presente artigo, formalismo jurídico é entendido como uma estratégia de escolha interpretativa que visa a restringir a discricionariedade do intérprete, vinculando-o ao texto objeto da interpretação.

O formalismo como restrição de escolha (limitação à discricionariedade interpretativa) não nega que o intérprete atua fazendo escolhas diante da norma, mas requer que o intérprete se reconheça vinculado ao texto, mesmo quando entenda que o sentido literal do texto é contrário a outras considerações relevantes, tais como: a intenção do legislador revelada pela história do processo legislativo; o propósito da regulação jurídica; os valores morais e políticos do intérprete ou da comunidade jurídica; a necessidade de atualização do sentido da norma pela passagem do tempo; o sentido revelado pela interpretação conjugada do texto com outras regras jurídicas; as consequências fáticas da aplicação da regra jurídica etc.⁵ Schauer⁶ aponta que a postura antagônica ao formalismo é o particularismo maximamente contextual, em que há ampla liberdade do decisor para levar sempre todas as circunstâncias relevantes em consideração, inclusive as justificações substantivas por trás das regras, para além do texto e mesmo contra a regra a ser interpretada.

⁴ O formalismo jurídico já foi associado a ideias muito diversas na teoria jurídica. Assim, abordar o formalismo exige delimitar o objeto da análise. Cf. KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (eds.). **Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences**. Amsterdam-Paris-New York-Oxford: Elsevier, 2001. p. 8634-8638.

⁵ Cf. SCHAUER, Frederick. Formalismo. Tradução de Diego Werneck Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95-100; VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge (Massachusetts); London: Harvard University Press, 2006. p. 40-59.

⁶ SCHAUER, Frederick. Formalismo. p. 114.

A generalização com que as regras são formuladas implica em problemas de inclusão na regra geral de mais casos do que se deveria em relação a seu fundamento (sobreinclusão) e de inclusão na regra geral de menos casos do que se deveria (subinclusão). Schauer indica, por exemplo, a regra que diz “é proibida a entrada de cães neste restaurante”, cujo fundamento de base é assegurar a tranquilidade dos clientes. A eleição do predicado fático decorre da crença de que há uma probabilidade de que a presença de cães em restaurantes perturba a tranquilidade dos clientes. No entanto, essa regra pode se revelar, desde sua origem, sobreinclusiva, pois proíbe também a entrada de cães silenciosos e adestrados, cuja presença não incomoda os clientes do restaurante, como também subinclusiva, pois não é capaz de proibir a entrada de outros animais que também perturbam os clientes.⁷

O modelo particularista é idealmente superior ao formalismo para lidar com os problemas de sobreinclusão e de subinclusão, na medida em que sempre estará aberto ao intérprete excluir ou incluir da regra o que lhe excede ou lhe falta. O formalismo, ao rejeitar os particularismos, admite conviver com resultados imperfeitos para esses problemas. As regras revelarão o seu caráter de regras, na medida em que se apresentem como razões decisivas para decidir⁸, indicando a consequência a ser aplicada e impedindo que o intérprete rediscuta a cada caso as razões subjacentes à formulação da regra. Se o intérprete não se relaciona com a regra dessa forma, ela pode ser sempre derrotada por outras considerações, deixando de ser uma razão decisiva para decidir. Destaca Schauer⁹ que uma razão que não é capaz de resistir a qualquer outra razão não é de forma nenhuma uma razão para decidir. Enquanto o intérprete particularista encara o texto da regra apenas como o início do processo de descoberta da verdadeira norma, o intérprete formalista

⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press. 1991. p. 32-34.

⁸ ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade. Tradução de Thalia Simões Cerqueira. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178-179.

⁹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. p. 118.

leva a regra a sério, para “encarar o texto como objeto último de referência e pelejar junto a ele para determinar o resultado”.¹⁰

O formalismo como estratégia interpretativa fortemente vinculada ao texto não defende que sempre é possível atribuir um sentido claro e inequívoco ao texto. O que se rejeita é a ideia de que nunca há um sentido claro e evidente que decorra do texto legal, ou a pretensão defendida por Fuller¹¹ de que o sentido da norma só pode ser alcançado quando se levam em consideração os propósitos por trás da regra. Como ressalta Schauer, ainda que o significado não possa ser absolutamente desvinculado de algum contexto linguístico, isso não impede reconhecer que “palavras comunicam significado de forma pelo menos parcialmente independente da intenção do falante”.¹² O formalista reconhece que há textos ambíguos, contraditórios e lacunosos. O formalista propõe a vinculação ao sentido claro da lei quando ele existir; havendo ambiguidade, o intérprete deve ainda assim se considerar vinculado ao máximo de sentido contido no texto, optando por estratégias textualistas e reduzindo o material de consulta além do texto.¹³ O formalista, por outro lado, pode admitir que sua vinculação ao texto seja uma questão de grau (ou de peso), afastando a aplicação da regra diante de resultados totalmente absurdos e mantendo-se vinculado a ela quando o resultado, ainda que não seja o mais adequado, não seja um completo absurdo.¹⁴ Schauer¹⁵ esclarece que uma regra para ser imperativa deve oferecer resistência a ser derrotada por outras razões para decidir, mas ela pode acabar não sendo aplicável por fatores particularmente exigentes. O intérprete plenamente vinculado ao texto e o intérprete plenamente liberto do texto são tipos ideais

¹⁰ STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

¹¹ FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge (Massachusetts), v. 71, n. 4, p. 630-372, feb. 1958.

¹² SCHAUER, Frederick. Formalismo. p. 89-90.

¹³ SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-670, 1999. p. 640.

¹⁴ SCHAUER, Frederick. Formalismo. p. 111-114.

¹⁵ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. p. 117-118.

que representam os extremos de um contínuo.¹⁶ A estratégia formalista é aquela que tem a vinculação ao texto como um norte, que pode ser alcançado em diferentes graus.

2. A justificação do formalismo

O tema central da discussão de Schauer é o paradoxo entre a necessidade de se ter regras e a irracionalidade do ato de segui-las. Quando sujeitos racionais decidem adotar regras como padrão decisório, para melhor atingir seus objetivos, eles sabem que estão limitando o acesso a todas as razões relevantes para decidir. Assim, regras são uma forma de irracionalidade decisória. Alexander¹⁷ denomina essa questão como a lacuna (*the gap*) entre seguir o que as regras indicam ou seguir aquilo que consideramos correto, após levar todas as coisas em consideração. Segundo Alexander, essa lacuna decorre não apenas da nossa falibilidade como autores das regras, mas também da nossa falibilidade como seguidores de regras. Como autores das regras não conseguimos evitar o problema de sobre ou subinclusão ao criá-las; já como seguidores de regras, não podemos dispensá-las, pois é mais fácil alcançar os objetivos impostos por nossos princípios morais se formos governados por regras específicas, mais claras e controláveis, do que diretamente pelos próprios princípios morais.

Se o particularismo é superior ao formalismo nas situações em que a regra entra em confronto com suas razões substantivas, como o formalismo pode ser justificado? Há argumentos justificadores do formalismo ligados ao dever dos juízes de respeitar os limites traçados pelo legislador, sob pena de vulneração ao Estado de Direito e à separação de poderes.¹⁸ Essas justificações se baseiam em conceitos abertos e têm pouco a revelar sobre como o tomador de decisão real deve atuar diante da escolha da estratégia

¹⁶ SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 640.

¹⁷ ALEXANDER, Larry. The Gap. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge (Massachusetts), v. 14, n. 3, p. 695-702, 1991. p. 696.

¹⁸ TAMANAHA, Brian Z. How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law. **DePaul Law Review**, Chicago, v. 56, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper n. 06-0061.

interpretativa.¹⁹ Argumentos relacionados a ganho de previsibilidade, coordenação, perícia e eficiência também atuam em favor de um modelo de regras²⁰, mas nesse caso a justificação é para o formalismo do sistema jurídico como um todo e não propriamente para o formalismo enquanto relação entre o intérprete e o texto da regra jurídica.

Schauer²¹ aponta que o problema com as abordagens particularistas está na constatação de que o poder conferido a juízes para invalidar a aplicação de uma lei, por lhes parecer absurda ou desatualizada, implica também no poder de errar a respeito disso e acabar invalidando uma lei que foi considerada equivocadamente como absurda ou desatualizada, simplesmente porque os juízes a interpretaram de maneira inadequada. Juízes de carne e osso erram e nem sempre a sociedade está disposta a tolerar esses erros, preferindo que sigam o sentido imediato das regras gerais ao invés de acessarem a cada caso as razões que fundamentam a regra. Ao expor que o modelo de decisão por regras é uma forma de conscientemente restringir o poder de tomadores de decisão falíveis, Schauer destaca: “devemos, portanto, determinar o grau de restrição que queremos impor sobre os bons tomadores de decisão com o fim de, simultaneamente, incapacitar os maus”.²² Após levar todas as questões pertinentes em consideração, podemos concluir que a regra deveria conter uma exceção; no entanto, podemos não confiar em nossas capacidades – quando agindo seguindo as regras e não quando agimos criando as regras – de aplicar corretamente as exceções, de maneira que “uma exceção pode levar a um saldo desfavorável de aplicações incorretas *versus* corretas da exceção”.²³ Além dessa argumentação relacionada à redução de erros, o formalismo se justifica por uma questão de reconhecimento de competência à autoridade legitimada para avaliar as razões substantivas por

¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 662-666; VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 42-44.

²⁰ ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade. p. 166-186.

²¹ SCHAUER, Frederick. The practice and problems of plain meaning: a response to Aleinikoff and Shaw. **The Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 45, n. 3, p. 715-742, apr. 1992. p. 741.

²² SCHAUER, Frederick. Formalismo. p. 109.

²³ ALEXANDER, Larry. The Gap. p. 695-696 (tradução nossa).

trás das regras.²⁴ A fraqueza do modelo particularista é não perceber que a decisão sobre a postura interpretativa envolve uma metadecisão sobre os mecanismos de distribuição de poder. Schauer esclarece que decidir com base em regras é aceitar a existência de um certo número de resultados subótimos (nas situações de subinclusão e de sobreinclusão das regras em relação a seus propósitos); a questão que o sistema jurídico deve definir não é se as regras devem ou não ser aplicadas diante de resultados absurdos, mas quais tomadores de decisão terão competência para reconhecer que um resultado é ou não absurdo.²⁵ Nesse ponto, a análise de Schauer se aproxima das questões que são caras à teoria institucional de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule.

3. A teoria institucional

A escolha entre as posturas interpretativas não deve ser entendida em termos absolutos, mas está condicionada a considerações institucionais. Segundo Sunstein e Vermeule²⁶, as teorias sobre interpretação jurídica devem assumir um viés institucional realista e empírico, afastando-se de visões abstratas que desconsideram completamente o papel das instituições ou incorporam as instituições apenas de modo estilizado ou assimétrico.²⁷ Para alcançar os seus objetivos, essa virada institucional debate especialmente dois aspectos empíricos. Primeiro, discute as capacidades institucionais, ao

²⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. p. 162.

²⁵ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. p. 214-215.

²⁶ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 885-951, feb. 2003.

²⁷ O esforço para se levar a sério o debate sobre instituições no Direito foi apresentado por Neil K. Komesar, em uma crítica às abordagens institucionais ainda caricaturais. A crítica de Komesar era dirigida às descrições parciais dos problemas das instituições, sem que houvesse um esforço efetivo para uma comparação entre falhas e virtudes reais das instituições. Komesar destaca que a escolha institucional (quem decide) é também uma escolha sobre o que se decide. Komesar sustenta que a discussão apenas sobre objetivos sociais não é capaz de revelar nada sobre o Direito e a Política, se as questões relativas às escolhas institucionais forem deixadas de lado; e propõe que a análise institucional não pode ser unidimensional, pois é preciso sempre realizar um esforço de comparação entre os méritos e os defeitos das instituições; e por fim, como as instituições incluem interações complexas entre muitos participantes, conclui que a análise institucional exige atenção à ação de todos os participantes. Cf. KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives**: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1994. p. 3 e 271-272.

sustentar que as teorias sobre interpretação jurídica devem incorporar a indagação sobre a comparação empírica das habilidades e das limitações das instituições, levando-se em conta os custos da possibilidade de erros do tomar de decisões, na busca de soluções a problemas concretos. Além disso, discute o argumento dos efeitos sistêmicos, ao indicar que a decisão sobre os métodos de interpretação deve levar em conta as possíveis reações das demais instituições a essa escolha. Conectado a esse último aspecto empírico, a visão institucional destaca as propriedades emergentes das instituições, enquanto elemento que embora resultante dos efeitos sistêmicos das interações entre os membros das instituições e das instituições em si, difere das propriedades singulares dos seus integrantes.²⁸

Vermeule defende que a análise institucional é indispensável para qualquer consideração sobre a interpretação jurídica. Assim, a questão fundamental no Direito nunca é uma pergunta do tipo “como se deve interpretar determinado texto?”; o ponto central sempre será “como uma instituição em particular, considerando-se suas particularidades, deve interpretar um texto?”. A partir dessa tese metodológica, Vermeule assume como alvo as teorias interpretativas conceituais, que para o autor expressam modelos de *first best*, ao invés de ceder às considerações de *second best* impostas pela realidade institucional. Aduz Vermeule que o conceitualismo nunca poderá fornecer uma resposta adequada sobre como um juiz decidirá, em um nível operacional. O procedimento decisório deve ser formulado a partir de considerações de *second best*, que levem em conta as capacidades institucionais dos tomadores de decisão e os efeitos sistêmicos das decisões.²⁹

Vermeule sobreleva o viés consequencialista na defesa do formalismo. Para Vermeule, há boas razões para que juízes prefiram ficar na superfície do texto legal, na maioria das vezes, do que constantemente contestá-los com argumentos de contexto social, de propósitos legislativos ou valores públicos etc. No conjunto dos casos a decidir, há tanto aqueles considerados fáceis

²⁸ Cf. VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 3-5.

²⁹ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 1-2 e 13.

como os difíceis, de maneira que a questão primordial é definir qual estratégia interpretativa garantirá, no agregado, uma melhor combinação de resultados. A defesa do formalismo, em Vermeule, assume um argumento institucional: a busca da instituição melhor capacitada para interpretar a lei. Vermeule defende o formalismo porque os custos (a possibilidade de erro) de um regime que permite uma atuação mais flexível e criativa dos juízes são maiores que os custos de um regime que aloca a competência interpretativa no Legislativo e no Executivo.³⁰

Vermeule compreende que a escolha interpretativa feita pelos juízes se dá apenas com base em intuições sobre como, de fato, a metodologia irá atuar; considerando que não há dados empíricos para solucionar essas controvérsias, vive-se um impasse entre as intuições empíricas divergentes. Os juízes, portanto, julgam em uma situação de incerteza, pois não têm todas as informações necessárias para calcular o custo ou benefício esperado de suas decisões. Nesse cenário, sugere Vermeule que os juízes se recusem a ampliar o material de interpretação para além do texto da regra; a redução do número de informações para o tomador de decisões é melhor, pois limita a possibilidade de cometimento de erros. Vermeule também sustenta que os juízes não devem se valer de argumentos que apelem a que os legisladores se vejam forçados a deliberar, pois não há informação empírica confiável de como o Congresso reagiria a um Judiciário não formalista.³¹

A posição de Sunstein em relação ao formalismo jurídico é mais flexível. Sunstein reconhece que o particularismo é um aspecto importante para o Direito, uma vez que as regras devem conter exceções, ainda que implícitas, diante de consequências desastrosas na sua aplicação.³² Ao mesmo tempo, Sunstein indica que a escolha entre formalismo ou particularismo não é solucionada pelas regras em si, mas depende de alguma análise de custo-benefício; assim, conclui o autor, a discussão sobre os métodos de

³⁰ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 44 e 65.

³¹ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 132-135, 153-163 e 173-176.

³² SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2018, p. 27 e 139.

interpretação é, na verdade, um debate sobre quais práticas institucionais tornam um sistema jurídico melhor.³³

A justificação do formalismo, portanto, tanto em Schauer quanto na teoria institucional de Sunstein e de Vermeule, para além dos argumentos conceituais e abstratos, apoia-se na performance desejável das instituições.

4. Questões empíricas e formalismo

A metodologia a ser empregada por uma instituição na interpretação jurídica depende de considerações empíricas sobre o que se espera dela. Esse argumento é defendido por Sunstein, ao apontar que a discussão sobre o formalismo jurídico deve ser enfrentada em face de certas questões fáticas. Não se trata, a rigor, de uma defesa do formalismo, mas do reconhecimento da relevância da análise empírica no debate sobre interpretação jurídica, cuja negligência tem sido combatida pela teoria institucional. Para Sunstein, a defesa do formalismo envolve indagações fáticas sobre a capacidade das instituições – do legislador, dos tribunais e das agências administrativas – e do modo como elas interagem, a fim de se buscar uma estratégia com menores custos de decisão e de erro. Segundo Sunstein, por exemplo, o formalismo como estratégia para forçar o Congresso a agir sem ambiguidades teria uma justificativa mais forte em sistemas em que o legislador possui mecanismo de reação a um custo relativamente baixo; já nos sistemas em que o legislador costuma ser incompetente e desatento, a defesa do formalismo perderia força. A proposta de Sunstein resulta em uma ampla agenda de pesquisa empírica, a fim de testar os incentivos criados pelo formalismo e as respostas das instituições a esses incentivos.³⁴

Para Sunstein³⁵, um acordo teoricamente incompleto sobre dados empíricos pode aproximar formalistas e não formalistas. O autor não nega a importância de questões teóricas de maior profundidade, como legitimidade e democracia, para uma teoria da interpretação jurídica; apenas indica que, mesmo não se alcançando um consenso teórico a respeito de tais questões, é

³³ SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. p. 182 e 218.

³⁴ SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 659-661.

³⁵ SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 642.

possível avançar no debate sobre o formalismo a partir de considerações mais estreitas sobre questões empíricas. A ideia é que as posições a favor e contra o formalismo assumem, muitas vezes, aspectos de crenças fixas, impossibilitando um debate produtivo; para superar o impasse, a discussão deve ser menos ambiciosa, sobre aspectos fáticos do funcionamento das instituições, sem a preocupação de uma elaboração teórica abrangente. Trata-se de uma aplicação do argumento dos acordos teoricamente incompletos: os participantes de um sistema político ou jurídico, em cenários de pluralismo, são capazes de concordar com um resultado particular e com uma explicação estreita ou de médio nível sobre como se chegou a esse resultado, sem a pretensão, por razões de mútuo respeito, de formulação de uma teoria abrangente sobre o tema.³⁶

Bustamante aponta uma falácia antiteórica no argumento de Sunstein: “alegar que a análise empírica pode ser suficiente para escolher uma teoria interpretativa falha porque qualquer teoria interpretativa é, por definição, normativa, requerendo um pressuposto normativo como ponto de partida”.³⁷ Aduz Bustamante que, no caso do argumento de Sunstein, a tentativa de aproximar formalistas e não formalistas e fornecer as bases da discordância sensata entre eles se fundamenta em um argumento moral de defesa do valor dos acordos teoricamente incompletos. De toda forma, ressalta Bustamante, persiste o argumento da necessidade de que as circunstâncias empíricas sejam levadas a sério nos relatos teóricos do Direito e da argumentação jurídica, indicando que “a escolha de uma teoria de interpretação jurídica ou constitucional dependerá tanto de provas empíricas como de juízos de valor justificados por considerações filosóficas”.³⁸ Uma leitura mais generosa do argumento de Sunstein leva à conclusão de que o autor não propõe uma discussão exclusivamente empírica, que desconsidere a relevância das

³⁶ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. **Harvard Law Review**, Cambridge (Massachusetts), v. 108, n. 7, p. 1733-1771, 1995.

³⁷ BUSTAMANTE, Thomas. Anti-Theoretical Claims about Legal Interpretation: The Argument behind the Fallacy. In: Bustamante, Thomas; Dahlman, Christian (eds.). **Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation**. Heidelberg; New York: Springer, 2015. p. 107 (tradução nossa).

³⁸ BUSTAMANTE, Thomas. Anti-Theoretical Claims about Legal Interpretation: The Argument behind the Fallacy. p. 109 (tradução nossa).

questões teóricas sobre a interpretação jurídica. Nesse sentido, Lopes, em uma análise mais abrangente do pensamento de Sunstein, ressalta que o autor não nega a necessidade de interpretação dos dados e de formulação teórica normativa, a partir do material empírico, mas ressalta que Sunstein “[a]penas insiste que a teoria pura, sem quaisquer referências empíricas, pode levar a debates jurídicos estéreis”.³⁹

Diante da alegação de que um argumento normativo é sempre necessário para estabelecer o padrão sobre o que se considera um erro de interpretação, sem o qual não se pode avaliar o comportamento das instituições, Vermeule oferece duas respostas. Primeiro, destaca que qualquer teoria normativa não pode dispensar uma análise realista sobre a capacidade das instituições de implementá-la. Não basta eleger o propósito do legislador ou a rejeição a resultados absurdos como o padrão para definir um erro de interpretação; é preciso saber se o intérprete real tem condições de errar mais ou menos na busca pelo propósito do legislador e na definição de um resultado absurdo, ao invés de se manter próximo ao texto. Se o intérprete está sujeito a um julgamento desinformado ou enviesado, vale mais apostar no formalismo, como uma estratégia de segunda ordem, em vez de buscar implementar a estratégia ideal e, com isso, provocar mais erros no agregado. Em segundo lugar, prossegue Vermeule, é possível ignorar o que uma teoria normativa sobre o erro exige, sempre que as considerações sobre as capacidades das instituições sejam suficientes para levar a uma concordância sobre quais regras de interpretação devem ser aplicadas no nível operacional. Vermeule aponta, por exemplo, que intencionalistas e textualistas podem concordar que se deve excluir a pesquisa sobre o processo legislativo na interpretação, os primeiros porque acreditam que, assim fazendo, estarão diminuindo o cometimento de erros sobre a descoberta da intenção do legislador e reduzindo os custos do litígio, enquanto os segundos porque creem que assim diminuem as chances de erros na determinação do sentido literal, além de reduzir os custos de litígio; ambos, apesar de suas diferenças quanto às teorias

³⁹ LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o Juiz Hércules?** Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 269 f. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2020. p. 161.

normativas de alto nível que os informam, são capazes de concordar no nível operacional. Em suma, considerações institucionais empíricas são sempre necessárias ou mesmo suficientes para resolver problemas de escolha interpretativa no mundo real.⁴⁰

5. As agências como intérpretes qualificados da lei

A escolha por um modelo formalista é contextual e depende de considerações sobre o que se espera do tomador de decisões. Em alguns contextos decisórios, aponta Struchiner, “nós podemos confiar mais naqueles que criaram as regras do que naqueles que têm de aplicar a decisão. Isso pode variar de tempos em tempos e de domínio de decisão para domínio de decisão”.⁴¹ Não há, portanto, nenhuma incongruência em afirmar que pode haver boas razões para que o Judiciário, em regra, seja formalista ao passo que as agências administrativas tenham maior liberdade na escolha entre formalismo e não formalismo, desde que isso resulte, no geral, em menores custos de decisão e de erro.⁴² A questão reside em como justificar essa diferença de postura interpretativa.

Segundo Vermeule, além da maior legitimação democrática, as agências estão mais bem posicionadas do que juízes generalistas para investigar e compreender as nuances da interpretação das leis que regem o setor regulado; por lidarem com um número menor de questões jurídicas, serem dotadas de expertise técnica e estarem inseridas na área do Direito em que atuam, as agências podem investigar o processo legislativo, realizar interpretações sistemáticas e comparações intertextuais, fazer prognósticos sobre as consequências das decisões, utilizar métodos de interpretação para preencher lacunas e identificar o propósito da regulação jurídica a um custo de erro e de

⁴⁰ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 79-83.

⁴¹ STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479.

⁴² SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 660.

decisão mais baixo. Por isso, as agências podem optar por estratégias interpretativas que juízes generalistas racionalmente rejeitam.⁴³

De um modo geral, as vantagens comparativas das agências administrativas em relação ao Judiciário na interpretação da lei se fundam na maior *accountability* e expertise técnica das agências,⁴⁴ além do modo de produção de suas decisões.⁴⁵

As agências reguladoras são dotadas de competências *quasi*-legislativas para editar atos normativos e competências *quasi*-jurisdicionais para resolver conflitos. No exercício dessas funções, as agências deparam-se com problemas de interpretação das leis. A imagem mistificada da Administração como “o braço mecânico do legislador” oculta os dilemas interpretativos reais inerentes ao exercício da função administrativa.⁴⁶ As agências também vivenciam o problema da escolha interpretativa: a decisão sobre métodos e estratégias de interpretação, considerando os custos e benefícios relativos das alternativas disponíveis.⁴⁷ Especialmente em relação a assuntos de ordenação da atividade econômica, a atuação legislativa abre caminho para as agências completarem os espaços deixados não regulados em minúcias pela lei.⁴⁸ As agências são destinatárias de normas atribuidoras de competências regulatórias, que necessariamente envolverão a interpretação de regras jurídicas e o detalhamento de *standards* normativos. Por isso as agências administrativas são intérpretes de primeira linha de um grande espectro de leis que regulam setores da economia.⁴⁹

As agências especializadas, em comparação com os juízes generalistas, insulados e não eleitos, tendem a ter maior expertise e a ser mais responsivas

⁴³ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 212-215.

⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R. Justice Scalia's Democratic Formalism. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 107, p. 529-567, 1997.

⁴⁵ Sunstein ainda aponta que as decisões das agências tendem a ter maior previsibilidade do que as do Judiciário, em função da organização administrativa hierarquizada (SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 661).

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 236.

⁴⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 64.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 409.

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 660.

politicamente.⁵⁰ Trata-se de uma análise comparativa, uma vez que o corpo de funcionários das agências também não é eleito, assim como os juízes; por sua vez, alguns membros do Poder Judiciário são indicados por agentes políticos, assim como os dirigentes de agências reguladoras; além disso, é possível que juízes se cerquem de técnicos para melhor informar suas decisões. Ainda assim, o grau de atendimento aos valores da tecnocracia e da democracia tende a ser maior na esfera administrativa do que na judicial.

As agências detêm certo *pedigree* democrático, em razão de sua vinculação com o chefe do Executivo, que o Judiciário no geral não goza. Sunstein relaciona a legitimação por *pedigree* democrático a uma premissa do realismo jurídico de que “a decisão acerca de como ler ambiguidades na lei não envolve uma onipresença inquietante no céu, mas é um julgamento enfaticamente humano sobre política ou princípio”.⁵¹ A invocação, por Sunstein, da famosa expressão do *Justice* Oliver W. Holmes, Jr.⁵², como síntese do realismo jurídico, mostra que o argumento para a atuação não formalista das agências não é exclusivamente empírico, tendo também uma base teórica.

Assim, a escolha sobre questões políticas (como a solução de ambiguidades na lei) seria mais legítima quando procedida pelas agências. É verdade que alguns membros do Poder Judiciário, especialmente em tribunais superiores, também passam por indicação do Chefe do Executivo e, no caso de ministros do Supremo Tribunal Federal, também por sabatina no Legislativo. De toda forma, comparativamente, dirigentes de agências reguladoras são mais responsivos do que juízes, na medida em que a vinculação aos agentes políticos se dá tanto no momento da investidura quanto no exercício da função, ao menos em relação às orientações gerais da política regulatória para o setor. A teoria da transferência da legitimação democrática decorre tanto da escolha dos dirigentes da agência por agentes políticos (o Presidente da República

⁵⁰ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. p. 209.

⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? p. 660 (tradução nossa).

⁵² Eis o teor da expressão utilizada pelo *Justice* Holmes em seu voto dissidente em *Southern Pacific Co. v. Jensen*: “The common law is not a brooding omnipresence in the sky, but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified; although some decisions with which I have disagreed seem to me to have forgotten the fact.” (UNITED STATES SUPREME COURT. **Southern Pacific Co. v. Jensen**, 244 U.S. 205, 222, 1917).

indica e o nome do candidato é submetido à sabatina e aprovação pelo Senado) como do estabelecimento pelos agentes políticos de balizas de atuação para as agências administrativas.⁵³ No entanto, a alegação do *pedigree* democrático das agências parece dizer pouco, considerando que os dirigentes dessas instituições gozam de garantias legais contra a exoneração *ad nutum* e atuam com autonomia reforçada. Portanto, dirigentes de agências reguladoras também podem padecer do insulamento em relação à política, assim como os juízes, embora em grau diferente. Assim, do ponto de vista exclusivo da transmissão de legitimidade, órgãos administrativos diretamente vinculados ao chefe do Executivo (a Secretaria da Receita Federal, por exemplo) ou entes personalizados sem garantias de autonomia reforçada e sem proteção contra exoneração imotivada de seus dirigentes (o IBAMA, por exemplo) teriam, comparativamente às agências reguladoras, mais razões para maior liberdade na escolha entre estratégias formalistas ou não formalistas. De toda forma, no Brasil, as agências com autonomia reforçada têm maior *pedigree* democrático em comparação com o Judiciário, que ao menos nas instâncias inferiores não conta com a transmissão da legitimação decorrente da indicação por um agente político. Além disso, apesar da autonomia formal dos dirigentes de agências, o grau de efetividade dessa garantia institucional é um tema sujeito à análise empírica, não sendo, de toda forma, comparável às garantias institucionais de independência da magistratura. Por fim, a *accountability* das agências é reforçada por mecanismos de controle *ex post* (como a supervisão congressional e a possibilidade de modificação do marco legal de atuação das agências), cuja efetividade possibilita a reação do Congresso para a correção de rumos.

A legitimação por *pedigree* democrático das agências é complementada por dois outros aspectos: a legitimação pela expertise técnica e a legitimação procedimental.⁵⁴ As agências recebem amplas competências do legislador porque são criadas com a missão de se especializarem em um setor da

⁵³ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 112.

⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. p. 112.

atividade econômica, construindo um corpo técnico para lidar com temas para os quais o Congresso não tem condições de se aprofundar, por razões de limitação de conhecimento e tempo. A expertise técnica é a habilidade que permite ao agente compreender as especificidades do setor regulado e identificar as falhas de mercado e as questões de equidade que justificam a atuação regulatória.⁵⁵ De toda forma, nem todas as questões de interpretação que se apresentam para a decisão das agências estão impregnadas da dimensão técnica ou exigem os conhecimentos especializados da agência. Por outro lado, a expertise técnica é ainda mais reforçada se os mecanismos institucionais de independência da agência em relação ao chefe do Executivo forem efetivos, pois eles promovem o respeito à tecnicidade das decisões. Se as agências são órgãos técnicos especializados (e não generalistas) e independentes, estarão mais bem posicionadas para decidir sobre uma postura formalista ou não formalista, uma vez que os custos de erro e de decisão serão menores que os do Judiciário não especializado.

Por sua vez, os instrumentos de controle social da agência, como os mecanismos de participação social no processo decisório, desde que efetivos, promovem a democratização da atuação regulatória e minimizam os riscos de captura regulatória, garantindo maior transparência. Duarte⁵⁶ aponta que a participação dos diretamente atingidos pela decisão no processo de deliberação é a melhor estratégia para demonstrar que os interesses envolvidos foram corretamente identificados e equilibradamente ponderados pelo órgão tomador de decisões. É mais fácil alcançar a posição de imparcialidade necessária à ponderação dos interesses a partir da participação

⁵⁵ Todas as agências lidam com questões técnicas, ainda que os conhecimentos exigidos sejam distintos. A ideia de que as competências de algumas agências exigem maior tecnicismo do que as de outras dissimula uma tentativa de estabelecer uma hierarquia entre os saberes científicos. Questão distinta é a indagação se todas as agências reguladoras, no caso brasileiro, exercem, de fato, funções regulatórias. Essa indagação decorre da função de fomento exercida pela ANCINE, ao menos até a introdução das explícitas competências normativas atribuídas àquela agência, por meio da Lei nº 12.485/2011. Sobre essa polêmica, veja-se: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 317-318.

⁵⁶ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 502.

e da discussão pelos diretamente afetados pela decisão. Essa constatação decorre daquilo que Nino⁵⁷ chama de o valor epistemológico da democracia: toda decisão tomada de forma isolada não consegue atingir o grau de informação quanto ao peso a ser atribuído a cada interesse que a participação na discussão pelos diretamente atingidos proporciona. Mattos formula o conceito de *accountability* deliberativa vertical, para agasalhar o modelo procedimental de legitimidade das agências reguladoras, em que importa “analisar as condições de participação de grupos de interesse durante o processo decisório sobre a edição de normas e as condições de deliberação sobre o conteúdo da regulação”.⁵⁸ A legitimação procedimental é o contraponto às pressões e influências indevidas a que as agências podem estar sujeitas.

O modo de produção das interpretações administrativas é qualitativamente diferente do modo de produção das decisões judiciais. Na seara administrativa vigoram requisitos procedimentais que as agências devem seguir, de modo a garantir a participação ampla dos diretamente atingidos e do público em geral, além da análise dos impactos regulatórios da tomada de decisão.⁵⁹ A metodologia da análise de impacto regulatório, como a exigência de análise de custo-benefício e a definição de alternativas para o problema regulatório, ampara uma tomada de decisão mais apurada em relação aos custos decisórios e possíveis erros de decisão das agências; essas metodologias não são utilizadas pelo Judiciário. As decisões judiciais, de modo geral, são tomadas de forma autocentrada e adversarial, o que limita a percepção do decisor às suas próprias ideias e às contribuições apenas das partes imediatas do litígio, ainda que esses efeitos sejam mitigados por mecanismos como a colegialidade, as audiências públicas e as intervenções

⁵⁷ NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2011. p. 317.

⁵⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 232.

⁵⁹ A Análise de Impacto Regulatório-AIR consiste em “um processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão” (BRASIL. Casa Civil. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. p. 7). No âmbito da Administração Pública Federal, a matéria encontra-se regulamentada pelo Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.

dos *amici curiae*. Se, por um lado, o ponto de vista do juiz generalista pode contribuir para corrigir o estreitamento de perspectivas do regulador (visão de túnel), não se pode negar, como ressaltam Schauer e Zeckhauser,⁶⁰ que o foco do juiz na ação dos litigantes faz com que a política regulatória baseada em casos individuais, normalmente não representativos da generalidade dos casos, capte uma imagem distorcida do setor regulado. Enquanto juízes mantêm o foco na ação individual, agências se preocupam com o curso de ação da política regulatória geral. Essas diferenças de perspectivas e de procedimento decisório podem levar a diferenças no resultado final da interpretação.

6. A necessidade e as dificuldades do empirismo

Os aspectos fáticos até aqui discutidos dizem respeito mais à dimensão estática do desenho institucional do que à dimensão dinâmica. Levando-se em conta as características do desenho institucional, é de se concluir que o sistema confia mais nas agências reguladoras como instituições não formalistas para interpretar as leis setoriais. Um nível mais avançado de análise empírica, porém, exige verificar o funcionamento do desenho institucional. Nesse nível de análise, aponta Vermeule que muitas das questões empíricas relevantes para definir as escolhas interpretativas são verdadeiramente irrespondíveis, em função do custo e do tempo necessários para a obtenção e análise de dados (são questões que nunca se encerram). Vermeule ressalta que isso não significa que muitas coisas relevantes não possam ser descobertas pela pesquisa empírica, mas destaca que nem sempre haverá tempo para que o Judiciário aguarde as conclusões empíricas sobre questões a resolver.⁶¹ O empirismo, assim, é um projeto necessário, desejável, difícil e

⁶⁰ SCHAUER, Frederick; ZECKHAUSER, Richard. The Trouble with Cases. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation versus Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2011. p. 47-48.

⁶¹ Ainda assim, prossegue Vermeule, o projeto empirista não é inútil, uma vez que várias estratégias de uso de suposições empíricas plausíveis são empregadas tanto pelo Judiciário quanto pela doutrina. São exemplos dessas estratégias: a alocação do ônus da incerteza empírica contra uma das partes (por exemplo: a atribuição do ônus empírico da fundamentação sobre aquele que busca mudanças bruscas no *status quo* legal); a desconsideração de outras variáveis incertas, diante da certeza de alguma delas (estratégia do tipo “sendo todas as demais coisas iguais”); e o recurso a consensos acadêmicos, na expectativa de que muitas

de longo prazo, que muitas vezes terá de se apoiar em um repertório de estratégias fracas, dadas as condições de severas incertezas.⁶²

Alcançar um nível de consenso sobre as questões fáticas globais que impactam a escolha da metodologia interpretativa é tarefa muito complexa, em função da dificuldade de obtenção dos dados e da necessidade de sua constante reavaliação. O desafio é construir uma análise que não se baseie apenas em intuições ou idealizações sobre o funcionamento das instituições.⁶³ De fato, a especialização técnica e a legitimidade democrática e procedimental das agências reguladoras podem estar fragilizadas ou mesmo anuladas em contextos decisórios específicos, em função de anomalias no funcionamento do sistema regulatório.

A efetividade dos espaços de autonomia técnico-burocrática dentro do Estado é um fenômeno dinâmico, construído ao longo do tempo por meio da interação entre as instituições.⁶⁴ O caso brasileiro não é diferente. A própria adoção do modelo de agências reguladoras deve ser analisada em um contexto mais amplo das constantes reformas administrativas visando à implementação de uma burocracia profissional, cujos marcos essenciais são a reforma burocrática da Era Vargas da década de 1930, a reforma desenvolvimentista dos Governos Militares da década de 1960 e a reforma gerencial do Governo Fernando Henrique Cardoso, da década de 1990.⁶⁵ A profissionalização da burocracia enfrenta resistências do campo político, na medida em que se opõe à utilização de critérios políticos para a distribuição de

avaliações, ainda que especulativas, possam traduzir melhor os custos desconhecidos do que um número reduzido de avaliações. Vermeule, no entanto, indica que essas estratégias apresentam falhas de racionalidade, ocultam o problema do não esgotamento da pesquisa empírica e se apoiam em consensos de bases empíricas obscuras (VERMEULE, Adrian. Interpretation, Empiricism, and the Closure Problem. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, p. 698-708, 1999. p. 701-708).

⁶² VERMEULE, Adrian. Interpretation, Empiricism, and the Closure Problem. p. 701-708.

⁶³ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista Estudos Institucionais**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jan.-jul. 2016, p. 202-205.

⁶⁴ CARPENTER, Daniel P. **The forging of bureaucratic autonomy: reputations, networks, and policy innovation in executive agencies, 1862-1928**. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 1-36.

⁶⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 163.

cargos e cooptação de interesses (patronagem).⁶⁶ Por outro lado, o excesso de insulamento pode comprometer a *accountability* da burocracia e favorecer o fenômeno da captura regulatória pelos interesses do mercado regulado. Diante desse dilema, o desenho institucional ideal é aquele que encontra um ponto de equilíbrio que assegure uma burocracia técnica e, ao mesmo tempo, responsiva às demandas dos cidadãos. No entanto, a realidade institucional pode apresentar deficiências: ou um quadro de baixa responsabilização de uma burocracia técnica e insulada; ou um cenário de uma burocracia altamente responsiva, mas enfraquecida em sua discricionariedade decisória, em função da submissão a fortes mecanismos formais ou informais de controle político.⁶⁷

Ao longo da trajetória da experiência brasileira de regulação por agências reguladoras, a doutrina⁶⁸ foi identificando algumas deficiências, tais como: a captura da regulação pela política partidária; o enfraquecimento da capacidade técnica das agências pelo contingenciamento de recursos orçamentários; a prática de uma espécie de locaute da capacidade decisória, por meio de longos períodos de vacância dos cargos de diretores das agências; a fragmentação da competência regulatória em vários órgãos; a pouca efetividade da participação popular nos procedimentos prévios à tomada de decisão das agências; e a sobreposição das instâncias de controle da atividade regulatória.⁶⁹ Esses problemas muitas vezes são identificados de forma intuitiva pela doutrina ou por meio de generalizações sem rigor metodológico. Assim, uma análise mais apurada ainda exige avanços nas

⁶⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. Desafios contemporâneos para a Reforma da Administração Pública Brasileira. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (org.). **Administração Pública**: Coletânea. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 543.

⁶⁷ MELO, Marcus André. A Política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 55-68, jun./2001, p. 59.

⁶⁸ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013; SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

⁶⁹ O legislador, ao editar a Lei Geral das Agências (Lei nº 13.848, de 2019), tem se mostrado atento a esses problemas, introduzindo mecanismos legais com o objetivo de reforçar os instrumentos procedimentais de tomadas de decisão das agências, impor requisitos técnicos às nomeações dos diretores das agências e superar o locaute regulatório nos casos de vacâncias prolongadas.

investigações empíricas sobre a interação das agências com as demais instituições.

Não se pode negar que a pesquisa empírica sobre a regulação no Brasil tem produzido estudos relevantes, que ajudam a compreender o funcionamento do desenho institucional. São exemplos desses avanços as seguintes pesquisas: a que investiga o comportamento do Congresso na supervisão das primeiras agências reguladoras – ANEEL, ANP e ANATEL – no período entre 1998-2004⁷⁰; a que analisa a interação entre agentes políticos, o Judiciário, atores setoriais e burocratas no âmbito da ANATEL, ANEEL e ANS, entre 1998 a 2008, para medir a estabilidade regulatória, apesar da pouca autonomia efetiva das agências⁷¹; a que colhe e analisa dados de 10 agências entre 1997 a 2009 para medir o grau de interferência do Executivo⁷²; a que mapeia as contribuições apresentadas nas audiências públicas da ANEEL, no período entre 1998 a 2006, a fim de avaliar a representatividade dos grupos de interesses nos mecanismos de participação social⁷³; a que avalia os mecanismos de influência presidencial sobre as agências, especialmente a partir do processo de nomeação para os cargos de diretores, no período entre 1997 a 2014⁷⁴; a que investiga como as conexões políticas e empresariais em que os diretores da ANS estão inseridos repercutiram na formulação de políticas para o setor de saúde suplementar, no período entre 2000 a 2017⁷⁵; a

⁷⁰ OLIVA, Rafael. **Accountability parlamentar no presidencialismo brasileiro**: decifrando o caso das agências reguladoras. 212 f. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2006.

⁷¹ PÓ, Marcos Vinícius. **O jogo regulatório brasileiro**: a estabilidade contratual para além da autonomia das Agências. Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009.

⁷² SILVA, Mariana Batista da. **O desenho institucional em prática**: uma análise da independência das agências regulatórias brasileiras (1997-2009). V Prêmio SEAE 2010. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2010.

⁷³ SILVA, Mariana Batista da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 969-992, ago. 2012.

⁷⁴ DE BONIS, Daniel Funcia. **Os limites do desenho institucional**: uma investigação empírica dos mecanismos da influência presidencial sobre as agências reguladoras independentes no Governo Federal brasileiro. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

⁷⁵ BAIRD, Marcello Fragano. **Redes de influência, burocracia, política e negócios na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**. Tese (Doutorado em Ciência Política) Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

que sistematiza e analisa dados para um diagnóstico da governança regulatória no Brasil e constrói um índice para medir a qualidade regulatória para o ano de 2005, a partir das variáveis autonomia, processo decisório, ferramentas para assegurar a efetividade das decisões e *accountability*⁷⁶ e a que aplica o mesmo índice de medição da qualidade regulatória para o período entre 2005 a 2016⁷⁷; e a que analisa a produção legislativa que afeta a autonomia das agências reguladoras⁷⁸.

Articular, de maneira consistente, as descobertas das pesquisas empíricas sobre a dinâmica do sistema regulatório com as justificativas do formalismo jurídico é ainda um campo a ser explorado. Há uma vasta agenda de pesquisa a ser investigada. Saber, por exemplo, como as instituições reagem às estratégias interpretativas utilizadas pelas agências é um aspecto importante para testar os incentivos do sistema ao formalismo ou ao particularismo regulatório. De toda forma, a relevância das questões empíricas sobre as escolhas interpretativas das instituições revela que a fundamentação dessas escolhas é sempre circunstancial e que a sua base fática pode não estar disponível no momento da decisão.

⁷⁶ CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. **Regulatory Governance in Infrastructure Industries**: Assessment and Measurement of Brazilian Regulators. Washington, DC: World Bank, 2006.

⁷⁷ CORREA, Paulo; MELO, Marcus; MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Political interference and regulatory resilience in Brazil. **Regulation & Governance**, Milton (Queensland, Australia), v. 13, p. 540-560, aug. 2019.

⁷⁸ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A intervenção do Congresso na autonomia das agências reguladoras. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 586-614, set./dez. 2018.

Considerações finais

O Direito é um ambiente de tomada de decisão restringido por regras explícita ou implicitamente formuladas. Os casos individuais são decididos com base em padrões pré-estabelecidos, não estando o intérprete livre para ponderar a cada caso a totalidade de razões relevantes para decidir qual deve ser a melhor solução. Ocorre que decidir com base em regras previamente estabelecidas não determina o grau de vinculação do intérprete com o texto da regra. Na tensão entre o texto a aplicar e os outros fatores relevantes é que se situa o debate mais promissor sobre o formalismo. A forma como o intérprete deve se relacionar com a regra não é dada pela regra em si, mas depende de fatores externos. O presente artigo lançou o olhar sobre esses fatores externos às regras que determinam o grau de formalismo que uma instituição deve ter, especificamente em relação às agências reguladoras.

O formalismo pode ser entendido, como propõe Schauer, como o resultado de escolhas sobre a alocação do poder de decisão. Schauer discute o formalismo a partir dos aspectos linguísticos do Direito, estando mais atento ao problema do paradoxo entre a necessidade de se ter regras e a irracionalidade do ato de segui-las. Ainda assim, a compreensão de que a opção pelo formalismo é o resultado de uma metadecisão sobre a distribuição de poder sugere a necessidade da discussão sobre o desenho institucional. Sunstein e Vermeule, incorporando esse *background*, desdobram a discussão a partir de novos elementos: o valor dos acordos teoricamente incompletos e a análise dos custos de transação. A argumentação sobre o formalismo é mais frutífera quando são discutidos certos elementos fáticos sobre o desenho institucional e a dinâmica da interação entre as instituições. O desempenho desejável das instituições, como maneira de diminuir os custos de erro e de decisão, são um critério a ser levado fortemente em consideração para distribuir o poder de decisão.

A fundamentação da postura interpretativa é sempre circunstancial, devendo buscar apoio em dados concretos. No entanto, a pesquisa empírica, ainda que desejável e necessária, é um projeto árduo de longo prazo, nem sempre compatível com a urgência da tomada de decisão. Ainda assim, já há

um ganho de perspectiva ao se tentar identificar quais aspectos empíricos influenciam uma postura não formalista das agências reguladoras. Os fatos que revelam a legitimação democrática, técnica e procedimental impactam na justificação para a maior liberdade interpretativa das agências reguladoras.

As agências reguladoras são especialistas na matéria de suas áreas de atuação e, comparativamente aos juízes, possuem maior legitimidade para a solução de problemas de interpretação da lei e possuem um processo decisório mais transparente e socialmente controlável. Por essas razões, as agências reguladoras estão sujeitas a menos erros quando acessam os fundamentos de base por trás das regras jurídicas que interpretam e podem melhor dimensionar se a atuação não formalista compensa em termos de esforço envolvido e acréscimo de incertezas. No entanto, a legitimidade democrática, técnica e procedimental das agências reguladoras são variáveis que se sujeitam à constante reavaliação empírica.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. Desafios contemporâneos para a Reforma da Administração Pública Brasileira. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (org.). **Administração Pública**: Coletânea. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p. 537-548.

ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade. Tradução de Thalia Simões Cerqueira. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165-200.

ALEXANDER, Larry. The Gap. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge (Massachusetts), v. 14, n. 3, p. 695-702, 1991.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BAIRD, Marcello Fragano. **Redes de influência, burocracia, política e negócios na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**. 260 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas. Anti-Theoretical Claims about Legal Interpretation: The Argument behind the Fallacy. In: Bustamante, Thomas; Dahlman, Christian (eds.). **Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation**. Heidelberg; New York: Springer, 2015. p. 95-110.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CARPENTER, Daniel P. **The forging of bureaucratic autonomy**: reputations, networks, and policy innovation in executive agencies, 1862-1928. Princeton: Princeton University Press, 2001.

CORREA, Paulo; MELO, Marcus; MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. Political interference and regulatory resilience in Brazil. **Regulation & Governance**, Milton (Queensland, Australia), v. 13, p. 540-560, aug. 2019.

CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. **Regulatory Governance in Infrastructure Industries**: Assessment and Measurement of Brazilian Regulators. Washington, DC: World Bank, 2006.

DE BONIS, Daniel Funcia. **Os limites do desenho institucional**: uma investigação empírica dos mecanismos da influência presidencial sobre as agências reguladoras independentes no Governo Federal brasileiro. 195 f. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to Law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge (Massachusetts), v. 71, n. 4, p. 630-372, feb. 1958.

KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. (eds.). **Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences**. Amsterdam-Paris-New York-Oxford: Elsevier, 2001. p. 8634-8638.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives**: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1994.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista Estudos Institucionais**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jan.-jul. 2016.

LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o Juiz Hércules?** Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 269 f. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2020.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELO, Marcus André. A Política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 55-68, jun./2001.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99-139.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2011.

OLIVA, Rafael. **Accountability parlamentar no presidencialismo brasileiro**: decifrando o caso das agências reguladoras. 212 f. Tese (Doutorado) Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2006.

PÓ, Marcos Vinícius. **O jogo regulatório brasileiro**: a estabilidade contratual para além da autonomia das Agências. 207 f. Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A intervenção do Congresso na autonomia das agências reguladoras. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 586-614, set./dez. 2018.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. Tradução de Diego Werneck Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65-116.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press. 1991.

SCHAUER, Frederick. The practice and problems of plain meaning: a response to Aleinikoff and Shaw. **The Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 45, n. 3, p. 715-742, apr. 1992.

SCHAUER, Frederick; ZECKHAUSER, Richard. The Trouble with Cases. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation versus Litigation**: Perspectives from Economics and Law. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2011. p. 44-70.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

SILVA, Mariana Batista da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 969-992, ago. 2012.

SILVA, Mariana Batista da. **O desenho institucional em prática**: uma análise da independência das agências regulatórias brasileiras (1997-2009). V Prêmio SEAE 2010. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2010.

STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 103-127.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 463-482.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-670, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. **Harvard Law Review**, Cambridge (Massachusetts), v. 108, n. 7, p. 1733-1771, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. *Justice Scalia's Democratic Formalism*. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 107, p. 529-567, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 885-951, feb. 2003.

TAMANAH, Brian Z. How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law. **DePaul Law Review**, Chicago, v. 56, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper n. 06-0061.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Southern Pacific Co. v. Jensen**, 244 U.S. 205, 1917.

VERMEULE, Adrian. Interpretation, Empiricism, and the Closure Problem. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, p. 698-708, 1999.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge (Massachusetts); London: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2011.