

O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo

Diego Werneck Arguelhes *

Fernando Leal **

1) Apresentação

A expressão “capacidades institucionais” tem sido cada vez mais usada como recurso argumentativo no debate constitucional brasileiro para orientar e criticar escolhas do Poder Judiciário entre diferentes cursos de decisão, bem como entre teorias sobre interpretação jurídica e de posturas alternativas diante das outras instituições políticas¹. Embora os usos da expressão não tenham sido uniformes, é possível identificar dois grandes padrões. De um lado, a referência às “capacidades” de juízes e tribunais pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional. Essas capacidades servem de base para se recomendar ou criticar a adoção de posturas mais ou menos deferentes às decisões de outras instituições e desta ou daquela teoria interpretativa ou concepção sobre como aplicar o direito vigente. Em linhas gerais, a forma típica que o argumento parece assumir nesses casos é a seguinte: uma dada teoria sobre a interpretação

* Doutorando em direito na Universidade de Yale (EUA). Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO). dwarduelhes@gmail.com

** Doutorando em direito na Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha). farleal@hotmail.com

1 Cf. exemplificativamente Diego Werneck Arguelhes (2006); Fernando Leal (2006); Luís Fernando Schuartz (2007, pp. 1 - 41); Daniel Sarmento (2008, pp. 311-322). Gustavo Binbenbim e André Rodrigues Cyrino (2009, pp. 739-760); José Ribas Vieira; Margarida Lacombe Camargo; Alexandre Garrido da Silva (2009, pp. 1-10); Luis Roberto Barroso (2010, pp. 3-41); André Rodrigues Cyrino (2009/2010).

que foi empregada por um tribunal (ou teve seu uso defendido por juristas) faz sentido em um mundo ideal. Entretanto, quando transportada para a realidade e generalizada para juízes de carne e osso, ela pode gerar resultados perversos. Portanto, continuaria o argumento, não devemos encorajar os juízes em um determinado arranjo institucional a adotá-la.

De outro lado, há autores que procuram enfatizar de forma mais abrangente a dimensão “institucional” da expressão, analisando como o exercício dessas capacidades se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não-judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões. Por meio dessa análise comparativa das capacidades do Judiciário e da(s) instituição(ões) possivelmente afetada(s) por suas decisões, busca-se determinar os limites de atuação legítima das cortes em situações de efetiva ou potencial tensão interinstitucional. Nesses casos, ainda que em linhas muito gerais, pode-se perceber a seguinte estrutura geral do argumento: é certo que o Judiciário pode dar *alguma* resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar. Instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras – segue o argumento – estariam em condições de oferecer, no geral, respostas *melhores* do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir. Nesse sentido, encontramos referências às “capacidades institucionais” do Judiciário como justificativa para a adoção de uma postura mais autocontida ao atuar em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas².

Em todas essas dimensões e contextos de aplicação na literatura nacional recente, porém, sejam elas mais interinstitucionais ou mais intrainstitucionais, há um elemento em comum. É frequente a referência ao texto “Interpretation and Institutions”, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, como matriz básica do argumento baseado em capacidades institucionais³.

2 Ver, por exemplo, Binenbojm e Cyrino (2009).

3 Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule (2003, pp. 885-951).

O trabalho desses autores vem sendo enfatizado como fonte de elementos importantes para se estruturar melhor o exercício da discricionariedade judicial, na medida em que prescreve a incorporação de considerações sobre os recursos e limitações de que uma dada instituição dispõe para resolver os problemas que lhe são submetidos. Olhar para as capacidades institucionais de juízes e tribunais aparece, sobre essas bases, como um elemento útil ou até mesmo necessário para se discutir as múltiplas decisões que estes atores precisam tomar sobre a sua própria forma de tomar decisões. A título de exemplo, consideremos o recente recurso à noção de “capacidades institucionais” por parte de um Ministro do Supremo Tribunal Federal para ajudar a justificar sua decisão no julgamento, em 2011, do chamado “Caso Cesare Battisti”. Em seu voto, o Ministro Luis Fux afirmou:

[C]umpre definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, (...) apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente (...). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior⁴.

São fortes sinais de crescimento da presença do discurso das capacidades institucionais na pauta da comunidade jurídica nacional e, mais especificamente, do recurso ao trabalho de Sunstein e Vermeule. Entretanto, apesar dessa e de outras cada mais vez mais frequentes referências

4 Petição Avulsa na Extradicação n. 1085 / Reclamação n.11243. Voto do Ministro Luis Fux, p. 33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LEpdf>. Acesso em 30 de Junho de 2011.

à teoria delineada por esses dois autores, ainda falta clareza com relação às possibilidades e características desse tipo de argumento. Ainda que a referência intelectual expressa seja quase sempre a mesma, será que estamos todos falando da mesma coisa? Qual o terreno comum com base no qual a utilidade desse argumento pode ser apreciada? Nesse cenário intelectual, torna-se necessário um esforço de reconstrução do que exatamente está em jogo quando se recorre à noção de “capacidades institucionais” para orientar discussões brasileiras sobre o que e como os juízes devem decidir. Quais as premissas nas quais esse tipo de raciocínio se sustenta? Em que condições pode ele ser considerado consistente e bem-sucedido? Como se pode criticar um argumento do gênero?

Essa tarefa de reconstrução conceitual detalhada é importante porque, sem que haja clareza quanto à estrutura do argumento, a expressão “capacidades institucionais” pode ser usada em sentidos que guardam pouca ou nenhuma relação com um argumento como o de Sunstein e Vermeule. Corre-se o risco de que a idéia de “capacidades institucionais”, em vez de sintetizar um argumento original, útil e juridicamente plausível, seja empregada como: (a) um recurso de baixíssimo potencial crítico, porque facilmente incorporável (ou já incorporado) por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada – um uso *banal*; (b) um rótulo novo para categorias dogmáticas antigas, sem que a invocação de “capacidades institucionais” traga consigo qualquer efetivo benefício prático ou conceitual – um uso *redundante*; ou (c) um argumento pragmático completamente desvinculado do direito positivo e, assim, incompatível com pressupostos e condicionamentos básicos do raciocínio judicial – um uso *absurdo*.

2) Objetivos

Neste trabalho, procuramos contribuir para o enfrentamento desses problemas de duas formas principais. Primeiro, reconstruiremos um modelo possível e minimamente detalhado do que é um argumento de capacidades institucionais. Buscamos identificar os principais traços de abordagens centradas em “capacidades institucionais”, nos termos de Sunstein e Vermeule, e apresentar os principais elementos do procedimento de decisão por eles pressuposto. Nessa tarefa, partimos da premissa de que, para que faça sentido como forma de orientar e criticar

escolhas judiciais, a expressão “capacidades institucionais” (quando expressamente relacionada ao Poder Judiciário) deve ser encarada como a síntese de um esquema argumentativo com pressupostos, condições e um método de operacionalização específicos. São esses pressupostos, condições e parâmetros de operacionalização que nos permitirão aferir, em última instância, a relevância e/ou utilidade de se recorrer à idéia de “capacidades institucionais”.

São esses elementos, ademais, que conferem a essa estrutura argumentativa algum grau de especificidade em relação às muitas categorias e abordagens existentes no debate sobre decisão judicial e que, em alguma medida, já incorporam algum tipo de análise comparativa dos traços institucionais, limitações e recursos básicos do Poder Judiciário em contraste com outras instituições públicas⁵. A importância e a utilidade de

5 Esse ponto será desenvolvido em mais detalhes no decorrer do texto. Por ora, vale notar que análises dos limites do exercício da função jurisdicional focadas em aspectos institucionais não são recentes. Raízes da tentativa de pensar tensões entre o Judiciário e Agências e entre o Judiciário e o Legislativo a partir das suas funções institucionais e das virtudes que o desenho constitucional pretende garantir para o exercício adequado daquelas funções podem ser encontradas, por exemplo, em Lon Fuller (1978, pp. 353-409). O texto foi publicado em 1978, mas apresentado pela primeira vez em 1958 e revisado pelo autor pela última vez em 1961). O trabalho de Frederick Schauer também pode ser considerado fundamental para a abertura das discussões sobre a importância de se pensar teorias da decisão jurídica (mais especificamente, modelos de tomada de decisão baseados em regras) como mecanismos de alocação de poder entre instituições. Schauer talvez seja, por isso, o primeiro a justificar a interdependência entre as questões “como decidir?” e “quem decide?”, sendo inclusive citado como referência intelectual central por Vermeule (2006). Essa necessidade de relacionar ambas as perguntas decorre da importância afirmada do papel das regras como ferramentas para a alocação de poder, concepção desenvolvida basicamente no livro *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life* (1991). Por esse motivo, regras podem ser consideradas instrumentos úteis para a manutenção da estabilidade de instituições e a administração da confiança e da desconfiança relacionadas às diferentes instituições no âmbito do sistema jurídico em que atuam. Tal utilidade não se sustenta necessariamente sobre considerações epistêmicas, mas, sobretudo, pelo simples fato de regras conformarem o desenho institucional ao distribuírem competências. Regras, por um lado, entrincheiram o *status quo* ao alocarem poderes intertemporalmente, ou seja, fixando no presente e no passado guias de decisão para o futuro. Por outro, reduzem a possibilidade de variação das decisões em uma mesma instituição, que poderia decorrer da mudança dos seus membros (p. 161). Esses mecanismos desempenham um papel fundamental nos casos em que uma regra se revela insuficiente para determinar cursos de ação. Resistência em face de experiências recalitrantes é evidentemente fundamental para garantir as virtudes das regras relacionadas à alocação do poder. Mas, em alguns casos, o enfrentamento do problema é inevitável e instituições potencialmente competentes para aplicar regras nessas situações podem simplesmente ser mais deferentes às capacidades decisórias de outra instituição. Isso, para Schauer, não é incompatível com um modelo de regras. Ao contrário, “[a]n agent who says, ‘This is not my job’, is not necessarily abdicating responsibility. One form of taking responsibility consists in taking the responsibility for leaving certain responsibilities to others” (p. 162). A perspectiva de Schauer sobre a aplicação de regras é, nesse cenário, decisivamente inspiradora para uma teoria das capacidades institucionais, uma vez que ela rejeita de antemão visões simplificadas e deterministas sobre “quem deve decidir o que” em um determinado sistema jurídico. Para Schauer, ao contrário, o fato de regras serem ferramentas de desenho

referências a textos seminais do debate contemporâneo sobre a importância das análises institucionais comparativas (como o já mencionado “Interpretation and Institutions”) não podem ser adequadamente explicadas ou mensuradas se não estivermos atentos aos traços do argumento que são diferentes e originais em relação ao debate maior em que se inserem. Tomamos como um dado, portanto, que é necessário e útil buscar uma reconstrução desse argumento para que se possa identificar o que o torna diferente em relação aos recursos já existentes no debate tradicional sobre a função judicial.

Nossa leitura do argumento das capacidades institucionais identifica nele três premissas e uma estratégia básica de raciocínio. As premissas são: (i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo⁶. Diante dessas premissas, a estratégia básica de raciocínio de quem leva as “capacidades institucionais” a sério é a de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a “segunda melhor” solução. Nesse sentido, nossa hipótese principal é a de que a chave para se compreender a especificidade e a relevância de um argumento baseado em capacidades institucionais reside na incorporação do que os economistas chamam de “*second-best reasoning*” nos debates

institucional fundamentais para a alocação de poder não implica uma distribuição definitiva de competências que garante a uma instituição (no caso, o Judiciário) o monopólio de aplicar regras ou decidir o sentido de suas disposições. No Brasil, a relação entre teorias sobre como decidir e o cenário institucional mais amplo, novamente tendo Schauer como referência, vem sendo discutida por Noel Struchiner (2006, pp. 363-366) e (2009, pp. 463-482).

6 Em si, consequencialismo é uma estratégia de decisão (ou, mais precisamente, de justificação de decisões). Aqui, porém, o que interessa é qual o papel de uma postura consequencialista tem em relação à estratégia decisória específica recomendada por Sunstein e Vermeule. Nesse contexto específico, o consequencialismo é premissa, pois é um pressuposto do “*second best reasoning*” recomendado pelos autores. Vale notar que há formas de raciocínio consequencialista que não refletem um esforço de racionalização com vistas a se atingir um “*second best*”.

sobre a adequação de posturas institucionais e métodos decisórios. A remoção de qualquer das premissas ou da estrutura descritas acima descaracteriza o argumento de capacidades institucionais⁷.

Uma vez feita essa reconstrução, o segundo objetivo é identificar algumas variedades de argumentos que, apesar de fazerem referência à expressão “capacidades institucionais” ou às idéias de autores como Sunstein e Vermeule, não se encaixam no modelo proposto. A força do que entendemos como um argumento de capacidades institucionais está associada a uma estrutura de raciocínio específica, que acreditamos necessária para dar sentido a qualquer crítica nele baseada. Argumentos que se apresentam dentro da estrutura adequada, mas não se desincumbem dos ônus argumentativos a ela vinculados são erros na aplicação da teoria. Nesses casos, porém, a teoria permanece útil porque pode ser usada para criticá-los e aperfeiçoá-los. Por outro lado, argumentos que se servem do título “capacidades institucionais, mas não da sua estrutura de raciocínio, não são aplicações de uma teoria como a de Sunstein e Vermeule, mas sim de teorias diferentes (algumas das quais bastante antigas) sob um rótulo novo. Não são sequer erros, mas simplesmente empreendimentos conceituais distintos. Essa segunda possibilidade nos parece particularmente problemática. O risco é o de que “capacidades institucionais” se torne o novo “mantra” dos constitucionalistas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate. Para ilustrar esses riscos, mostraremos como é possível construir (e, portanto, identificar) formulações aparentemente (a) banais, (b) redundantes ou (c) absurdas do argumento⁸.

Não se trata, aqui, de legislar sobre como a expressão “capacidade institucional” deve ser usada. Dependendo dos objetivos de quem a invoca, ela pode ser proveitosamente empregada em sentidos e contextos diferentes – e sob critérios de consistência diferentes, mas válidos, ainda que não sejam exatamente os que Sunstein e Vermeule tem em mente quando desenvolvem seu argumento. Nosso ponto não é, por isso, estritamente semântico. Tampouco se trata de puro esforço exegético do sentido que a expressão tem no trabalho deste ou daquele autor, que supostamente deteria a “propriedade” dessa combinação de palavras. A

7 Ver parte 3, *infra*.

8 Ver Parte 4, *infra*.

expressão em si deve ser encarada apenas como um atalho verbal para um conjunto de idéias, premissas e estruturas argumentativas determinadas, que devem, sobretudo, ser usadas consistentemente na defesa de quaisquer conclusões que pretendam resultar da aplicação das mesmas. São esses elementos, e não as palavras com que escolhemos descrevê-los, que são potencialmente úteis para discutir a atuação judicial no Brasil. Nosso objetivo é apenas o de apresentar um modelo *possível* de um argumento que leva a sério os méritos e deméritos de diferentes instituições em um determinado arranjo institucional e possua um mínimo grau de especificidade e consistência interna. Nesse contexto, a escolha por discutir as idéias de Sunstein e Vermeule se justifica por razões substanciais, e não de mera autoria. Acreditamos – pelas razões desenvolvidas no decorrer do texto – que há, de fato, algo de específico, internamente consistente e útil no argumento desenvolvido por esses autores, ainda que sua proposta não seja imune a objeções⁹. Entretanto, qualquer esforço crítico contra as teses desses autores pressupõe a explicitação das premissas, especificidades e estrutura básica do argumento de capacidades institucionais desenhado por eles. Pode-se aprender com aplicações malsucedidas de uma teoria, bem como com uma teoria malsucedida. Não se pode aprender muita coisa, contudo, quando falta um acordo mínimo sobre os seus pressupostos e os critérios para sua efetiva aplicação.

3) Por que comparar capacidades de diferentes instituições?

3.1) Os méritos anunciados das comparações institucionais

Como sugerido na parte anterior, no debate recente sobre os limites e modos de exercício da função judicial é possível identificar duas grandes vertentes de argumentos centrados na idéia de “capacidades institucionais”. De um lado, o que poderíamos chamar de argumentos *intra*institucionais. Aqui, o argumento é utilizado para apreciar diferentes respostas à questão “como deve o Judiciário decidir?”. De outro, essa indagação abre espaço e torna necessária uma pergunta anterior e mais abrangente: “quem deve decidir?” Ao se abrir tanto para análises *intra*institucionais, quanto *inter*institucionais, o argumento das “capacidades institucionais”

9 Para uma sofisticada crítica geral ao empreendimento de Sunstein e Vermeule, ver Márcio Grandchamp (2008).

tem dois méritos básicos. Primeiro, obriga os participantes do debate a incorporarem juízos empíricos na defesa de suas propostas. Enfatiza-se que toda teoria normativa sobre a função judicial, formulada em um contexto ideal que pode estar mais ou menos explícito em sua descrição ou escorada sobre compromissos conceituais muito vagos (como os relacionados a uma concepção de democracia, estado de direito, constitucionalismo ou jurisdição constitucional¹⁰) irá necessariamente se comportar de forma diferente do esperado uma vez manuseada por juízes reais, em contextos institucionais específicos. Segundo, o argumento expõe certa miopia que caracteriza análises a respeito de escolhas judiciais focadas exclusivamente nos méritos e deméritos do Poder Judiciário. Esse insulamento não é metodologicamente suficiente para fundamentar a adequação e a legitimidade ou não de uma decisão. Ao contrário, compreendido como apenas uma peça em um arranjo institucional plural e cooperativo, as escolhas do Poder Judiciário não podem ser analisadas como se as habilidades, limitações e o exercício das competências de juízes e tribunais se dessem em um vazio institucional. Quando criam ou tendem a criar tensões interinstitucionais, elas devem ser apreciadas *relativamente* aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas para esses problemas.

Com relação ao primeiro ponto – a abertura necessária para juízos empíricos e contextualizados na apreciação do mérito de uma dada recomendação sobre como juízes devem decidir –, a lista de variáveis que podem e devem entrar em uma análise desse tipo é imensa. Para citar apenas alguns exemplos, uma formulação típica desse argumento chamaria a atenção para a escassez de tempo, ligada a variáveis como volume de processos e limitações na estrutura de apoio aos juízes¹¹. Aqui, há um movimento não apenas do ideal para o real, mas também no sentido de exigir de quem apresenta uma teoria normativa desse tipo reconhecer o fato de que ela possivelmente será aplicada por juízes diferentes e em condições diferentes. Assim, um argumento de capacidades institucionais força a teoria em análise a explicitar o seu alcance esperado, com

10 Esse tipo de compromisso é chamado de conceitualismo do tipo first-best e é um alvo explícito no livro de Adrian Vermeule *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation* (2006, p. 2). e implícito no já referido “Interpretation and Institutions”.

11 Uma proposta de sistematização de elementos importantes que uma análise institucional comparada deve incluir é oferecida na parte 4.2, *infra*.

os ônus específicos daí decorrentes, já que as variáveis ligadas aos recursos e limitações dos órgãos decisórios não são idênticas para juízes em diferentes sistemas jurídicos, para juízes de tribunais superiores e juízes de primeira instância, nem entre juízes em tribunais e varas “generalistas” e tribunais e varas “especializados”.

Por isso, negligenciar as dimensões contextual e relacional do exercício de competências judiciais implica, nessa perspectiva, um déficit metodológico para qualquer descrição, crítica ou proposta normativa relativa ao exercício da função jurisdicional. Entretanto, utilizar a idéia de “capacidades institucionais” requer dar um passo além. Se a dimensão institucional no exercício da função jurisdicional deve ser levada a sério, a questão “como os juízes devem decidir?” é, em si, no mínimo, incompleta, ainda que incorpore as preocupações e elementos empíricos mencionados na seção anterior. Em uma abordagem institucionalista, a primeira pergunta a ser respondida deve ser “por que deve o Poder Judiciário, com suas habilidades e limitações específicas, (e não outra instituição) enfrentar determinado(s) problema(s)?”¹². A preocupação com as capacidades de juízes de carne e osso em implementar teorias, recomendações e parâmetros no exercício diário de seu ofício decorre do fato de que o exercício de suas competências não ocorre em um vazio institucional. O juiz de carne e osso não é o juiz ideal, nem o Judiciário é uma entidade monolítica. Mas, além disso, esses múltiplos juízes de carne e osso não compõem a única instituição a enfrentar situações sociais que exigem interpretação e aplicação de normas jurídicas. Essa pluralidade de relações torna tensões intra e interinstitucionais não apenas inevitáveis, mas naturais em ambientes nos quais o poder é distribuído horizontalmente, podendo levar a verdadeiros impasses institucionais. Nesse ponto, referir-se às “capacidades” de uma instituição implica fundamentalmente indicar os seus méritos *comparativos* para decidir tanto questões que podem estar sob a esfera de competências de mais de uma instituição, quanto problemas cujas soluções por uma dada instituição terão efeitos sobre objetivos compartilhados por outras instituições.

12 Cf. Jeff A. Kingal (2008, pp. 409-441, p. 423).

3.2) Os pressupostos fundamentais do argumento

A tese de que a melhor forma de apreciar métodos de decisão, posturas ou mesmo decisões institucionais específicas depende da comparação dos méritos e limitações das diferentes instituições capazes de lidar com os mesmos tipos de questões (i) parte de alguns pressupostos relacionados à organização do poder estatal e (ii) enfatiza aspectos específicos da solução de problemas em contextos reais de decisão. Quanto ao primeiro ponto, a análise das capacidades de uma determinada instituição *vis-à-vis* outra(s) tende a ser especialmente relevante quando há *interação institucional* prevista pelas regras de desenho institucional vigentes – como a prescrita por um modelo de separação de poderes estruturado em um esquema de freios-e-contrapesos – e quando é pressuposto algum grau de *compromisso cooperativo* entre as instituições. No segundo, acentuam-se as *dificuldades epistêmicas* de atores institucionais reais relacionadas à solução de questões controversas e a correspondente *falibilidade potencial* das decisões tomadas sob condições de risco ou incerteza para justificar a importância de se medir comparativamente as capacidades de diferentes instituições. A relevância das análises institucionais comparativas se fundamenta, nesta segunda dimensão, sobre a importância da redução das chances de erro por meio da indicação da instituição menos falível para decidir determinadas questões.

3.2.1) Pressupostos institucionais estruturais

Funcionalismo e especialização

O argumento das capacidades institucionais pressupõe uma determinada concepção de separação de poderes e de desenho institucional, segundo a qual diferentes funções devem ser alocadas, tanto quanto possível, para o nível de governo ou da sociedade que possa exercê-los melhor¹³. Sob tal perspectiva, a palavra chave na distribuição de poderes é especialização. A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um “arquiteto institucional”, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições especí-

13 Francesco Parisi (2000, p. 1) e Robert D. Cooter (2000, p. 173).

ficas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar. Endossando implicitamente esse tipo de perspectiva, por exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence observou que “[q]uando a Constituição cria uma instituição e lhe atribui determinado poder ou função política, a presunção é que o faça em caráter privativo, de modo a excluir a ingerência na matéria de outros órgãos do Estado”¹⁴.

Essa noção de especialização é, por certo, uma idealização. Mesmo supondo que, na elaboração do texto constitucional original, tenha-se de fato tentado distribuir poderes entre diferentes instituições com base em um critério de especialização – o que em si já é exigir bastante da realidade –, a realidade de um sistema constitucional minimamente complexo é dinâmica¹⁵. Há um movimento inicial para alocar poder entre instituições, mas: (a) essa alocação pode ser ambígua, permitindo que diversas questões sejam reconduzidas às esferas de atuação legítima de mais de uma instituição; e (b) as instituições podem usar sua dotação inicial de poder para oferecer leituras *transformadoras* da alocação inicial supostamente expressa no texto constitucional. Em outras palavras, mesmo se assumirmos que o desenho original se pautou por um ideal de especialização funcional, esse desenho original será contestado e transformado ao longo do tempo. Isso não impede, no entanto, que o referido ideal possa desempenhar um papel importante não apenas para a construção da teoria, como também para a orientação efetiva de qualquer procedimento de comparação das capacidades de diferentes instituições.

Compromisso interinstitucional

A possibilidade de conflito interinstitucional dentro das regras do jogo é justamente o ponto de partida que dá sentido à busca pela compa-

14 Voto min. Sepúlveda Pertence no REExt 135.238/SP, DJ 20/04/2001.

15 Vale notar que há razões práticas para se promover algum grau de redundância, em vez de especialização, na alocação de funções. Martin Shapiro (1981), por exemplo, observa que, em várias sociedades e épocas, é comum que as instituições judiciais acumulem funções que se sobrepõem às dos órgãos da administração pública e às das instituições primariamente legislativas. Esse tipo de desenho “redundante” diminui a chance de que ocorram impasses institucionais diante de demandas sociais, já que existe mais de um caminho possível para um grupo político ou movimento social organizado obter um determinado resultado por parte do governo.

ração das capacidades institucionais. É, por exemplo, a indefinição das margens de controle judicial de decisões políticas que sugere a importância de se medir as capacidades do Legislativo *vis-à-vis* as do Judiciário para se definir quando este último está ou não apto a substituir um juízo legislativo por uma decisão mais capaz de promover os objetivos visados por uma norma cuja constitucionalidade esteja sendo discutida. Mais ainda, na medida em que se estrutura sobre comparações entre méritos e deméritos para a determinação da instituição mais capacitada para enfrentar problemas com certa roupagem, a análise das capacidades de diferentes instituições pressupõe um modelo de “concorrência harmônica” entre elas. Nessa perspectiva, assume-se que, apesar dos inevitáveis desacordos, as diferentes instituições que atuam em um mesmo arranjo estão comprometidas com a realização, na maior medida possível, de um ou mais objetivos comuns determinados pela ordem constitucional em que atuam.

Essa compreensão harmônica da distribuição de poderes dirige a busca de soluções para tensões interinstitucionais a partir da necessidade de efetiva coordenação e interação equilibrada entre eles no exercício de suas funções e é sustentada por um ideal regulativo de unidade do poder estatal que se orienta na realização de objetivos comuns¹⁶. O poder é monopolizado no Estado, mas a sua divisão horizontal impõe custos inafastáveis de negociação e, por isso, existe a necessidade de cooperação permanente entre as esferas para a condução do governo¹⁷. Nessa perspectiva, a Constituição não se resume a um simples projeto de arquitetura que distribui formalmente competências, fixa as funções de cada instituição e as conforma por meio de regras. Como reflexo dessa

16 Neil MacCormick (2007, p. 35). Fuller se refere à mesma idéia ao enfatizar a importância de o governo ser compreendido como uma forma de ordem social organizada em torno de objetivos comuns: “...it is important to recall that without some actual sharing of aims affirmatively entertained, however impoverished the aims and however restricted the sharing, no government is possible. It is for that reason that a government is here considered as a highly formalized variety of organization by common aims” (Fuller, 1978, p. 359). Esse também é um pressuposto fundamental da concepção de direito como planejamento de Shapiro, uma vez que o compartilhamento de um plano também depende de que ele seja desenhado *para* o grupo. Cf. Scott Shapiro (2011, p. 136). Uma forma de assegurar e fundamentar essa unidade é pressupor uma norma convencional que prescreve a observância da Constituição e das normas válidas de acordo com ela por todos aqueles que exercem o poder. Cf. MacCormick (2007, pp. 45, 60). Essa é claramente a resposta do positivismo jurídico de raízes hartianas para o problema do fundamento último de validade da ordem jurídica, assunto que não será desenvolvido aqui por extrapolar os objetivos deste texto.

17 Cooter (2000, pp. 211 e 213ss). Sobre a importância de se pressupor a existência de um compromisso *cooperativo* entre as instituições cf. tb. Kingal (2008, pp. 427ss).

almejada unidade entre os fins estatais, ela se torna o principal referencial normativo para a manutenção da coerência do sistema jurídico nas tentativas de harmonizar conflitos interinstitucionais ao definir os objetivos gerais a que todos os poderes se submetem e determinar parcialmente as melhores estratégias para cada poder se relacionar com os outros¹⁸. Nesse contexto, o argumento das capacidades institucionais é essencialmente um argumento de natureza constitucional que conjuga entre os seus pressupostos um tipo de leitura funcionalista da divisão de poderes com os ideais regulativos de unidade do poder estatal e de compromisso interinstitucional em torno de fins constitucionalmente estabelecidos. Vale insistir, mais uma vez, que estamos descrevendo pressupostos de um tipo de raciocínio, e não identificando propriedades deste ou daquele cenário institucional, nem recomendando que o desenho institucional seja lido ou alterado com base nesta ou naquela noção. Especialização funcional pode ser uma má idéia na orientação de interpretações da estrutura institucional de uma dada comunidade. Mas é um ideal *pressuposto* por quem apresenta um argumento de “capacidades institucionais”. Afinal, na comparação entre as capacidades de diferentes instituições, o objetivo é encontrar a instituição mais capacitada para resolver o tipo de problema em discussão. Nesse sentido, pode-se dizer que, no limite, o argumento das capacidades institucionais expressa uma tentativa de eliminação de redundâncias e ambiguidades no desenho institucional.

3.2.2) Pressupostos epistêmicos

Falibilidade Potencial e Contingência das “Capacidades”

O argumento das capacidades institucionais não se completa, por outro lado, sem que se reconheçam (i) uma margem insuperável de *incerteza* na determinação da correção das escolhas institucionais para promover (no futuro) determinados fins relevantes e, como uma das causas importantes para essa incerteza, (ii) as *limitações e vieses cognitivos* a que estão submetidas as instituições em razão da sua conformação normativa e das condições fáticas sob as quais exercem as suas competências. Análises institucionais comparativas são cabíveis, *grosso modo*, quando se questiona a confiabilidade dos juízos de uma determinada instituição a

18 Cooter (2000, p. 211).

respeito de assuntos que poderiam também obter resposta de outras instituições. Nesses casos, comparam-se as aptidões de cada uma delas para se determinar qual instituição reúne as melhores condições para oferecer respostas para determinados problemas. Esse esquema geral, como se percebe, só faz sentido se existe alguma margem de dúvida a respeito da possibilidade de as instituições em consideração fornecerem as melhores respostas possíveis para problemas de certo tipo ou, no mínimo, de se determinar com certeza a probabilidade com que as decisões de diferentes instituições podem promover determinado fim relevante.

Se, à luz das capacidades de uma determinada instituição, não se questiona a sua aptidão para, por meio de suas decisões, promover os objetivos para os quais foi desenhada, análises a respeito dos seus méritos e deméritos relativos a outra(s) instituição(ões) perdem completamente o sentido. Da mesma forma, a disputa a respeito de qual instituição deve ter a primazia para indicar soluções para certos problemas só se torna relevante quando diferentes instituições podem oferecer, com algum grau não determinável de confiabilidade, soluções que tendem a promover determinados objetivos. Se, em face de um problema P , for possível determinar que a solução S_1 proposta pela instituição I_1 é capaz de promover o objetivo social O com 40% de confiabilidade e que a solução S_2 , dada pela instituição I_2 , é capaz de promover o mesmo objetivo com 70% (dado que não há violação de competências expressamente previstas pelo direito positivo e aceito que tanto S_1 como S_2 não causam restrições a outros objetivos relevantes ou, se causam, fazem-no com a mesma intensidade), não é preciso comparar as suas capacidades para que se saiba qual resposta institucional é socialmente preferível. Ao contrário, medir as capacidades relativas de diferentes instituições é útil como recurso argumentativo quando há incerteza quanto ao grau de confiabilidade das respostas que oferecem. Se é preciso apostar em escolhas sob condições de incerteza, é preferível que a decisão recaia, então, sobre as decisões da instituição que, pelo menos fática e normativamente, apresenta as melhores condições para trazer respostas satisfatórias para problemas dessa natureza¹⁹.

19 A provisoriidade e a incompletude do conhecimento científico e as limitações epistêmicas que condicionam necessariamente processos reais de tomada de decisão (como restrições temporais e restrições decorrentes dos próprios limites humanos para obter e processar informações) são os principais fatores que justificam a existência de cenários de risco e incerteza para a tomada de decisão. Em comparação

Pensar nas capacidades de uma instituição requer, assim, considerar antes de tudo as margens de incerteza a que se submetem as decisões de quaisquer atores institucionais para questões complexas. Mais ainda, analisar as capacidades relativas de uma instituição depende decisivamente da crença de que as dificuldades epistêmicas de cada instituição são reduzidas ou aprofundadas em razão da sua conformação específica. Instituições reais possuem capacidades diferentes não somente porque possuem funções distintas, mas porque se servem de instrumental fático e normativo diferente para ressaltar *virtudes* específicas tidas como condições de possibilidade para o exercício adequado das funções para as quais foram desenhadas. No caso do Judiciário, por exemplo, é típica a leitura de que as regras que o conformam institucionalmente visam, sobretudo, a fomentar, garantir e reforçar a autonomia, a independência e a imparcialidade dos seus membros²⁰. E essas virtudes só podem ser realizadas se são criadas condições para que cada um dos seus membros

com os pressupostos de modelos ideais de racionalidade, a justificação de soluções concretas submete-se a condições subótimas de operacionalização. Nesse sentido, a controlabilidade de juízos prospectivos nem sempre é capaz de resistir à força das contingências. Existe, assim, uma assimetria insuperável entre o futuro presente e o presente futuro, motivo pelo qual a força de decisões que se fundamentam sobre a sua aptidão para promover estados de coisas que realizam fins relevantes está sempre condicionada pela possibilidade de a realidade se conformar, no futuro, de um jeito diferente daquele pensado no momento da tomada de decisão. Para as hipóteses de problemas de decisão que não envolvem juízos prospectivos, mas considerações retrospectivas (como as que estão por trás de técnicas tradicionais de definição de sentido de normas, tais quais a harmonização sistemática e a pesquisa histórica), o grau de incerteza decorre de outros fatores também relacionados às limitações epistêmicas a que se submetem necessariamente tomadores de decisão de carne e osso. No entanto, nesses casos as dificuldades epistêmicas se expressam especialmente nos limites de racionalidade de ponderações, da justificação de ordens de preferência entre objetivos e de exaustão das potencialidades semânticas de um texto. Sobre o assunto cf. o clássico trabalho de Herbert Simon (1955, pp. 99-118). Egidi, Massimo und Marris, Robin (Orgs.) (1992) e Daniel Kahneman e Amos Tversky. Variants of Uncertainty, in: Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky (Orgs.) (2005, pp. 509-520). Sobre as assimetrias entre o presente futuro e o futuro presente, ver Niklas Luhmann (1981 e 1974, cap. IV).

20 Trata-se, mais uma vez, de um ideal que orienta a leitura de regras jurídicas que desenharam uma instituição, e não de uma afirmação de fatos empíricos como “as pessoas que aprovaram a Constituição tinham apenas esses objetivos em mente ao escrever os artigos referentes ao Judiciário” ou “os artigos constitucionais referentes ao Judiciário são suficientes para que este tenha autonomia, independência e imparcialidade”. Ver, como exemplo de adoção deste ideal, as considerações feitas por Owen Fiss (2005, pp. 13-14) em seminário realizado na Direto GV: “The primary focus of academics who study the judiciary should be on what you call institutional design. The emphasis should be on making certain that judges are listening to all grievances, hearing from all affected parties, and making certain that their decisions can be justified on the basis of principle. I believe these procedures will make judges into heroes. The end of these procedures is not procedure but justice, and I believe that if we strongly insist upon these procedures we will turn the most ordinary people into heroes. Sobre o caráter ideal dessas aspirações e o que se pode esperar de fato de juízes reais em virtude dessas aspirações, ver Lawrence M Friedman (2006, pp. 139-160).

possa tomar as decisões que julga corretas com custo zero – ou algo próximo a isso – para si²¹. Além das regras conformadoras, outras regras – processuais especialmente – pretendem ainda configurar o processo de tomada de decisão judicial de modo a garantir que o exercício dessas virtudes seja acompanhado por resultados minimamente céleres e bem informados. As capacidades de juízes e tribunais são, do ponto de vista da ordem jurídica vigente, definidas, assim, dentro dessa estrutura formada pelas regras que instituem o Poder Judiciário, fixam as conseqüências normativas de sua existência e orientam o exercício de suas funções²².

Esse quadro normativo não apenas organiza e molda o Poder Judiciário como também interfere no modo como as suas escolhas são feitas. Cada instituição possui um aparato normativo e administrativo distinto para realizar as suas funções constitucionais e, por isso, tem ferramentas distintas para enfrentar (sem nunca eliminar completamente) a incerteza. A principal consequência desse pressuposto é a impossibilidade de se afirmar, de forma categórica, que determinados assuntos devem ser *sempre* tratados por certas instituições porque elas reúnem necessariamente as melhores condições para formular respostas apropriadas para eles. Por isso, tentativas de determinar, por meio de distinções puramente conceituais e clivagens teóricas, um conjunto de temas que tem, em todos os mundos possíveis, natureza exclusivamente legislativa (ou exclusivamente judicial) são *incompatíveis* com a perspectiva subjacente ao método orientado nas capacidades efetivas de diferentes instituições.

De fato, se a definição das capacidades de uma instituição para formular respostas para certos problemas depende do seu desenho normativo e das condições fáticas sob as quais ela desempenha as suas atividades, distinções abstratas a respeito do que compete a cada instituição decidir servem, no máximo, como argumentos *extra-institucionais* que *podem* (e não *devem*) orientar a discussão quando não for possível definir claramente as capacidades institucionais ou houver problemas de incomensurabilidade no cruzamento de méritos e deméritos de diferentes instituições. Por tal motivo, buscar, por exemplo, resolver tensões interinstitucionais entre o Legislativo e o Judiciário apelando para classificações rígidas como “questões de direito/judiciáveis” e

21 Cooter (2000, p. 195).

22 Para um esquema mais geral que se serve desses elementos cf. MacCormick (2007, p. 36).

“questões políticas”²³ ou “questões de princípio” e “questões de política” (definida sobre as bases da distinção entre *principles* e *policies* de Dworkin²⁴) é recorrer a uma estratégia de argumentação tipicamente não orientada para a comparação das capacidades de diferentes e concretos atores institucionais²⁵.

A dimensão contextualista do argumento, ressaltamos, não implica um particularismo para a definição dos métodos de decisão e posturas institucionais mais adequados para cada poder nos limites de suas capacidades. Não é necessariamente à luz de cada situação concreta de tensão interinstitucional que se deve definir como instituições devem se portar. Com base nas capacidades institucionais, é possível sugerir métodos de decisão e posturas institucionais que tenham a pretensão de validade para um conjunto mais amplo de casos²⁶. Por exemplo, é em princípio compatível com o argumento das capacidades institucionais a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, com base em suas funções e responsabilidades constitucionais, as aptidões dos seus membros para obter e processar informações à luz de elementos empíricos como a quantidade e qualidade dos assessores de cada ministro e a taxa de congestionamento processual da corte, bem como os próprios limites normativo-processuais para a tomada de decisão, deve ser deferente a uma escolha legislativa es-

23 Trata-se de estratégia de distinção com raízes mais que centenárias no direito constitucional brasileiro. Em 1910, em pioneiro esforço doutrinário, Rui Barbosa reconstruiu o texto constitucional de 1891 de modo a isolar um conjunto de questões insuscetíveis de apreciação judicial. Observa que as questões políticas são, “obviamente” as “*relativas ao exercício de poderes* mera, única e exclusivamente *políticos*”, isto é, “*os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem.*” (Rui Barbosa, 1910, p.156). São questões que envolvem “apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São considerações de interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada à competência dos que exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro na qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente.” (Id. p. 164). Assim, Barbosa procura estabelecer, por meio de uma definição do que deve ser considerado como “questão política”, quais dos poderes colocados à disposição do Poder Executivo podem e quais não podem ter a correção constitucional do uso discutida em juízo.

24 Ronald Dworkin (1978, p. 22). Para Dworkin falta aos juízes a legitimidade democrática do legislativo para perseguir políticas ou implementar ações ou programas destinados à sua realização (Idem, p. 83). Críticas são dirigidas, do ponto de vista da teoria do direito, à possibilidade de se diferenciar esses tipos de questões em razão do critério indicado por Dworkin: a forma prospectiva de raciocínio. Pensar em objetivos ou fins é também uma forma de se argumentar com argumentos de moralidade (princípios), o que dificultaria a diferenciação entre dois padrões distintos de decisão com base nesse fator. Sobre o assunto cf. Kent Greenawalt (1983, pp. 88-118). Neil MacCormick (1983, pp. 239-258).

25 Kingal (2008, pp. 414ss).

26 Kingal diferencia, nesse sentido, abordagens institucionalistas contextuais e restritivas. Cf. Kingal (2008, pp. 430s).

pecífica (por exemplo, em relação a uma lei que, após ampla discussão parlamentar em que foram também ouvidos seguimentos distintos da sociedade, autorizasse ou proibisse o aborto)²⁷. Mas é igualmente possível usar o argumento para defender a tese de que o STF brasileiro deve adotar uma postura formalista sempre que for chamado a interpretar atos regulatórios ou rever decisões de determinadas autarquias, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em razão das suas capacidades para lidar com as sofisticadas questões com as quais ela cotidianamente lida²⁸. Ambas as respostas são, em princípio, justificáveis em termos institucionais comparativos, pois não contradizem os pressupostos fundamentais do contextualismo e da variabilidade das vantagens e limitações epistêmicas de atores institucionais reais.

3.2.3) Pressupostos metodológicos

Consequencialismo

A última premissa endossada por quem apresenta um argumento de “capacidades institucionais” já estava implícita na discussão dos dois blocos anteriores de pressupostos. Trata-se da idéia de que, tendo-se a especialização funcional como ideal e levando-se em conta a variabilidade fundamental das capacidades das instituições de atenderem a dados fins constitucionais, deve-se escolher uma teoria, concepção ou alternativa de decisão a partir das consequências que ela é capaz de produzir, direta ou indiretamente. Mais especificamente, a teoria requer que se considere como correta a *melhor* alternativa relativa, entendida como sendo aquela que promova, em um grau no mínimo idêntico ao de outras ações possíveis no momento da decisão, um determinado fim²⁹. Trata-se de um tipo de estrutura consequencialista de raciocínio.

Nesse sentido, quando se entra no terreno das capacidades institucionais, não faz sentido apontar para uma dada obrigação, poder ou

27 Este não é, contudo, o escopo imediato do argumento das “capacidades institucionais”, tal qual trabalhado por Sunstein e Vermeule, como se verá abaixo. Cf. III, *infra*.

28 Conclusão semelhante é defendida por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule (2003).

29 Essa é a estrutura de raciocínio que Amartya Sen (1979, pp. 464-465) define como “consequencialismo”. Ver também Amartya Sen e Bernard Williams (1982, pp. 03-04), onde se afirma que o consequencialismo é “a *theory of correct action* [...] which claims that actions are to be chosen on the basis of the states of affairs which are their consequences”.

vedação jurídica constante de um texto legal como um elemento suficiente para optar por esta ou aquela alternativa decisória simplesmente porque uma das funções dessas formulações é impedir a consideração de quaisquer outros possíveis caminhos de decisão. Se regras textualmente expressas de competência resolvem um problema, não há porque recorrer ao argumento das capacidades institucionais, que deve entrar em cena justamente nos interstícios das áreas claramente determinadas ou determináveis por dispositivos legais. Com outras palavras, o emprego de argumentos de capacidades institucionais *pressupõe* obediência ao direito positivo, o que o torna especialmente útil apenas quando esse direito positivo não é suficiente para determinar uma única alternativa correta quanto à adoção de uma teoria interpretativa ou forma de alocação de poder decisório entre instituições³⁰. Por tal motivo, esse tipo de argumento, enquanto estratégia compatível com as premissas básicas de todo raciocínio jurídico, é diferente tanto de uma abordagem consequencialista pura (*i.e.* que não pressupõe limites à sua execução), quanto de uma simples técnica de interpretação de dispositivos legais que definem

30 Neste ponto, uma objeção possível seria quanto ao caráter extremamente restritivo dessa limitação, que levaria à impossibilidade se empregar o argumento para fundamentar mudanças pontuais no próprio desenho institucional ou mesmo reformas constitucionais mais profundas. Vale ressaltar, porém, que o argumento das capacidades institucionais tem como foco a definição de estratégias de decisão ou métodos de interpretação de segunda-ordem para orientar a tomada de decisões de primeira-ordem de atores institucionais que atuam em determinado arranjo. Por esse motivo, o respeito ao desenho institucional vigente é fundamental para a operacionalidade do argumento por tomadores de decisão. Evidentemente, isso não elimina o potencial crítico do argumento quando aplicado por um teórico que pretende analisar a própria conformação institucional. No entanto, mesmo neste caso, certa vinculação ao direito positivo ainda é fundamental. Um teórico sem dúvida por usar o argumento para dizer que certo desenho deve ser mudado, mas, ao fazê-lo, pressupõe necessariamente uma alteração das capacidades de determinada instituição (cujas capacidades, frisamos, são definidas *dentro* do próprio desenho questionado). Nesse caso, a crítica tem uma estrutura do tipo “se capacitássemos mais tal instituição (alterando suas competências, aparelhando-a com mais assistentes etc.), seria criado um novo arranjo institucional que contribuiria em maior medida para a promoção dos objetivos O1, O2, O3... On”. A pergunta difícil aqui é: quando um argumento desse tipo (*i.e.* sustentado sobre considerações contrafactuais e escorado sobre um arranjo institucional inexistente no momento da análise) é lançado, estamos falando ainda de capacidades institucionais? A resposta a essa pergunta não é evidente. Mesmo assim, se a premissa é a de que o argumento seja útil como mecanismo para criticar e orientar inclusive a tomada de decisões judiciais, parece ser inadmissível que um agente institucional (um juiz, por exemplo) tente fundamentar as suas escolhas agindo expressamente *contra legem* apenas com base na afirmação de que “seria melhor se o Judiciário lidasse com tal questão”. Quando falamos da aplicação adequada do argumento, seja por um juiz ou por um teórico que pretenda criticar uma decisão judicial, pressupomos observância do desenho institucional e das suas regras pelo menos em algum grau. Por fim, parece-nos importante destacar que as potencialidades críticas do argumento das capacidades institucionais para a revisão de elementos do próprio desenho institucional são também limitadas pelo próprio direito positivo. Se quem desenha as instituições se serve de análises institucionais comparadas para propor reformas, estamos diante de um uso claramente legítimo do argumento.

competências ou que explicitamente limitam qual tipo de teoria o juiz deve adotar na (e para a) tomada de decisão. Ela é, na verdade, uma espécie de raciocínio consequencialista limitado a uma área específica, circunscrita por normas jurídicas que impedem um pleno e irrestrito compromisso em obter as melhores consequências possíveis a cada oportunidade de escolha³¹.

A estratégia do “Second-Best”

Nas seções anteriores, mostramos que o argumento das capacidades institucionais pressupõe que a interpretação e a aplicação do direito não envolvem apenas problemas relacionados a juízos normativos singulares – por exemplo, sua compatibilidade com regras de competência previstas no texto constitucional. Propostas destinadas a orientar escolhas judiciais não devem negligenciar, como já observado, que o exercício das competências judiciais não ocorre em um vácuo institucional. O que o argumento faz é sugerir que, dado que diversas teorias normativas sobre a função judicial são juridicamente possíveis, deve-se recorrer a considerações sobre as habilidades e limitações do Poder Judiciário e das instituições que podem ser afetadas por suas opções. 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 inexpurgável dimensão contextual ou circunstancial, o que as torna necessariamente contingentes.

Esses elementos são necessários, mas insuficientes para se caracterizar o método de seleção de escolhas institucionais proposto por Sunstein e Vermeule. A estratégia específica de raciocínio dos autores diz respeito a *como* enfrentar o cenário descrito nas seções anteriores. De fato, o mero reconhecimento dos condicionamentos reais a que se submetem teorias da decisão judicial e o compromisso de escolher a alternativa que promova os melhores resultados possíveis são insuficientes para individualizar o argumento dos autores. Ao contrário, mesmo teorias da justificação da decisão judicial como as de Dworkin e Alexy, construídas

31 Voltaremos a esse ponto na 4.1.3, *infra*, quando discutirmos formulações “absurdas” do argumento das capacidades institucionais.

sobre modelos repletos de elementos contrafactuais, aceitam as limitações de juízes reais e do ambiente no qual a decisão jurídica é tomada³². Dworkin, por exemplo, certamente não acredita que juízes reais compartilham as mesmas habilidades de Hércules, “*a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen*”³³, assim como Alexy diferencia expressamente discursos ideais e reais e não equipara o discurso jurídico ao discurso prático geral. Aquele é, na verdade, um *caso especial* deste por conta especialmente das condições que limitam os procedimentos jurídicos reais de tomada de decisão³⁴. Entretanto, diferentemente dessas duas teorias, a forma completa do argumento de Sunstein e Vermeule recomenda que, diante da discrepância intransponível entre o plano ideal e a realidade em que a teoria vai operar, repudie-se qualquer tentativa de *aproximação* das condições de idealidade pressupostas por suas teorias. A questão relevante, e que diferencia radicalmente as concepções de autores como Dworkin e Alexy da de Sunstein e Vermeule, é saber como lidam com a inafastável possibilidade de *erro* em sua aplicação por atores institucionais com capacidades limitadas.

Dworkin e Alexy não poderiam se furtar a classificar *a posteriori* certas decisões como corretas ou equivocadas, de acordo com os parâmetros gerados por suas concepções. Na verdade, uma teoria normativa da decisão judicial que não dê espaço em tese para aplicações incorretas perde qualquer força como parâmetro para tomada e crítica da decisão judicial, na medida em que pode servir para justificar qualquer resultado, qualquer decisão imaginável. Hércules, por exemplo, não comete erros, mas os juízes de carne e osso, sim, mesmo que tentem seguir o seu exemplo. Essa tensão entre o ideal e o real encontra uma resposta simples e direta no pensamento de Dworkin e Alexy. Ambos reconhecem (e incorporam em suas teorias) o fato de que juízes reais não são juízes ideais e o ambiente institucional de tomada de decisão jurídica não é o mesmo para que as

32 Para Alexy: Robert Alexy (2009, pp. 151-166, p. 157): Nunca um homem participou de um discurso ideal em todos os aspectos e nunca um mortal o fará”. (Há versão em português do referido trabalho: Robert Alexy (2010, pp. 9-30, p. 16). Para Dworkin: Ronald Dworkin (2003); Richard Posner (2003, p. 955). A teoria de Robert Alexy, por depender, no limite, dos pressupostos ideais da teoria do discurso, também tem uma clara dimensão contrafactual. Para uma crítica específica contra a relevância de discursos ideais para a correção de decisões concretas tal qual defendido por Alexy cf. Carsten Bäcker (2008).

33 Dworkin, (1978, p. 105).

34 Robert Alexy (1991, p. 261ss).

melhores decisões sejam tomadas³⁵. Para esses autores, no entanto, essas limitações de juízes de carne e osso em nada interferem na pretensão de *universalidade* de suas teorias. Elas são adequadas em qualquer ambiente institucional real e para qualquer juiz concreto, já que a sua operacionalidade depende apenas de esforços de aproximação, ainda que esses esforços sejam reconhecidamente variáveis entre instituições e sistemas jurídicos. Por conseguinte, o que é apropriado para Hércules ou para o julgamento ideal que se desenvolve sob as condições perfeitas de deliberação é considerado, desde o início, igualmente apropriado para juízes de carne e osso em seus gabinetes, ainda que se reconheçam as suas limitações reais. Nesse sentido, essas abordagens se comprometem com a “melhor teoria” em termos ideais. Mesmo diante da ausência de condições ideais para sua implementação por um dado ator, recomendam que ele tente chegar *o mais perto que puder* do resultado que seria obtido em um contexto ideal de aplicação. Um juiz de carne e osso pode até não ser Hércules, mas a métrica utilizada para orientá-lo e criticá-lo continua sendo “Olímpica”³⁶.

Sunstein e Vermeule oferecem uma resposta distinta à assimetria de informações e demais condições epistêmicas que afetam as relações entre diferentes juízes reais e entre juízes reais e ideais. Fazendo uma analogia com o pensamento econômico, os autores observam que, se em certas condições, não é possível atingir o estado de coisas mais eficiente, a

35 Para Alexy o discurso prático ideal é definido „pela busca de uma resposta para uma questão prática sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e completa ausência de coerção na direção da produção de completa clareza lingüístico-conceitual, completa informação empírica, completa capacidade e disposição para a troca de papéis e completa imparcialidade”. (Cf. Robert Alexy, 2010, p. 16). Exigências parecidas são pressupostas por Habermas quando ele apresenta o princípio da universalização (Universalisierungsgrundsatz), regra formal de argumentação na qual se orienta a validade de juízos práticos morais, e a situação ideal de fala. Cf. Jürgen Habermas (1983, pp. 75 ss). V. também Robert Alexy (1991, pp. 155ss).

36 Essa propriedade de teorias como as de Dworkin e Alexy fica claramente exemplificada na defesa que Stephen Guest faz do “Juiz Hércules” como um modelo contrafático (Stephen Guest (1991)). Defendendo o recurso à figura imaginada do Juiz Hércules, Guest argumenta que os economistas, por exemplo, trabalham com um modelo de “mercado perfeito” que também é contrafático. Essa comparação, porém, foge completamente do ponto relevante. Pois o “mercado” é uma idealização *descritiva*: os agentes econômicos *reais* que compõem o mercado *real* “imperfeito” não olham para o contrafático do “mercado ideal” para saber como devem agir. Eles simplesmente *agem*, e se, na maioria dos casos, essas ações se aproximam do que descreve o contrafático do “mercado ideal”, é um sinal de que é possível fazer predições mais ou menos acuradas do comportamento das pessoas. Hércules, ao contrário, é um parâmetro para crítica de toda e qualquer decisão judicial: diferentemente do que ocorre com os agentes econômicos e o “mercado ideal”, a teoria de Dworkin – como toda teoria normativa – pressupõem que os juízes devem *tentar atingir* o patamar de correção judicial de Hércules.

máxima eficiência possível não será necessariamente atingida se tivermos o estado inatingível como um “ideal regulatório” e nos pautarmos por ele³⁷. O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a estratégia “ideal” (“*first best*”)³⁸. Aplicando esse modelo à função jurisdicional, fica evidente que, em muitos casos, juízes “reais” (operando em condições reais) podem se sair melhor aplicando teorias que não levariam aos resultados mais justos e mais precisos em condições “ideais” (que pressupõem tempo e recursos infinitos, imparcialidade absoluta, capacidade intelectual e conhecimento jurídico sobre-humanos, por exemplo).

Assim, as capacidades institucionais de quem vai decidir podem e devem influir na escolha da teoria. Realizar essa escolha “em abstrato” traz consigo vários riscos. 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 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 teoria³⁹. A necessidade de referência às capacidades institucionais dos tomadores de decisão reais é, portanto, uma crítica contra a possibilidade de *operacionalização* uniforme das mesmas em diferentes cenários e por diferentes atores institucionais. Uma teoria do raciocínio jurídico pode até fornecer realmente um instrumental metodológico confiável para orientar a formulação de crenças e tomadas de decisão. O que se coloca em xeque, contudo, é se ela pode fazer isso *sempre*. Vale insistir, mais uma vez, que o argumento de Sunstein e Vermeule é interessante não por chamar a atenção para a discrepância em juízes ideais e juízes reais – elemento obviamente reconhecido por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada. O hiato relevante é outro. Situa-se entre as teorias normativas que procuram em abstrato caracterizar a “melhor decisão” e as pequenas decisões de segunda ordem

37 Essa é uma versão do teorema geral da teoria, de acordo com o qual “if there is introduced into a general equilibrium system a constraint which prevents the attainment of one of the Paretian conditions, the other Paretian conditions, although still attainable, are, in general, no longer desirable”. O trabalho de referência sobre o assunto é o artigo de R.G. Lipsey e Kevin Lancaster (1956-1957, pp. 11-32).

38 C. Sunstein e A. Vermeule (2003, p.23).

39 C. Sunstein e A. Vermeule (2003, p. 26).

que operacionalizam a aplicação dessas teorias no cotidiano da função jurisdicional. Para um institucionalismo como o desses autores, a tentativa de aproximação a modelos ideais não apenas é pouco importante para a seleção de métodos decisórios e posturas institucionais, como é explicitamente desconsiderada desde o início da formulação da teoria⁴⁰.

Efeitos Dinâmicos e Comparações Institucionais

A incorporação de informações quanto a “capacidades institucionais” por meio de um raciocínio do tipo “*second best*”, descrita na seção anterior, é complementada por uma segunda série de preocupações relacionadas ao que Sunstein e Vermeule chamam de *efeitos dinâmicos* da adoção das teorias normativas e posturas institucionais. A idéia é que diferentes métodos de decisão e posturas judiciais devem, ainda, ser valorados em função dos seus *efeitos dinâmicos*, i.e. das suas consequências no tempo para atores públicos e privados de tipos variados⁴¹. O Judiciário precisa também tomar decisões sobre como decidir e pensar nos efeitos dessas escolhas no tempo. Dado que a dimensão circunstancial da adequação dos métodos de decisão não se justifica apenas pelos traços de cada problema concreto de decisão, mas, sobretudo, pelas características de cada arranjo institucional, respostas adequadas para a questão “como os juízes devem decidir?” também devem incluir decisões sobre como decidir, ao longo do tempo, casos concretos em cenários caracterizados pela distribuição de funções.⁴² Essas análises de segunda-ordem – este é o ponto que une a presente tese com o argumento das capacidades institucionais – devem ser feitas à luz de considerações intra e interinstitucionais, pois elas são decisivas para a legitimidade de decisões judiciais específicas.

Como visto acima, a originalidade metodológica do argumento institucionalista de Sunstein e Vermeule está no fato de conjugar um consequencialismo de segunda-ordem (ou seja, uma investigação não sobre as consequências de decisões pontuais obtidas mediante a aplicação de uma teoria decisória em um caso específico, mas sobre as consequências da implementação de diferentes teorias decisórias) com um modelo de racionalidade do tipo *second-best* para lidar com problemas interinstitu-

40 C. Sunstein e A. Vermeule (2003, p. 914).

41 C. Sunstein e A. Vermeule (2003, p. 886). Kingal (2008, pp. 431ss).

42 Sobre argumentos de segunda-ordem cf. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal (2009, pp. 171-211).

cionais. Esse é o cerne da teoria, o elemento que a singulariza em relação ao resto do debate e que torna potencialmente útil fazer referência a ela no âmbito da comunidade jurídica brasileira. Tal sofisticação metodológica se cristaliza pelo manejo combinado de dois conceitos: capacidades institucionais e efeitos dinâmicos. Não se confundem um com o outro, mas se combinam em uma estrutura de raciocínio consequencialista mais geral, orientando a escolha no sentido de se adotar a alternativa que promova o *melhor* estado de coisas. O método, nesse sentido, apresenta-se como alternativa completamente diferente para lidar com questões tradicionalmente enfrentadas por juristas sob as lentes de categorias teórico-dogmáticas elaboradas sem suporte empírico, ou mesmo deixadas a cargo da aplicação da prudência ou do bom-senso dos tomadores de decisão⁴³. Ao pressupor e enfatizar, ao contrário, a incerteza das condições sob as quais muitas decisões são tomadas e a consequente falibilidade inevitável de agentes institucionais reais, o argumento institucionalista rejeita *a priori* construções ideais para orientar a solução de problemas interinstitucionais⁴⁴.

Segundo o método pressuposto pela comparação das capacidades institucionais, a realização do melhor entre os piores (*i.e.* subideais) estados de coisas é orientada pela consideração dos efeitos líquidos globais associados à adoção generalizada de diferentes posturas institucionais e métodos de decisão. A proposta de Sunstein e Vermeule não se ocupa, nesta dimensão, com a decisão de casos singulares, mas com as decisões tomadas por instituições sobre como decidi-los e com os efeitos dessas metadecisões sobre o equilíbrio institucional. 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, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, 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 em um mundo de incertezas e erros inevitáveis, os erros pontuais decorrentes da aplicação

43 Perspectivas formalistas e não-doutrinárias são apresentadas por Kingal como as principais concorrentes da perspectiva institucional que pretendem fornecer respostas racionais para justificar posturas judiciais de autocontenção. Cf. Kingal (2008, pp. 411ss).

44 Nas palavras de Luis Schuartz “não surpreende que teorias que não incorporem, reflexivamente, as suas próprias condições institucionais de aplicação, soem ridiculamente ingênuas ou perigosamente próximas a uma legitimação ideológica”. Cf. Luis Schuartz (2007, p. 38).

dos mesmos devem servir apenas para reforçar os compromissos da instituição com as suas metaescolhas.

O suposto caráter inovador do argumento central de “Interpretation and Institutions”, no entanto, não se esgota nessa estrutura de raciocínio. A determinação dos efeitos dinâmicos de diferentes possibilidades de posturas institucionais e métodos de decisão se completa pela necessidade de *comparação* entre as diferentes “capacidades” das instituições afetadas pelas decisões de segunda-ordem de uma instituição. É preciso que a valoração dos méritos e deméritos de cada uma delas seja informada pelas habilidades e limitações de cada instituição para lidar com problemas de determinadas naturezas. 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.

4) O argumento em ação

O argumento completo de Sunstein e Vermeule – que inclui tanto o recurso às capacidades institucionais, quanto a preocupação com os efeitos dinâmicos da adoção de teorias ou posturas institucionais – pode ser um instrumental poderoso para criticar e orientar decisões de primeira e de segunda-ordem tomadas pelo Poder Judiciário e por qualquer outra instituição. No entanto, a transformação dos conceitos de “capacidades institucionais” e “efeitos dinâmicos” em categorias operacionalizáveis no âmbito do raciocínio jurídico é tarefa complicada. Não basta reconhecer os recursos limitados e a margem de erro contextual com que instituições concretas vão aplicar teorias abstratas, de um lado, e que a adoção desta ou daquela teoria terá efeitos sobre o comportamento de outros atores institucionais e sociais, de outro. Embora seja sempre louvável chamar a atenção para as limitações, vieses e recursos dos atores concretos que de fato terão que aplicar a teoria em discussão, nem toda invocação dessas “capacidades” é um argumento de capacidades institucionais nos termos descritos por Sunstein e Vermeule.

Antes de tudo, é preciso determinar o quadro normativo e fático no âmbito do qual as instituições desempenham os seus papéis e inclui-lo na análise consequencialista que determinará qual postura institucional ou método de decisão é o mais apropriado para promover dinamicamente valores sociais relevantes. De fato, este talvez seja o principal ônus associado ao uso dessa estrutura argumentativa: apontar quais são as habilidades e limitações institucionais concretas relevantes (e necessariamente contextuais) e explicar de que forma essas “capacidades” podem, na aplicação de uma dada teoria ou postura institucional desenvolvida sobre pressupostos contrafactuais, levar a consequências ruins que justifiquem a adoção de uma teoria ou postura institucional que não seria a melhor em termos ideais. Nesse sentido, é preciso cautela com a utilização de argumentos de capacidades institucionais “truncados”, que pretendem sustentar um ponto empírico sem que isso seja feito de maneira adequada. Contudo, em casos de argumentos truncados, pode-se ao menos saber o que falta para que o argumento possa ser bem-sucedido. Pode-se usar o próprio esquema proposto por Sunstein e Vermeule para criticar o argumento e aprimorá-lo. Existe, porém, um segundo conjunto de usos problemáticos da idéia de “capacidades institucionais” no debate normativo sobre a função judicial. Trata-se de argumentos que, embora apresentados sob o rótulo de “capacidades institucionais”, possuem estruturas, pretensões e critérios de correção estranhos a um modelo como o de Sunstein e Vermeule – ou, ainda que endossados por aquela teoria, não são específicos ou próprios a ela, embora a invoquem como referência. São usos que, afastando-se da estrutura descrita até aqui, refletem um emprego *banal*, *redundante* ou *absurdo* da idéia de capacidades institucionais.

4.1. Aplicações inadequadas da idéia de capacidades institucionais

4.1.1) Banalidade

Uma utilização banal da idéia de capacidades institucionais se dá quando a expressão é empregada simplesmente para enfatizar a diferença entre dois mundos nos quais todo debate sobre interpretação e aplicação do direito transita - teoria e prática, prescrição e descrição, ideal e realidade – ou, mais especificamente, entre as condições fáticas que são simplesmente assumidas no campo do ideal, mas que não necessariamente

são encontráveis na realidade, e a realidade. Não é fácil, contudo, encontrar uma teoria minimamente sofisticada que ignore esse fato. Como já observado em seções anteriores, teóricos como Dworkin e Alexy estão perfeitamente cientes de que as condições em que suas teorias serão aplicadas não possuem diversas propriedades que estão assumidas ou embutidas nas suas formulações (por exemplo, tempo infinito para analisar o direito vigente e ouvir argumentos de todas as partes e pontos de vista relevantes). Diante dos inevitáveis erros na aplicação de suas teorias, porém, tudo que podem recomendar – e esperar – é que suas idéias sejam cada vez mais bem compreendidas. Afinal, se estão certos de que sua teoria é a *melhor* em termos ideais, a distância entre condições ideais e reais de aplicação não deve ser razão para optar por uma teoria *pior*.

Nesse sentido, o próprio Dworkin já observou que “o caráter dos juízes é uma consequência da teoria da prestação jurisdicional em vigor, portanto não se pode alegá-lo como razão para não mudar essa teoria”⁴⁵. Em outras palavras, para Dworkin, o fato de que juízes não possuem as qualidades necessárias à aplicação correta de uma teoria *que sabemos ser a melhor em termos ideais* não pode ser uma razão para abandoná-la. Ao contrário, o que se espera é que a adoção da teoria vá tornar os juízes melhores no que fazem (“melhores” nos termos da própria teoria, isto é, mais preparados para aplicá-la de forma correta e consistente)⁴⁶. O compromisso com a teoria ideal *mesmo* diante de problemas e equívocos na sua aplicação fica assim explícito. Este é justamente o ponto em que Sunstein e Vermeule discordam radicalmente de abordagens normativas do tipo “first-best”. Mas aquele que é, de fato, o passo distinto dos autores diante de um mesmo problema se perde quando se usa “capacidades institucionais” como simples atalho para o óbvio lembrete de que, quando a teoria encontra a prática, desvios e erros necessariamente vão ocorrer. Vale insistir que a discrepância entre condições ideais e condições reais de aplicação é um desafio permanente para *toda* teoria normativa; mesmo a variedade de formalismo preferida por Vermeule está sujeita a erros na

45 Ronald Dworkin (2001, p. 36).

46 Tornando este ponto ainda mais explícito, Dworkin observou em outra oportunidade que: “We have no guarantee that the political principles that our judges deploy will be the right or best ones, or that they will articulate those principles consistently or coherently; indeed, since our judges disagree among themselves, we know that they cannot all be right and that they will not always be consistent. But the code of their craft promises, at least, that they will try” (Ronald Dworkin, 2003, p. 11).

aplicação⁴⁷. Dois juízes que se dizem formalistas e concordam, em tese, com a primazia do texto legal sobre outras considerações podem, ainda assim, cometer equívocos na aplicação dessa teoria normativa. O que o argumento das capacidades institucionais nos permite fazer é dar um passo a mais e usar *variações* (para mais e para menos) nessa discrepância para criticar e até mesmo abandonar a melhor teoria em termos ideais em favor da “segunda melhor” teoria – isto é, aquela que não é idealmente a melhor, mas que, sob certas condições concretas de aplicação, gera consequências melhores no geral.

4.1.2) Redundância

Uma segunda formulação problemática ocorre quando se recorre à idéia de capacidades institucionais simplesmente para fazer referência a categorias teóricas ou dogmáticas já conhecidas, tais como “separação de poderes”, “dificuldade contramajoritária” ou “discrecionabilidade técnica”. Aqui, a referência às capacidades institucionais é *irrelevante*, no sentido de que não agrega nenhum elemento novo ao debate. Ela expressa, na verdade, a tomada de empréstimo de um rótulo novo (e potencialmente mais atraente) para reposicionar no debate idéias e argumentos antigos. Isso ocorre quando se diz, por exemplo, *com base no texto de dispositivos constitucionais*, que o Congresso Nacional tem mais “capacidade institucional” para elaborar normas gerais e prospectivas, ou que o Poder Executivo tem mais “capacidade institucional” para representar o país junto à comunidade internacional. Todas essas considerações podem ser verdadeiras. Entretanto, é difícil saber o que ganhamos ao formulá-las em termos de “capacidades institucionais”, já que, aqui, a análise institucional se esgota em simples referências ao desenho *formalmente expresso* no texto constitucional. Considere, por exemplo, o célebre argumento construído no n. 78 dos *Artigos Federalistas* para defender a atribuição de poderes de controle de constitucionalidade ao Judiciário, pela razão de que este seria um poder sem “espada” (depende dos outros poderes para o emprego de forças armadas e policiais), nem “bolsa” (depende de recursos orçamentários angariados e repassados pelos outros poderes)⁴⁸.

47 Para o formalismo proposto por Vermeule (2006) (e não compartilhado por Cass Sunstein).

48 Texto disponível online no Projeto Avalon da Faculdade de Direito da Universidade de Yale (http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp). Acesso em 11/07/2011.

Em certo sentido, trata-se de um argumento de bases contingentes, pois só é válido para determinados textos constitucionais, possuindo assim um componente importante de análise institucional. Mesmo assim, é um argumento *formal*, pois consiste basicamente em uma leitura das competências alocadas aos diferentes poderes no texto constitucional. Nesse sentido, é diferente do argumento das capacidades institucionais tal como reconstruído neste artigo.

Algo similar ocorre quando se afirma que o Judiciário tem menos “capacidades institucionais” para resolver questões políticas, pois não é um poder eleito. Aqui, a expressão é usada como atalho para tratar da chamada “dificuldade contramajoritária”. Grosso modo, trata-se da idéia de que, em um regime democrático, uma decisão judicial que vá contra juízos políticos, econômicos ou morais manifestados pelos poderes eleitos (Executivo e Legislativo) deve ser por definição encarada como suspeita, já que estaria subvertendo o rumo esperado do processo decisório em uma democracia⁴⁹. Juízes não receberam mandato popular por meio do voto, nem podem ser responsabilizados politicamente se a maioria discordar de suas decisões – duas propriedades que o Presidente e os membros do Congresso Nacional possuem. Entretanto, formular essa preocupação em termos de “capacidades institucionais” é irrelevante para o debate. Nessa linha de argumentação, o componente de análise institucional (que de fato existe em algum nível) é bastante diferente da estrutura proposta por Sunstein e Vermeule. Pegam-se certas propriedades formais, extraídas diretamente do desenho previstos no texto constitucional, para então qualificar esses *inputs* textuais pelas lentes de certa concepção de democracia. O argumento, portanto, tem um componente textual e um componente de teoria política normativa⁵⁰. Independentemente do mérito dessa estrutura de raciocínio, o fato é que estão ausentes dessas considerações os elementos consequencialista e empírico necessários para que o argumento das capacidades institucionais faça sentido.

Em outras formulações possíveis, o argumento não se sustenta primariamente em uma leitura do texto constitucional, mas em uma idealização/generalização de quais são as virtudes que os juízes, congressistas

49 A formulação clássica do problema é a de Alexander Bickel (1986, cap. I).

50 O argumento da “dificuldade contramajoritaria” vem inclusive sendo questionado em bases empíricas. Ver, por exemplo, Barry Friedman (2009).

e administradores devem ter ou devem desenvolver no exercício de suas funções. Podemos incluir aqui afirmativas segundo as quais o Poder Judiciário tem menos capacidade institucional de decidir questões técnicas complexas. As expectativas quanto a onde essas propriedades idealizadas serão ou não encontradas são, por certo, fundamentadas em aspectos do desenho institucional. Nesse sentido, um uso possível (e, mais uma vez, irrelevante) da noção de “capacidades institucionais” é como simples advertência sobre as consequências nocivas que podem advir de se confiar no Poder Judiciário para tomar decisões sobre problemas que envolvem conhecimento técnico. Por exemplo, em meados do século passado, o jurista Themístocles Cavalcanti (já) observara que:

A prática não aconselha a interferência do Poder Judiciário em esfera estranha ao exame da legalidade, porque as razões de ordem técnica, estranhas ao conteúdo jurídico do ato, merecem muito melhor solução através de organismos próprios que possam apreciar se os meios empregados pela Administração foram os mais adequados, a justiça, a oportunidade e a conveniência do ato⁵¹.

O autor chama a atenção para um dado da realidade bastante plausível: juízes são bem treinados para resolver problemas jurídicos, mas, muitas vezes, misturados ao que consideramos como problemas jurídicos, estão questões técnicas que os magistrados não estão bem qualificados a enfrentar. Os profissionais que integram a Administração Pública, por outro lado, muitas vezes estão (ou ao menos deveriam estar) qualificados para a discussão e solução precisamente para problemas desse tipo. Seria este um argumento de capacidades institucionais no sentido de Sustain e Vermeule? Acreditamos que não. Sem dúvida, há afinidades entre o argumento de Cavalcanti e a idéia de capacidades institucionais. A perspectiva do autor, contudo, continua focada em casos concretos, e não no resultado agregado da atribuição, aos juízes, de competência para decidir determinadas questões.

Mais ainda, a comparação entre competências institucionais é estilizada. Parte-se de propriedades que se espera que essas instituições tenham, mas essa expectativa se funda em “tipos ideais” do Administrador e do Juiz. Não se investiga, por exemplo, quais os custos associados a se alocar essas questões técnicas exclusivamente para a Administração Pú-

51 Themistocles Cavalcanti (1955, p. 18).

blica, sem nenhum controle judicial. Uma teoria de tipo “second-best”, nos moldes descritos nas seções anteriores, analisa os custos associados à operacionalização, na prática, de várias alternativas decisórias diferentes, para então escolher aquela a que estão associados custos menores (sob um critério qualquer), *mesmo* que não seja a melhor em termos ideais. No fragmento transcrito acima, no entanto, fica-se com a impressão de que a teoria escolhida (mais especificamente, a postura institucional escolhida) é pura e simplesmente a teoria *ideal*: idealmente, questões que exigem expertise técnica são mais bem resolvidas por pessoas com treinamento técnico, treinamento esse que os juízes (mais uma vez, idealmente) não possuem.

Em síntese, em todos esses exemplos, o que ocorre é basicamente uma referência às regras que desenham as competências *formais* de cada um dos Poderes, ou, no caso dos argumentos da “expertise técnica” e da “dificuldade contramajoritária”, olhar para problemas concretos e perguntar que propriedades deveria ter a instituição *idealmente* qualificada para enfrentar uma dada tarefa ou responder a uma questão de política pública. Esse tipo de formulação não pode ser considerado como um argumento de capacidade institucional nos termos descritos nas seções anteriores. Nas hipóteses mencionadas, a categoria “capacidades institucionais” é irrelevante, na medida em que poderia ser substituída por outra(s), mais familiar(es), sem perda substancial para o processo de crítica ou a orientação das decisões de determinada instituição.

4.1.3) Absurdo

Chamamos de absurdos os usos da expressão “capacidades institucionais” que não levam em conta as determinações razoavelmente claras das normas jurídicas que configuram as instituições existentes. Para usar um exemplo extremo, considere que, em termos estritamente consequencialistas, é possível que seja muito melhor para o país atribuir o processo de *impeachment* ao Supremo Tribunal Federal, e não – como disposto na Constituição – às duas casas do Congresso Nacional. Ou que o Judiciário adote uma teoria interpretativa segundo a qual apenas os direitos que envolvem abstenções por parte do Estado possam ser invocados em sede judicial. Essas teses, ainda que justificáveis fora dos limites do desenho institucional, são, porém, *puramente* consequencialistas, desvinculadas do direito positivo. Saber se ambas as posturas são defensáveis sobre as bases de *bons* argumentos consequencialistas é uma questão empírica

que escapa dos limites deste trabalho. O que importa aqui é que, nesses casos, o raciocínio é claramente *contra legem* e, assim, incompatível com o argumento descrito nesse trabalho.

De fato, o que temos nessas hipóteses é uma espécie de pragmatismo jurídico radical, seja ele de primeira ou de segunda ordem, no qual a obediência ao direito só é obrigatória se e quando obedecer a normas jurídicas (seja no caso específico, seja no geral, dependendo de como se formule a teoria por trás do raciocínio) leva às melhores consequências⁵². Entretanto, se é verdade que o argumento das capacidades institucionais exige a adoção do consequencialismo como premissa, também é verdade que ele não se confunde com a mera adoção irrestrita do raciocínio consequencialista em toda e qualquer situação. Afinal, não se trata de um argumento para *reforma* institucional livre de qualquer restrição jurídica, mas sim para alocação de poder no exercício da função jurisdicional dentro do marco institucional existente nos casos em que a resposta não está claramente determinada por normas jurídicas. Embora a “clareza” das determinações extraídas de normas jurídicas seja evidentemente um alvo móvel, capaz de gerar grande desacordo entre dois ou mais leitores dos mesmos textos legais, quem pretende usar um argumento de capacidades institucionais não pode reconhecer que as normas jurídicas vigentes dão alguma orientação e, apesar disso, descartá-las. Nos casos descritos acima, a expressão “capacidades institucionais” é empregada simplesmente para emprestar alguma credibilidade a um raciocínio prático-consequencialista que não está de fato comprometido com o direito vigente, configurando um uso que podemos chamar de “absurdo”⁵³.

52 Para diferentes aplicações de pragmatismo no debate normativo sobre a decisão judicial, ver Arguelhes e Leal, (2009).

53 Vale enfatizar que os usos que aqui chamamos de banais, irrelevantes ou absurdos não devem ter entendidos como *erros* de substância argumentativa. Mesmo o qualificativo “absurdo” deve ser relativizado: são usos absurdos *se adotamos a matriz teórica* das capacidades institucionais conforme descrita nas seções anteriores. Portanto, não são equívocos na construção do argumento, mas sim na escolha do rótulo sob o qual ele deve ser apresentado. Uma vez que se compreenda exatamente qual a matriz teórica a que se reportam, eles podem fazer perfeito sentido e ser inclusive suficientes para nos convencer a abandonar ou adotar esta ou aquela teoria normativa. Mas é importante destacar que, nesses casos, a teoria que está operando em favor desse convencimento não é aquela descrita por autores como Sunstein e Vermeule.

4.2) A operacionalização do argumento e seus desafios

O argumento das capacidades institucionais se refere às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. Ele é considerado um pressuposto, à luz dos limites e capacidades do Poder Judiciário em si e em comparação com outras instituições, para a seleção de métodos de decisão mais apropriados nos quais juízes podem se orientar para interpretar textos e tomar decisões confiáveis. Funciona como critério para apreciar possíveis metodologias de tomada de decisão, e não como argumento de primeira-ordem voltado para criticar ou justificar decisões institucionais específicas⁵⁴. Pensar em capacidades institucionais significa, dessa forma, levar a sério as limitações e qualificações de uma determinada instituição no desenvolvimento de análises estáticas e dinâmicas relacionadas ao exercício de suas funções.

Os resultados dessa equação que considera provisões e restrições são usados, sobretudo, para fixar os limites *epistêmicos* e de *legitimidade* da instituição sob consideração. No primeiro caso, o argumento das capacidades institucionais foca os elementos que interferem nas habilidades cognitivas dos atores institucionais. Essas habilidades devem ser entendidas, aqui, no sentido mais amplo de condições para assimilar e processar informações. Elas se referem tanto às condições materiais reais como às habilidades e limites subjetivos e orgânicos existentes para que atores institucionais específicos possam obter, organizar, compreender dados e usá-los como fundamentos de ações, escolhas ou decisões. No segundo caso, o recurso às capacidades de uma determinada instituição tem por propósito definir se, dentro do arcabouço de limites e provisões fixados pelo desenho institucional vigente, essas ações, escolhas e decisões podem ser consideradas *juridicamente* aceitáveis. Essa condição de juridicidade deve também ser entendida em um sentido amplo, de modo a não excluir em princípio os impactos sobre as relações que as decisões jurídicas podem manter com outros domínios, como a política, a moral e a economia. A referida aceitabilidade de ações, escolhas ou decisões institucionais pode ser traduzida na *confiabilidade relativa* dos julgamentos normativos singulares e das análises informadas que os precedem em comparações atuais ou contrafactuais com alternativas endógenas (a apli-

54 Apesar disso, não será descartada de antemão a possível utilidade desse tipo de análise para orientar a solução de problemas de decisão de qualquer ordem ou natureza.

cação, por exemplo, de outro método de decisão pela *mesma* instituição, mantidas constantes as suas capacidades) ou exógenas (a comparação com o resultado que possa ser oferecido por *outra* instituição à luz das suas capacidades).

Análises relativas às capacidades institucionais podem, então, envolver tanto considerações intra como interinstitucionais ou de ambas as naturezas. A dinâmica dessas análises deve considerar, por óbvio, tanto as provisões como as limitações das instituições envolvidas *em cada um dos diferentes cenários* sob consideração. Enfatizar apenas habilidades ou restrições pode ser decisivo para que uma alternativa de decisão seja sobrevalorizada ou para criar visões idealizadas de instituições (“nirvanas” institucionais). Ademais, argumentar com capacidades institucionais, como parece claro neste instante, depende necessariamente de análises empíricas. Considerações estritamente normativas ou sistemáticas desvinculadas dos seus efeitos concretos sobre instituições específicas enfraquecem ou mesmo invalidam um argumento dessa natureza. Para que a expressão “capacidades institucionais” não seja, então, supérflua é preciso que as habilidades e limites possam ser, de alguma forma, empiricamente mensuráveis. Mas isso não esgota o âmbito de análise. Afinal, quando se fala em “habilidades e limitações” o que está por trás? O que devemos levar em conta em uma análise relativa às capacidades institucionais? A primeira diferenciação que se deve fazer diz respeito à definição dos limites. O direito é, por definição, um domínio limitado, porquanto triplamente condicionado. Essas limitações podem ser classificadas como extrínsecas, intrínsecas e institucionais. Para análises relativas às capacidades institucionais apenas as terceiras são relevantes. As outras duas não estão incluídas *diretamente* na definição das capacidades específicas de uma determinada instituição, uma vez que afetam igual e necessariamente as capacidades epistêmicas de todos os atores que atuam dentro de certa instituição e dos outros atores que atuam em outras instituições que com ela se relacionam⁵⁵.

55 Os limites extrínsecos são os que necessariamente atuam sobre elementos constitutivos do direito ou afetam a sua implementação e efetividade. Nesse contexto, os limites mais importantes são os que decorrem diretamente das patologias da linguagem, das capacidades limitadas do raciocínio humano, da escassez de recursos e das influências das emoções e do auto-interesse sobre processos argumentativos e decisórios. Os limites intrínsecos se referem às restrições cognitivas causadas ou vieses criados por elementos do *próprio direito*, como a necessidade de referibilidade ao material jurídico preexistente, as limitações típicas do procedimento jurídico de tomada de decisão, invariáveis independentemente de opções políticas específicas

As capacidades de uma instituição são naturalmente afetadas tanto por fatores subjetivos como objetivos. No primeiro caso, a definição dos méritos e deméritos de uma instituição está relacionada à sua imagem perante outros atores institucionais e cidadãos. A confiabilidade de uma instituição é, nessa dimensão, determinada pelo sentimento de que ela é mais apta para decidir certas questões relativamente a outras. Esse sentimento não precisa ser necessariamente informado por elementos que integram as capacidades objetivas das instituições envolvidas, mas pode ser circunstancialmente definido apenas em razão da reputação social ou da postura dos seus membros. A presença de simples indícios de corrupção no âmbito de certa instituição é exemplo de tradicional fator que pode afetar sua confiabilidade e, por isso, a sua capacidade para lidar de forma neutra com certos assuntos ou buscar a realização de certos objetivos. No plano objetivo, por sua vez, a mensuração das capacidades institucionais se orienta no arranjo institucional desenhado e no aparato físico disponível para que uma instituição possa exercer as suas funções e realizar os seus objetivos.

Uma possível explicação para a importância dos elementos objetivos das capacidades institucionais decorre da crença de que o desenho institucional é um mecanismo sofisticado de administração de confiança e de desconfiança entre tomadores institucionais de decisão e que, por isso, é capaz de fornecer elementos não-subjetivos para reforçar a confiabilidade ou compensar a desconfiança por trás de uma instituição. É como se fosse impossível inferir das regras de desenho institucional que, em relação à promoção de determinadas finalidades, o planejamento social “acredita mais na instituição X”, “desconfia mais da instituição Y” etc. e que, em função desses sinais e visando a administrar tais relações, o sistema jurídico é moldado. Mais ou menos poder e mais ou menos discricionariedade são, assim, funções do grau de confiança pressuposto para diferentes instituições. E é em função desse grau de confiança que são definidas as competências e os objetivos a serem realizados por cada instituição em uma determinada ordem jurídica. Por isso, a referência a aspectos institucionais objetivos visa a mostrar que as decisões de certa

(como a presença de limites temporais para a apresentação de argumentos e para a decisão, a orientação das partes em seus próprios interesses, a existência de ônus de prova e de argumentação e a distribuição assimétrica de papéis em alguns contextos, como o processo penal) e os filtros que impedem (pelo menos em alguma medida) a consideração de fatos, dados, métodos e normas sociais válidas ou outras fontes de decisões relevantes em outros campos do conhecimento.

instituição merecem credibilidade porque tanto o desenho como a realidade institucional estabelecem condições para que ela possa tomá-las da melhor maneira possível em comparação com outras instituições⁵⁶.

Essas observações não definem, contudo, o que deve ser objetivamente considerado na determinação das capacidades de diferentes instituições. Por esse motivo, visando a lidar com tal dificuldade, acreditamos que as capacidades objetivas podem ser concretamente definidas em função de dois grandes grupos. Cada instituição tem capacidades *funcionais*, relacionadas ao arranjo dentro do qual operam, às finalidades para as quais foram concebidas e às capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores (por ex, juízes, para o Judiciário, e deputados e senadores, para o Legislativo federal), definidas, sobretudo, em função da sua formação. Além disso, cada instituição tem capacidades *materiais*, relacionadas ao aparato técnico-administrativo que a integra e aos recursos disponíveis para efetivar transformações. As capacidades institucionais materiais se referem, assim, a elementos como a estrutura física, a quantidade e formação do corpo funcional de apoio (assessores, escreventes, técnicos etc.), o orçamento disponível e tudo o mais que diga respeito à estrutura administrativa da instituição. Por sua vez, as capacidades institucionais funcionais podem ser subdivididas em *jurídicas* e *epistêmicas*. No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento de informações desenvolvidos internamente.

5) Conclusão

Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza - sem violar expressamente regras e funções do desenho constitucional - é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais. A análise comparativa orientada pela definição das capa-

56 Sobre as referidas relações entre desenho institucional, confiança e a seleção de métodos de interpretação cf. Scott Shapiro (2011, caps. 12 e 13).

idades institucionais parte dessa premissa e tenta fornecer um esquema argumentativo específico para fundamentar a seleção de posturas e métodos de decisão mais apropriados para cada instituição em razão dos seus méritos e restrições funcionais e materiais. Esse esquema pressupõe lugares-comuns de uma leitura institucionalista da distribuição e da organização do poder em um Estado constitucional de direito, mas ergue a pretensão de originalidade ao conjugá-los com os teoremas fundamentais de uma concepção de racionalidade do tipo *second-best* e preocupações com os efeitos dinâmicos das teorias em exame. Dessa forma, o esquema se preocupa basicamente com as decisões de segunda-ordem efetuadas por diferentes instituições e é avesso a conceitualismos e idealizações. O que pode ser considerado como apropriado ou não é definido em função da aptidão para reduzir ou manter sob controle as chances de erro e os custos decisórios em um ambiente de tomada de decisão marcado pela incerteza e no qual instituições menos capacitadas podem assumir os ônus de controlar e revisar as escolhas feitas por outras.

A operacionalização de tal esquema de argumentação não é simples. Com efeito, empreender a análise consequencialista proposta pelo argumento requer aportes empíricos muito além de intuições e fatos notórios, já que a valoração das diferentes alternativas de comportamento disponíveis a cada instituição exige a definição das suas capacidades *reais*. Mesmo se deixarmos de lado as importantes críticas normativas que podem ser feitas à própria adoção de uma estrutura consequencialista de raciocínio (ainda que vinculada ao direito vigente), é questionável se as exigências empíricas pressupostas por esse tipo de raciocínio podem ser superadas na prática⁵⁷. Nesse cenário, a tentativa de resolver problemas interinstitucionais por meio de análises comparativas orientadas nas capacidades de cada instituição é uma aposta. Os possíveis ganhos, porém, estão atrelados à implementação perfeita de um método que, por enquanto, sustenta-se apenas sobre a plausibilidade teórica dos seus pressupostos. Nesse aspecto, o método de justificação de comportamentos institucionais informado pelas capacidades reais de diferentes instituições não se torna tão diferente de outras propostas teóricas desenvolvidas para orientar a solução de tensões, por exemplo, entre o Legis-

57 Para uma interessante crítica das premissas consequencialistas de teorias como a de Sunstein e Vermeule, ver Márcio Grandchamp (2008).

lativo e o Judiciário ou entre este e Agências Reguladoras. Mesmo assim, a efetivação dessa aposta não se esgota na mera referência nominal ao esquema de argumentação ou ao texto de Sunstein e Vermeule. No caso das capacidades institucionais, sem o comprometimento em torno das tarefas de coleta e processamento consistente dos dados demandados e, posteriormente, de valoração das alternativas de decisão a partir daquele conjunto, a referência às capacidades de instituições em tensão pode levar à sustentação de teses banais, redundantes ou mesmo absurdas. As conseqüências dinâmicas, para usarmos um dos elementos do método, dessa prática são perversas. No primeiro caso, o argumento perde, sobretudo, em relevância; no segundo, em originalidade; no último, em confiabilidade.

As possíveis dificuldades operacionais do esquema argumentativo – cuja comprobabilidade, a nosso ver, depende não apenas de análises conceituais, mas também de considerações empíricas relacionados aos efeitos vinculados ao preenchimento das exigências pressupostas pelo método – não devem, no entanto, ser consideradas como razões *definitivas* (i) contra a comparação de habilidades e limitações que afetam as capacidades de exercício adequado das competências de instituições reais, ou (ii) contra pensar os efeitos dinâmicos das escolhas institucionais. Certamente o esquema de justificação sintetizado na fórmula “capacidades institucionais” pode contribuir, no mínimo, para que os métodos considerados tradicionais entre juristas para a solução de disputas interinstitucionais – que se desenvolvem sob disputas conceituais, construções teóricas, idealizações e a percepção estática das questões que conduzem às tensões entre instituições – possam incorporar mecanismos reflexivos sobre as condições reais de implementação de suas propostas. Nesse sentido, reconhecemos, o grande mérito de se empreender análises institucionais comparadas talvez não seja realmente muito inovador. Fica perigosamente próximo da banalidade, nos termos que descrevemos neste artigo: trata-se da ideia de que as pretensões de universalidade de certas soluções encontram limites na própria realidade e, adotando-se ou não uma estrutura “second best” de raciocínio, o mínimo que uma teoria deve fazer é refletir sobre as decisões de segunda ordem que serão necessárias para sua implementação em condições não-ideais. Se o esquema argumentativo vinculado à expressão “capacidades institucionais”, contudo, puder – como promete – contribuir para tornar mais concreta e informada nossa percepção desses limites e *excluir* alternativas

de decisão inviáveis, sua utilidade já estará fora desse limiar perigoso. Já será muito. Se for igualmente capaz de apontar soluções positivas para reduzir ou justificar tensões interinstitucionais, melhor ainda.

6) Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.
- ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. In: ARSP, vol. 95, nr. 2, pp. 151-166, abr. 2009 [Versão em português: ALEXY, Robert, Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 253, pp. 9-30, janeiro/abril 2010].
- ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A Justificação Consequencialista de Decisões Judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.
- ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 171-211.
- BÄCKER, Carsten. *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008.
- BARBOSA, Rui. *O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Vol. I. Typographia do Jornal do Commercio, 1910.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *Revista Jurídica da Presidência* nr. 96, vol. 12, pp. 3-41, 2010.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch. The supreme court at the bar of politics*. 2ª. Ed. New Haven/London: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 739-760.

- CAVACANTI, Themístocles. O Princípio da Separação de Poderes. In: CAVALCANTI, Themístocles, SILVA; Carlos Medeiros; LEAL, Victor Nunes. *Cinco Estudos*, FGV, Rio de Janeiro, 1955.
- COOTER, Robert D. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- 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, nov/dez/jan 2009/2010. Texto disponível em <http://www.pdfdownload.org/pdf2html/pdf2html.php?url=http%3A%2F%2Fwww%2Edireitodoestado%2Ecom%2Frevista%2FREDAE%2D22%2DMAIO%2D2010%2DANDRE%2DRODRIGUES%2DCYRINO%2Epdf&images=no>. Acesso em 11/07/2011.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. The Judge's New Role. Should Personal Convictions Count?. In: *Journal of International Criminal Justice*, v.1, n.1, pp. 4-12, 2003.
- EGIDI, Massimo und MARRIS, Robin (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992.
- FISS, Owen. Models of Adjudication. In: *Cadernos DIREITO GV*. Seminários – n.08, São Paulo, pp.13-14, Novembro de 2005, pp. 3-57.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- FRIEDMAN, Lawrence M. Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act. In: DROBAK, John N. (Org.). *Norms and the Law*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 139-160.
- FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, pp. 353-409, 1978.
- GRANDCHAMP, Márcio. *The New Chicago School*. Trabalho apresentado no Seminário de Pesquisadores da FGV DIREITO RIO em 03 de Setembro de 2008.

- GREENAWALT, Kent. Policy, Rights, and Judicial Decision. In: COHEN, Marshall (Org.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London, 1983, pp. 88-118.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: _____. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, pp. 53-125.
- KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Variants of Uncertainty, in: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Org.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 509-520.
- KINGAL, Jeff A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, nr. 28, pp. 409-441, 2008.
- LEAL, Fernando. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.
- LIPSEY, R.G. e LANCASTER, Kevin. The General Theory of Second-Best. In: *The Review of Economic Studies*, vol. 24, nr. 1, pp. 11-32, 1956-1957.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1974.
- LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: BUBNER, Rüdiger; CRAMER, Konrad; WIEHL, Reiner (Org.). *Neue Hefte für Philosophie*, Heft 20. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, pp. 1-30.
- MacCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. In: *NYU Law Review*, vol. 58, pp. 239-258, 1983.
- _____. *Institutions of Law*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007.
- PARISI, Francesco. Sources of Law and the Institutional Design of Law Making. In: *Law and Economics Working Paper Series*, George Mason University School of Law, n. 00-42, nov. 2000.
- POSNER, Richard. Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 952-971, fev. 2003.

- SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 311-322.
- SHAPIRO, Martin. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1991.
- SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. In: *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n. 245, pp. 1-41, maio/junho/julho/agosto 2007.
- SEN, Amartya. Utilitarianism and Welfarism, in: *Journal of Philosophy*, v.76, n.09 (sep/1979), pp. 463-489.
- SEN, Amartya e WILLIAMS, Bernard. Utilitarianism and Beyond, in _____. (Org.) *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice, in: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1, pp. 99-118, fev. 1955.
- SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.
- STRUCHINER, Noel. Formalismo Jurídico. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006, p. 363-366.
- _____. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a Dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 463-482.
- VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: *Revista Versus*, pp. 1-10, ago. 2009.

Recebido em julho/2011

Aprovado em agosto/2011