

DOIS PROBLEMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO DO ARGUMENTO DE “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS”*

FERNANDO LEAL[†]
DIEGO WERNECK ARGUELHES^{††}

RESUMO: Em um trabalho anterior, discutimos três usos do argumento de “capacidades institucionais” que, embora apresentados sob o mesmo rótulo, são na verdade coisas muito distintas. São usos da expressão – e da típica referência ao artigo seminal de Cass Sunstein e Adrian Vermeule – em sentidos que identificamos como banais, redundantes ou absurdos. Embora possam gerar argumentos válidos sob critérios quaisquer, esses usos não podem ser reconduzidos ao que esses autores chamam de análises de “capacidades institucionais”. Neste breve ensaio teórico, partimos das considerações resumidas acima para tentar atingir um objetivo distinto e complementar: o que acontece quando se tenta de fato utilizar o argumento nos termos descritos por Sunstein & Vermeule? Vamos apontar e discutir dois desafios relativos à operacionalização efetiva do argumento das “capacidades institucionais”. O primeiro, que chamaremos de “o problema da informação”, está intrinsecamente conectado ao papel desempenhado por *inputs* empíricos no tipo de análises institucionais comparadas que o argumento das CIs exige. O segundo problema, que chamaremos de “o problema da observância”, aponta para um possível caráter excessivamente exigente de toda a estrutura do argumento, no

* Os autores gostariam de agradecer a Júlia Brandão pela colaboração na edição do texto.

[†] Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

^{††} Professor da FGV Direito. Doutor em Direito pela Universidade Yale (EUA). Mestre em Direito Público pela UERJ.

momento em que se considera que ele precisa ser manipulado por tomadores *reais* de decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação Jurídica; Consequencialismo; Decisão Judicial; Capacidades Institucionais.

ABSTRACT: In a previous work, we discuss three uses of argument of "institutional capacity" which, although presented under the same label, are in fact very different things. Are uses of the term – and the typical reference to the seminal article by Cass Sunstein and Adrian Vermeule – in ways we identify as banal, redundant or absurd. Although they can generate valid arguments under any criteria, such use may not be reappointed to what these authors call the analysis of "institutional capacity". In this brief theoretical essay, we set out the considerations outlined above to try to achieve a distinct and complementary objective: what happens when trying to actually use the argument as described by Sunstein & Vermeule? Let's point out and discuss two challenges for the effective operationalization of the argument of "institutional capacity". First, what we call the *information problem*, which is connected to the role that empirical inputs play in this kind of arguments. Second, the *compliance problem*, as such arguments end up placing excessive requirements on real-world decision-makers.

KEYWORDS: Legal Interpretation; Judicial Decision; Consequentialism; Institutional Capacities.

SUMÁRIO:

I. INTRODUÇÃO	195
II. O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: BREVE RECONSTRUÇÃO	196
III. COMO APLICAR? DOIS PROBLEMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO.....	201
1. Informação e idealização	202
2. Observância e implementação	205
IV. CONCLUSÕES.....	210
V. REFERÊNCIAS.....	211

TABLE OF CONTENTS:

I. INTRODUCTION	195
II. THE INSTITUTIONAL CAPACITIES ARGUMENT: BRIEF RECONSTRUCTION.....	196
III. HOW TO APPLY IT? TWO OPERATIONALIZATION PROBLEMS.....	201
1. Information and idealization	202
2. Compliance and implementation.....	205
IV. CONCLUSIONS	210
V. REFERENCES	211

I. INTRODUÇÃO

Em um trabalho anterior, discutimos três usos do argumento de “capacidades institucionais” (CIs) que, embora apresentados sob o mesmo rótulo, são na verdade coisas muito distintas.¹ São usos da expressão – e da típica referência ao artigo seminal de Cass Sunstein e Adrian Vermeule² – em sentidos que identificamos como *banais*, *redundantes* ou *absurdos*. Embora possam gerar argumentos válidos sob critérios quaisquer, esses usos não podem ser reconduzidos ao que esses autores chamam de análises de “capacidades institucionais”. Nossa preocupação ali não era terminológica, mas sim conceitual e substantiva. Menos importante do que o rótulo que se usa – se “capacidade institucional”, “separação de poderes”, “expertise técnica” ou “papel institucional” – é saber que tipo de ônus de justificação aquele argumento pressupõe, já que esse ônus explica e determina tanto a força, quanto as limitações de argumentos jurídicos que apelam para análises institucionais comparativas. Nesse sentido, nossa reconstrução de Sunstein & Vermeule servia para mapear e enfatizar o que os dois autores poderiam trazer de útil – e não banal, nem redundante, nem absurdo –, por trás do rótulo de “capacidades institucionais”, para discussões sobre alocação de poder entre instituições a partir de debates sobre a seleção de métodos e estratégias de decisão.

Neste breve trabalho teórico, partimos das considerações resumidas acima para tentar atingir um objetivo distinto e complementar: o que acontece quando se tenta de fato utilizar o argumento nos termos descritos por Sunstein & Vermeule? Vamos apontar e discutir dois desafios relativos à *operacionalização* efetiva do argumento das “capacidades institucionais”. São problemas que só podem surgir uma vez que o argumento seja utilizado de maneiras não-banais, não-redundantes e não-absurdas – ou seja, uma vez que o intérprete procure de fato aplicar uma teoria como a de Sunstein & Vermeule (ou, ao menos, a nossa reconstrução dela).

Mas, além disso, estes são problemas que surgem quando nos perguntamos acerca das capacidades institucionais *de quem procura utilizar esse tipo de argumento*. O mundo em que o argumento das CIs faz sentido, como já observamos, é um mundo de (i) raciocínios

¹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011.

² SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, Vol. 101, 4, 2003.

consequencialistas que (ii) reconhecem a possibilidade de erros na aplicação de teorias, devido à falibilidade e à falta de informação de tomadores de decisão de carne e osso. Não há nenhuma razão para que a aplicação da teoria de Sunstein & Vermeule seja ela mesma eximida dessas premissas.³

Quando nos perguntamos quais as consequências de se pedir que tomadores de decisão falíveis empreguem argumentos de CIs, assumindo as premissas mencionadas acima, dois problemas surgem. O primeiro, que chamaremos de “o problema da informação”, está intrinsecamente conectado ao papel desempenhado por *inputs* empíricos no tipo de análises institucionais comparadas que o argumento das CIs exige. O segundo problema, que chamaremos de “o problema da observância”, aponta para um possível caráter excessivamente exigente de toda a estrutura do argumento, no momento em que se considera que ele precisa ser manipulado por tomadores *reais* de decisão.

A finalidade principal deste breve ensaio é conceitual e exploratória. Mesmo se a nossa descrição desses problemas for persuasiva, não temos a pretensão de descartar a utilidade de análises sobre as capacidades de instituições que atuam em um determinado arranjo constitucional. Mas, se nosso raciocínio for plausível, há boas razões para considerar que os riscos e custos de se utilizar esses argumentos podem ser maiores do que os benefícios. Talvez as situações nas quais seja possível realizar discussões consistentes sobre capacidades institucionais comparativas sejam específicas demais para justificar uma confiança geral nesse tipo de argumento no direito constitucional brasileiro.

II. O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: BREVE RECONSTRUÇÃO

A expressão “capacidades institucionais” vem sendo cada vez mais empregada em trabalhos acadêmicos e profissionais, incluindo decisões

³ Ao contrário, é possível dizer que esse tipo de empreendimento teórico sobre como decisões judiciais devem ser tomadas se constrói – ou ao menos tenta se construir -- sobre as mesmas condições de incerteza nas quais essas decisões de fato ocorrem no mundo real. Cf. VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

de juízes e tribunais de todo o país.⁴ Ela designa, na verdade, uma peça de uma engrenagem um pouco mais complexa de um argumento mais geral, de acordo com o qual qualquer julgamento sobre a adequação de uma teoria da decisão jurídica ou sobre o comportamento institucional relativamente a outras instituições deve levar a sério as capacidades *reais* de tomadores de decisão e os *efeitos dinâmicos* relacionados à adoção de uma certa postura decisória. De acordo com esse argumento mais geral, a pergunta mais importante a ser respondida não é “*como* decidir este caso?”, mas sim “*quem* deve decidir questões desse tipo em um arranjo institucional determinado?”.

Há méritos importantes na incorporação dessa ideia nos debates sobre (i) a definição de posturas institucionais em cenários de possíveis sobreposições de competências, (ii) o limite e as formas de controle da discricionariedade judicial e (iii) a adequação real do emprego de certos métodos e teorias decisórias que devem ser manipuladas por tomadores de decisão de carne e osso. Esses méritos podem ser resumidos em três pontos. Em primeiro lugar, o argumento obriga os participantes de debates sobre qualquer um daqueles temas a incorporar argumentos *empíricos* em suas propostas.⁵ Essas considerações – “capacidades institucionais” – são necessariamente empíricas, comparativas e contingentes, só podendo ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos. Isso faz com que as respostas para as questões relacionadas a métodos e posturas mais adequadas de decisão tenham, como visto, uma inevitável dimensão contextual ou circunstancial, o que as torna necessariamente contingentes.

Em segundo lugar, o argumento das “capacidades institucionais” escancara certa miopia que caracteriza análises a respeito de escolhas judiciais focadas exclusivamente nos méritos e deméritos do Poder Judiciário. Esse problema é comum em trabalhos e decisões que envolvem temas como os limites e a intensidade desejável do controle judicial de decisões de outras instituições. As habilidades e limitações de uma instituição devem ser apreciadas *relativamente* aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas

⁴ Esta seção apresenta, de forma resumida, ideias, argumentos e exemplos originalmente apresentados em ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011.

⁵ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011, p. 14.

para determinados problemas⁶. Não se trata, assim, de apenas pensar a aplicação de diferentes posturas e métodos de decisão por algum tipo de abstração de juízes, legisladores ou administradores públicos. Ao contrário, deve-se buscar determinar os efeitos dinâmicos vinculados à escolha de uma alternativa por uma determinada instituição *real*, com as suas atribuições determinadas pelo desenho constitucional e pelas suas vantagens e desvantagens cognitivas para assimilar e processar informações relativamente a outras instituições.

Terceiro, no método pressuposto pela comparação das capacidades institucionais, a realização do “melhor entre os piores” estados de coisas é orientada pela consideração dos efeitos líquidos globais associados à adoção generalizada de diferentes posturas institucionais e métodos de decisão. Ou seja, a proposta de Sunstein & Vermeule não se ocupa, nesta dimensão, com a decisão de casos singulares (“qual instituição deve resolver este caso?”), mas com as decisões tomadas por instituições sobre como decidi-los e com os efeitos dessas metadecisões sobre o equilíbrio institucional (“qual instituição deve resolver, daqui para frente, todos os casos desse tipo?”). Olhar para cada caso individual é pouco importante, pois se assume, desde o início, que atores institucionais tomarão eventualmente decisões erradas independentemente da postura ou do método de decisão por eles aplicado. E isso não é motivo para se descartar qualquer um deles. Na verdade, uma vez definido que uma postura e um método de decisão são os menos piores *no agregado*, em um mundo de incertezas e erros inevitáveis, os erros pontuais decorrentes da aplicação dos mesmos devem servir apenas para reforçar os compromissos da instituição com as suas metaescolhas.

Assim, o raciocínio pressuposto pelo argumento de “capacidades institucionais” poderia ser sintetizado a partir das seguintes características: uma comparação empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição dentre várias instituições possíveis.⁷ Esse cenário, como se vê, não comporta escolhas entre instituições feitas em abstrato. Em uma análise desse tipo, é preciso estimar os custos que a adoção da teoria terá para juízes e a chance de erro no seu manuseio e aplicação, bem como o

⁶ Id.

⁷ Para uma análise mais aprofundada da estrutura e dos pressupostos do argumento das capacidades institucionais, cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011.

impacto nocivo de sua generalização para os usuários do sistema judicial (maior demora na prestação jurisdicional, maior imprevisibilidade etc.) – o que os autores chamam de *efeitos dinâmicos* da adoção da teoria.⁸

Se tivermos essas características em mente, é possível perceber que há diversos usos do trabalho de Sunstein & Vermeule que não configuram de fato argumentos de CIs. Em trabalho anterior, discutimos três usos desse tipo – usos redundantes, banais ou absurdos.⁹ Neste último caso, emprega-se a expressão para designar o que é na verdade um argumento *de lege ferenda*: as instituições deveriam ser totalmente redesenhadas para que uma instituição específica fosse considerada a mais capacitada para decidir um determinado tema, independentemente do que diz o direito vigente sobre aquele tema. Este uso é “absurdo” na medida em que coloca o juiz na posição de arquiteto livre de instituições, o que é incompatível com o uso de “capacidades institucionais” para produzir argumentos *jurídicos*, aceitos como tais pela comunidade profissional, que possam ser utilizados no contexto da tomada de decisão judicial.

Chamamos a atenção, ainda, para usos *banais* da ideia de “capacidades institucionais”, que visam tão somente a chamar a atenção para o fato de que juízes (e outras instituições estatais) são falíveis. Consideramos este um ponto banal, na medida em que qualquer teoria normativa da decisão judicial contemporânea, partilha dessa premissa. O que o argumento das capacidades institucionais teria de distinto, na verdade, diz respeito a *como* se comportar diante dessa constatação de falibilidade. Enquanto autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy veriam o erro como simples desvio que não afeta a teoria normativa enquanto ideal regulatório do que juízes deveriam fazer, Sunstein & Vermeule defendem que nós deveríamos nos perguntar em que ponto, no agregado, os custos dos erros na aplicação de uma melhor teoria *em tese* se tornam tão altos a ponto de recomendar a adoção da “segunda-melhor” teoria disponível – a teoria que, ainda que não leve às melhores respostas para certos casos concretos, produzirá melhores resultados no agregado.

Por fim, criticamos os usos *redundantes* da ideia de CIs. Neste caso, a expressão é empregada sem que agregue nenhum elemento substantivo

⁸ Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003, p. 26.

⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011.

novo ao debate. Isso pode acontecer quando o uso do rótulo está vinculado a sentidos relacionados a conceitos já existentes, como “competência” ou “separação de poderes”, ou que é um atalho verbal para justificar a melhoria das condições de atuação de qualquer instituição ou simplesmente para se referir a elementos do direito vigente. Neste caso, a referência às capacidades institucionais é irrelevante, pois conceitos já existentes, regras do direito positivo ou ideias correntes podem tornar mais claro o que realmente se defende quando a expressão é evocada. As discussões, no fundo, continuam ocorrendo em torno de categorias tradicionais do debate jurídico sobre a adequação de melhores posturas decisórias.

Considere-se, por exemplo, a afirmação de que o Judiciário possui uma capacidade institucional inferior à do Congresso para resolver questões políticas porque não é um poder eleito.¹⁰ Aqui, há simples sobreposição entre o que a expressão “capacidade institucional” designa e o que seria uma inferência puramente *formal*, não empírica, sobre o desenho institucional das instituições judiciais. Falar em “capacidade institucional” é redundante, pois argumentos baseados na interpretação dos textos legais que estruturam competências, funcionamento e poderes decisórios das instituições envolvidas – *sem qualquer consideração empírica* sobre como elas de fato se comportam e decidem – são suficientes para se defender o ponto. Neste exemplo, a expressão “capacidade institucional” poderia ser substituída por “competência” sem prejuízo (ou acréscimo) ao que se quer defender.

Em algumas manifestações do Superior Tribunal de Justiça com o uso da expressão “capacidades institucionais” podemos também encontrar exemplos de redundância. É possível encontrar passagens como “[o] advento da ANVISA teve a finalidade precípua de dar maior capacidade institucional ao controle sanitário” (REsp 1.384.088) e “as universidades detêm autonomia administrativa para fixar o número de vagas a serem oferecidas nos processos seletivos de acordo com a sua capacidade institucional e observadas as normas de seleção” (REsp 1.462.001). Nesses dois casos, como se nota, não há qualquer referência a comparações interinstitucionais ou elementos empíricos capazes de determinar quais são efetivamente as capacidades das instituições mencionadas relativamente a outras. A expressão, ao contrário, é usada apenas para se referir à criação e conformação legal de uma instituição (Anvisa) ou à simples ideia de que as decisões de instituições devem

¹⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011, p. 36.

considerar a sua efetiva capacidade de implementá-las. Supõe-se que, se uma instituição foi criada para um determinado fim, ela na prática terá mais “capacidade institucional” para enfrentar os problemas ligados à promoção desse fim. Aqui, não se ganha nada com o uso da ideia de CIs, estando ausentes todos os elementos que a tornam relevante – empiria, comparação e foco no resultado agregado.

III. COMO APLICAR? DOIS PROBLEMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO

Considerar aspectos empíricos e comparar as habilidades e limites concretos de diferentes instituições são, portanto, os principais méritos anunciados pelo argumento das capacidades institucionais. É o que torna o recurso à expressão CIs diferente de apelar para a separação de poderes ou outro critério jurídico-formal de alocação de competências (um uso redundante), de enfatizar a possibilidade de erros na aplicação da teoria (um uso banal), ou de fazer um raciocínio puramente legislativo de alocação ideal de competências (um uso absurdo, nos nossos termos). É também o que determina esse caráter mais ou menos vantajoso de um modelo de decisão, dadas as capacidades reais de uma instituição relativamente a outra. Além disso, como vimos, o argumento só se completa se também são considerados os *efeitos dinâmicos* relacionados à adoção de uma certa estratégia de decisão.¹¹

Na prática, isso exige determinar as capacidades reais das instituições. É com base nelas que se poderá medir os efeitos dinâmicos

¹¹ O argumento, neste ponto, mostra sua face claramente consequencialista: dadas duas possíveis estratégias de decisão que juízes podem empregar quando forem chamados a rever decisões de agências (por exemplo, mais deferência *versus* controle procedimental e substantivo mais intenso), a mais conveniente para aquele arranjo institucional é a estratégia que, ao longo do tempo, tende a reduzir custos de erro e de decisão. Como se nota, essa análise não diz respeito à solução de um caso concreto, mas de um agregado de casos. Essa é, com outras palavras, uma decisão sobre como decidir, ou uma típica decisão de segunda-ordem. Cf. SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. In: Cass Sunstein (ed.). **Behavioral Law & Economics**. New York, NY: Cambridge University Press, 2000, p. 187-208. Sobre a metodologia consequencialista que está pressuposta pelo argumento, cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011.

atrelados à adoção por uma delas, com os seus méritos e limitações, de uma certa estratégia decisória ao longo do tempo. São essas escolhas que mostram *qual* instituição tem mais condições de decidir certos temas, e não *como* qualquer uma deve decidir em cada caso concreto. Mas o que pode ocorrer quando um tomador de decisão tenta, de fato, seguir a estrutura argumentativa delineada acima? Quais dificuldades surgem uma vez que se tente produzir um argumento não-banal, não-redundante e não-absurdo de capacidades institucionais? Indicaremos nesta seção dois possíveis problemas relacionados à operacionalização do argumento de CIs.

1. Informação e idealização

O primeiro problema ocorre quando se aplica capacidades institucionais com empiria insuficiente na definição e comparação das capacidades de diferentes instituições. Um argumento que não é estruturado de forma a incorporar premissas empíricas sequer pode ser tratado como um argumento de CIs; em vez disso, como vimos acima, ele provavelmente é um argumento formal de “competências” ou de “separação de poderes”. Contudo, mesmo que o argumento seja construído de maneira a incorporar, explicitamente, dados sobre como instituições funcionam, a tarefa do aplicador não estaria completa. É preciso que haja informações suficientes sobre todas as instituições envolvidas.

O primeiro desses problemas é o de um tipo institucionalismo que, embora pareça descer ao nível dos fatos, no fundo mantém-se apenas no plano das intuições sobre esses fatos. Se colocarmos mais uma vez os limites do controle judicial de decisões de agências reguladoras como referência, esse tipo de problema é perceptível quando trabalhos ou decisões comparam as capacidades do Poder Judiciário e das Agências apenas com base em afirmações como “as agências são desenhadas para lidar com problemas técnicos e, por isso, possuem aparato técnico disponível capaz de permitir que os seus membros emitam juízos mais seguros sobre como decidir certas questões do que os juízes”.¹² Essa

¹² Considere, por exemplo, a afirmação de SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm; Alexandre dos Santos Aragão (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, p. 319: “Os poderes Executivo e Legislativo – sobretudo o primeiro

afirmação pode ser intuitiva em abstrato e pode até efetivamente se confirmar na realidade. Mas o problema é exatamente o “pode”. O argumento das capacidades institucionais exige comparações empiricamente informadas sobre as habilidades de juízes e administradores públicos – e não apelos intuitivos que, quase sempre, referem-se a limitações dos juízes e nada afirmam sobre as capacidades de membros de Agências Reguladoras.¹³

Na mesma linha, poder-se-ia ainda incluir o uso da expressão desacompanhada de qualquer base empírica, mas com simples referências a teorias normativas sobre a função a ser desempenhada por diferentes instituições em uma democracia. Este é o caso quando se defende que, segundo uma concepção normativa de teoria política de um ou outro autor específico (p.ex., Jeremy Waldron), o Congresso estaria mais “capacitado” do que o Judiciário para decidir questões morais controversas.¹⁴ Por esse motivo, na prática, o fato de que uma agência possui mais pessoal tecnicamente qualificado para enfrentar certas questões – ou, pior, que se simplesmente pressuponha ou assuma que esse fato é verdadeiro – pode não ser decisivo para se determinar sua capacidade institucional quanto àquele problema. É possível que

– possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área [concretização de políticas públicas], que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas”. Como se nota, não há nenhum dado concreto sustentando qualquer uma das afirmações, ainda que sejam plausíveis e possam ser empiricamente verdadeiras em última instância. Assim, elas não poderiam ser adequadamente utilizadas, nessa formulação, como parte de um argumento de capacidades institucionais.

¹³ Cf., por exemplo, CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: Por um Amicus Curiae Regulatório, In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, n. 20, 2009/2010, p. 15-16. O autor afirma: “[n]ão é possível conceber uma teoria do controle judicial da Administração Pública sem que se levem em consideração as capacidades institucionais e os reflexos sistêmicos de uma dada decisão de controle da regulação. O problema é a falta de informação e conhecimento. (...) O fato é que juízes, por diversas razões, têm sérias dificuldades em levar em consideração elementos externos ao direito, como os argumentos econômicos (...)”.

¹⁴ P.ex., WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2003.

outros fatores contingentes modulem para menos a efetiva capacidade da agência em questão – p.ex., pode ser que os recursos para aquela agência estejam sendo contingenciados a ponto de, na prática, colocar em risco a sua própria autonomia e capacidade técnica.¹⁵

Um segundo problema de informação ocorre quando há pura e simplesmente a idealização de uma das instituições em exame, enquanto as capacidades de outras instituições são investigadas de maneira empiricamente informada. Sunstein & Vermeule se referem a esse problema como “institucionalismo assimétrico”¹⁶. Aqui, as capacidades de uma instituição são definidas com base em elementos empíricos (que enfatizam, sobretudo, os *limites* dessa instituição), enquanto os outros lados da comparação são idealizados. Não é surpresa que, nesses raciocínios assimétricos, a resposta para a pergunta “quem deve decidir?” penda facilmente para a instituição idealizada.

Podemos encontrar exemplos possíveis também nos debates sobre o controle judicial da atuação de agências reguladoras. Em trabalhos doutrinários, pode haver um tratamento assimétrico na comparação entre agências e tribunais. Isso ocorre quando, do lado dos juízes, enfatizam-se aspectos reais do exercício das atividades da maior parte desses profissionais – como o elevado número de processos, a formação generalista e inadequada para lidar com problemas complexos, a carência de suporte técnico para enfrentar problemas extrajurídicos. De outro, quando se compara o Judiciário com uma visão idealizada do que são agências reguladoras, ignorando problemas e riscos que, no mínimo *em princípio*, poderiam ocorrer na prática dentro do desenho institucional brasileiro, como, por exemplo, a possibilidade de captura. Só é possível reconhecer os limites de um controle externo sobre os agentes reguladores quando se incorpora a possibilidade de que esses agentes podem também falhar.¹⁷

Também podemos encontrar problemas semelhantes no tratamento assimétrico que trabalhos doutrinários dão ao Congresso e aos tribunais. É bastante comum que, comparando as capacidades do Judiciário e do

¹⁵ Cf. PRADO, Mariana Mota. **Agências Reguladoras, Independência e Desenho Institucional**. In: II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia, Tema Agências Reguladoras: Energia Elétrica. São Paulo, SP: Bovespa Duke Energy, Ipiranga e Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005.

¹⁶ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner. **Michigan Law Review**, Vol. 101, 4, 2003, p. 975.

¹⁷ Cf. ESKRIDGE JR., William. No Frills Textualism. **Harvard Law Review**, Vol. 119, 7, 2006, p. 2059-2060.

Legislativo para resolver problemas de direitos fundamentais, aponte-se para problemas do Congresso Nacional e se idealize as capacidades dos juízes, especialmente de tribunais superiores – ou mesmo o oposto. Nesse sentido, por exemplo, observa-se que os parlamentares no sistema eleitoral brasileiro estão sujeitos à grande influência do poder econômico, que pode distorcer o seu comportamento inclusive em termos de representação da vontade da população.¹⁸ Embora essa afirmação possa ser verdadeira em termos empíricos, não seria correto assumir, desde já, que disparidades de poder econômico não são capazes de enviesar também o resultado de processos judiciais, inclusive em tribunais superiores. Em todos esses casos, há um problema claro de operacionalização do argumento das capacidades institucionais, que exige retratos realistas sobre as capacidades de todos os atores relevantes das instituições comparadas¹⁹.

2. Observância e implementação

O segundo problema está ligado às exigências que as análises institucionais comparativas, que são parte do argumento, impõem sobre o intérprete. Essas análises, orientadas para os efeitos dinâmicos de diferentes modelos de comportamento decisório, podem ser excessivamente exigentes em dois níveis: no momento de definição da estratégia decisória mais apropriada em um determinado arranjo institucional (por exemplo: se o Judiciário deve ser mais formalista ou mais particularista; mais deferente ou mais rigoroso no controle de atos de outras instituições) e no momento de observar essa estratégia em alguns casos concretos. O problema aqui poderia ser apresentado da seguinte maneira: *como implementar fielmente os pressupostos de operacionalização do argumento?*

No primeiro caso, a análise de segunda-ordem exigida para a

¹⁸ Cf., por exemplo, BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 5, 2, 2015, p. 39-40: “Parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento a interesses de certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo.”

¹⁹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner. *Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003, p. 975.

definição da postura decisória ou do método de decisão mais apropriados para uma instituição em um determinado arranjo institucional pode exigir a obtenção e a capacidade de processamento de informações que podem não estar disponíveis nem ser processáveis por indivíduos reais, também repletos de limitações cognitivas e vieses. Nesse sentido, haveria sempre algum componente insuperável de incerteza por trás de toda e qualquer análise institucional comparativa que exigisse a consideração das capacidades de diferentes instituições, de elementos do arranjo institucional em que elas exercem as suas competências e ainda a consideração dos efeitos dinâmicos relacionados à adoção das alternativas disponíveis para cada instituição. Por conseguinte, a opção por uma postura decisória sempre terá um quê de aposta.

No segundo caso, o problema a ser resolvido é como as análises institucionais comparadas podem ser compatíveis com desvios da estratégia de decisão fixada com base nas considerações de segunda-ordem. Ou, com outras palavras, se essas análises dinâmicas podem não exigir muito de quem tem que respeitá-las em cada caso concreto, ainda que as particularidades possam sugerir que adotar outro tipo de postura pode ser mais apropriado. Esse é um tipo comum de objeção que se faz a teorias consequencialistas que pretendem, por meio de meta-análises, justificar por que elas podem ser compatíveis com a observância de padrões gerais de comportamento. Decidir sempre a partir da consideração dos efeitos de alternativas de decisão pode ser algo ruim em seus próprios termos, ou seja, em função das suas próprias consequências.

De fato, obter informações suficientes e confiáveis sobre como o mundo funciona e como as pessoas se comportam em diferentes cenários, elaborar prognoses, identificar as possíveis consequências de cada alternativa de decisão disponível para o caso e ainda ordenar essas consequências costuma ser custoso. E este não é um problema negligenciado por Vermeule.²⁰ Além disso, como o futuro é incerto, nada impede que todo esse “cálculo” prévio possa levar a resultados insatisfatórios que só serão plenamente conhecidos *após* a tomada de decisão. Por esse motivo, criar e observar padrões como regras que determinam estratégias decisórias ou privilegiam o recurso a um método de interpretação pode ser algo justificável em razão das

²⁰ Vermeule se refere a este como o problema da incerteza. Este, ao lado do problema da racionalidade limitada, representam para o autor os principais desafios para institucionalistas. VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, cap. 6.

consequências positivas que promove, como aquelas associadas à promoção de mais certeza, estabilidade e eficiência.²¹

Essas justificativas “em tese”, no entanto, nem sempre poderão impedir que um tomador de decisão possa ceder à tentação de se desviar dos padrões que ele mesmo se impõe para buscar aquilo que entende ser a melhor resposta para o problema decisório que *pontualmente* enfrenta. E nada, ademais, impede que esse mesmo tomador de decisão possa ceder várias vezes, o que tornará irrelevante a elaboração da regra de decisão que deveria controlar a solução de casos concretos, e não as particularidades do caso. Pensar no melhor a longo prazo pode não funcionar quando é preciso decidir agora e, mais, desconfia-se que o melhor a longo prazo pode ser pontualmente injusto. É neste aspecto que o argumento das capacidades institucionais, um típico argumento estruturado sobre considerações de segunda-ordem, pode ser excessivamente exigente.

Considere, por exemplo, que algum tipo de postura que combine textualismo na interpretação de leis e deferência às decisões das agências reguladoras seja adotada por membros do Poder Judiciário quando forem chamados a controlar decisões dessas instituições. O que acontece quando, em casos concretos, a observância dessa estratégia de decisão produza resultados claramente inadequados do ponto de vista do juiz? Se o que as análises institucionais comparativas propõem é a observância constante da estratégia de decisão fixada com base em considerações de segunda-ordem em razão dos seus efeitos dinâmicos – o que equivale a dizer que elas não conseguem acomodar desvios –, parece-nos igualmente que o argumento exige demais de tomadores reais de decisão.

Não é necessariamente plausível supor que um juiz, sabendo que produzirá ou tenderá a produzir um resultado problemático ao ser deferente à opção regulatória de uma agência, optará sempre (ou sequer na maioria dos casos) por seguir a estratégia de segunda-ordem.²² Aqui, as dificuldades para orientar juízes a serem formalistas, e não particularistas, aparecem com igual intensidade quando se tenta

²¹ Para um aprofundamento nessas discussões cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris 2009, p. 171-211.

²² Cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York, NY: Oxford University Press, 1991.

recomendar a juízes futuros que sigam a posição que, na decisão atual, considerou-se a melhor do ponto de vista das capacidades institucionais. Ou seja: por mais que o tomador de decisão utilizando o argumento das CIs *agora* calcule os benefícios de consequências da adoção *geral* de uma postura decisória no futuro, é improvável que essa postura decisória vá de fato ser adotada em casos futuros – não apenas por outros juízes, mas pelo próprio juiz que agora procura manejar o argumento de CIs.

Para ilustrar o ponto, considere o caso *United States v. Locke*²³, em que a Suprema Corte dos EUA apreciou um pedido de renovação de concessão de propriedade que fora protocolado no dia 31 de dezembro de 1982, mas rejeitado pela Agência de Gestão de Terras (*Bureau of Land Management*) com base no seguinte argumento: a lei aplicável ao caso dispunha claramente que os pedidos daquele tipo deveriam ser protocolados *antes* do dia 31 de dezembro do ano correspondente. O caso parece envolver um problema evidente: a formulação da regra aplicável era simplesmente inapropriada, pois ela deveria também incluir o dia 31 de dezembro de cada ano.²⁴ Não havia nenhuma razão que justificasse a restrição. Ser deferente neste caso – e, assim, seguir o padrão de comportamento fixado pela análise de segunda-ordem, que pode ter sido feita após a consideração da formação técnica de membros da agência, da formação dos juízes, do aparato técnico a eles disponível e o número de processos que o Judiciário precisa julgar naquele ambiente institucional específico – pode levar a um resultado especificamente problemático. O desvio, neste caso, parece recomendável. E o leitor provavelmente estará de acordo com essa solução.

Mas, se todo esse raciocínio é consistente, como encarar a manifestação do *Justice* Thurgood Marshall e dos outros cinco *Justices* que o acompanharam, que assentaram serem “os direitos e injustiças relativos à demanda de Locke (...) menos importantes do que a questão maior acerca de se a Suprema Corte deveria se por a reescrever leis federais obviamente equivocadas, especialmente as que estipulam prazos legais”?²⁵ Embora possa soar estranha, essa decisão pode ser recomendável em razão das suas consequências e do arranjo institucional em que tribunais devem decidir. Sunstein, por exemplo, sugere que, quando o Legislativo é, em certo ambiente institucional,

²³ 471 US 84 (1985).

²⁴ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009, p. 10.

²⁵ Id.

altamente responsivo às mensagens emanadas pelo Judiciário, o formalismo se torna uma estratégia decisória preferível a outras.²⁶ Este argumento só reforça que Marshall e os outros membros da Suprema Corte tinham boas razões para privilegiarem a literalidade da regra em Locke, ainda que o resultado soe, *naquele caso*, errado.

Tomando esse exemplo como a instanciação de um problema mais geral, *United States v. Locke* mostra como tensões podem existir entre aquilo que parece ser o melhor “para o caso” e o que pode ser melhor “no todo”. Da mesma forma, o argumento das capacidades institucionais foca o melhor globalmente considerado. Mas como garantir que essa será a mesma postura que outros juízes adotarão diante da mesma regra, se a ideia é comparar todos os efeitos dinâmicos gerados pela adoção de um tipo de postura decisória? Nada impediria que desvios como aquele que parece ser o mais recomendável em *United States v. Locke* fossem efetuados; na verdade, dentro de algumas culturas profissionais e judiciais, o desvio da literalidade pode até ser o cenário mais provável.²⁷

É claro que o argumento das capacidades institucionais pode ser compatibilizado com o reconhecimento de que haverá algum grau de desvio, em caso concreto, das estratégias de decisão com os melhores efeitos de longo prazo. É certo que um argumento consequencialista baseado em considerações de segunda-ordem pode seguir sendo um bom argumento desse tipo mesmo que colapse em casos pontuais. Nosso ponto, porém, é outro: como juízes e outros tomadores de decisão estão constantemente enfrentando problemas concretos que os encorajam a adotar cursos de ação particulares, feitos para aquele caso, nada impediria (i) que juízes reais tratassem casos concretos como desafios reais que colocassem em xeque as estratégias de interpretação e/ou decisão sugeridas pelo argumento das capacidades institucionais (risco de particularização endêmica) e (ii) que esses mesmos juízes frequentemente se desviassem do que entendem ser melhor “no todo” quando acharem que estão cometendo uma injustiça pontual (risco de desvio permanente).

²⁶ SUNSTEIN, Cass. Must Formalism Be Defended Empirically? *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, 3, 1999, p. 655 e segs..

²⁷ Para uma exploração da ideia de que a adoção de uma estratégia decisória pode ser racional se adotada por todo o judiciário de uma só vez, mas irracional se adotada por um juiz de cada vez ao longo do tempo, cf. VERMEULE, Adrian. Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 14, 549, 2005.

IV. CONCLUSÕES

Este trabalho tem uma finalidade meramente exploratória, e marca apenas mais um passo em uma agenda mais ampla sobre o espaço que argumentos sobre “capacidades institucionais” deveriam ter no direito brasileiro. Mesmo quando o argumento é estruturado de forma adequada, é possível falhar na sua aplicação de ao menos duas formas. Primeiro, o que chamamos de “problemas de informação”. Um dos méritos anunciados das comparações institucionais para a definição das capacidades de certas instituições é o seu aspecto *empírico*. As capacidades de instituições específicas devem ser definidas concretamente, dentro de um arranjo institucional específico, *não abstratamente*. Isso exige que se produza informação – necessariamente contingente – sobre as capacidades concretas de todas as informações envolvidas.

Nesse sentido, supostas visões sobre capacidades institucionais podem se mostrar problemáticas na prática quando análises empíricas não são feitas para sustentar visões sobre a postura decisória mais apropriada para um certo ambiente. Para além da dificuldade em si de obter e processar esses dados – que pode envolver custos proibitivos –, isso pode ocorrer em pelo menos 2 casos: quando (i) se recorre apenas a argumentos conceituais para comparar méritos e deméritos de instituições ou (ii) quando, ainda que se leve a sério aspectos reais sobre a conformação de uma instituição, idealiza-se outra.

Segundo, chamamos a atenção para “o problema da observância”. Há duas possíveis dificuldades para o cumprimento fiel de todos os pressupostos do argumento mais geral do qual a consideração das capacidades institucionais é uma parte decisiva. O ponto central da crítica está relacionado às considerações de segunda-ordem orientadas nos efeitos sistêmicos das alternativas decisórias que o argumento exige. As dificuldades de observância, nesse caso, aparecem se for possível sustentar que as condições tanto para a definição de estratégias de decisão e de posturas institucionais como para a aplicação, em um caso concreto, de uma resposta que possa ser a menos indicada em função dos seus efeitos dinâmicos, mas se mostra pontualmente a mais indicada, são *excessivamente exigentes*. É improvável que juízes de carne e osso consigam, em casos futuros, manter-se vinculados à distribuição de capacidades decisórias fixada em um momento anterior, com informações diferentes e em um caso concreto diferente. Alertamos, neste ponto, para os riscos de particularização endêmica e de desvios

permanentes.

Assim, se se assume que as “injustiças pontuais” podem – e tendem a – falar mais alto quando emergem, é porque um argumento como o das capacidades institucionais pode ser problemático, ao exigir *mais* do que tomadores reais de decisão podem efetivamente fazer para que o modelo teórico funcione adequadamente. Um tomador de decisões que utilize o argumento *agora está*, no fundo, fazendo uma espécie de aposta sobre como outros decisores – incluindo ele próprio – *conseguirão e tenderão* a se comportar em casos futuros. Saber se essa aposta é ou não justificada, porém, exige um juízo contingente e complexo sobre o funcionamento da cultura profissional dos tomadores de decisão relevantes naquela comunidade – um juízo que, embora possível, adiciona uma nova e séria camada de dificuldade à utilização de argumentos de capacidades institucionais.

Se estivermos corretos, então a utilização de argumentos de capacidades institucionais no direito brasileiro deve ser colocada permanentemente sob suspeita. Ela envolve dois ônus bastante difíceis de enfrentar. Não apenas a aplicação correta do argumento envolve a manipulação de informações difíceis de obter na maioria dos casos, como, mesmo que se faça uma aposta com as informações que se tem, não há qualquer mecanismo para forçar juízes futuros a adotar o mesmo raciocínio e chegar à mesma análise comparativa de capacidades institucionais. Ou seja: mesmo que se acerte na aplicação do argumento *agora*, as condições que devem ser preenchidas no futuro para a validade do argumento podem ser demasiadamente exigentes para que se diferencie um acerto casual de uma análise efetivamente rigorosa baseada nas capacidades institucionais. Se essas questões não são suficientes para descartar completamente a importância desses argumentos no direito brasileiro, pelo menos mostram que ainda há flancos abertos para sua operacionalização adequada por pessoas de carne e osso em arranjos institucionais específicos. O enfrentamento desses problemas é fundamental para que a expressão “capacidades institucionais” não se torne apenas mais um mantra entre teóricos do direito, constitucionalistas e administrativistas.

V. REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmento; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Vol. 5, 2, 2015.

CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: Por um Amicus Curiae Regulatório, In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, n. 20, 2009/2010.

ESKRIDGE JR., William. No Frills Textualism. **Harvard Law Review**, Vol. 119, 7, 2006.

PRADO, Mariana Mota. **Agências Reguladoras, Independência e Desenho Institucional**. In: II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia, Tema Agências Reguladoras: Energia Elétrica. São Paulo, SP: Bovespa Duke Energy, Ipiranga e Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm; Alexandre Santos de Aragão (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York, NY: Oxford University Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. Must Formalism Be Defended Empirically? **The University of Chicago Law Review**, Vol. 66, 3, 1999.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. In: Cass Sunstein (ed.). **Behavioral Law & Economics**. New York, NY: Cambridge University Press, 2000.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, Vol. 101, 4, 2003.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner. **Michigan Law Review**, Vol. 101, 4, 2003.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. **The Journal of Contemporary Legal Issues**, Vol. 14, 549, 2005.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2003.

Dois Problemas de Operacionalização do Argumento de “Capacidades Institucionais”
Two Operationalization Problems of “Institutional Capacities” Argument
Submetido em: 2016-02-13
Aceito em: 2016-07-10