

Organizador
Fernando Leal

CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

teoria, aplicação e críticas

AUTORES

Adrian Vermeule

Carlos Bolonha

Cass R. Sunstein

Daniel Lucas

Diego Werneck Arguelhes

Fernando Leal

Luiz Filipe Esteves Cunha

Maíra Almeida

2026

O ARGUMENTO DAS “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS” ENTRE A BANALIDADE, A REDUNDÂNCIA E O ABSURDO¹

Diego Werneck Arguelhes

Fernando Leal

Sumário: 1. Apresentação. 2. Objetivos. 3. Por que comparar capacidades de diferentes instituições?: 3.1. Os méritos anunciados das comparações institucionais; 3.2. Os pressupostos fundamentais do argumento: 3.2.1. Pressupostos institucionais estruturais; 3.2.2. Pressupostos epistêmicos; 3.2.3. Pressupostos metodológicos. 4. O argumento em ação: 4.1. Aplicações inadequadas da ideia de capacidades institucionais: 4.1.1. Banalidade; 4.1.2. Redundância; 4.1.3. Absurdo; 4.2. A operacionalização do argumento e seus desafios. 5. Conclusão. Referências.

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 políticas.² Embora os usos da

1. Publicado originalmente em: Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6 a 50, jan/jun 2011. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>.

2. Cf. exemplificativamente ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A Justificação Consequencialista de Decisões Judiciais*. Dissertação de Mestrado

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 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)

apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006; 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; 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; 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; 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; 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; BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *Revista Jurídica da Presidência* n. 96, vol. 12, pp. 3-41, 2010; 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.

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 políticas.³

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 institucionais.⁴

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:

3. Ver, por exemplo, Binenbojm e Cyrino. *Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica*, op. cit.

4. SUNSTEIN; Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 885-951.

[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 exterior.⁵

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 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 ideia de “capacidades institucionais”, em

5. 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/ext1085LF.pdf>. Acesso em 30 de Junho de 2011.

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 ideia 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 públicas.⁶ A importância e a utilidade

6. 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. FULLER, Lon. *The Forms and Limits*

de 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.

of Adjudication. In: *Harvard Law Review*, vol. 92, 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 recalcitrantes 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 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. STRUCHINER, Noel. Formalismo Jurídico. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar/ Unisinos, 2006, p. 363-366; STRUCHINER, Noel. 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.

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 objetivo.⁷ 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 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 institucionais.⁸

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 ideias de autores como Sunstein e Vermeule, não se encaixam no modelo proposto. A força do que

7. 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*”.

8. Ver parte 3, *infra*.

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 argumento.⁹

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 expressão em si deve ser encarada apenas como um atalho verbal para um conjunto de ideias, 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

9. Ver parte 4, *infra*.

interna. Nesse contexto, a escolha por discutir as ideias 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 objeções.¹⁰ 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 mal-sucedidas 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 ideia de “capacidades institucionais”. De um lado, o que poderíamos chamar de argumentos *intrainstitucionais*. 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 *intrainstitucionais*, quanto *interinstitucionais*, o argumento das “capacidades institucionais” 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

10. Para uma sofisticada crítica geral ao empreendimento de Sunstein e Vermeule, ver Márcio Grandchamp, “The New Chicago School”. GRANDCHAMP, Márcio. *The New Chicago School*. Trabalho apresentado no Seminário de Pesquisadores da FGV DIREITO RIO em 03 de Setembro de 2008.

constitucional¹¹⁾ 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 juízes.¹² 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 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

11. Esse tipo de compromisso é chamado de conceitualismo do tipo first-best e é um alvo explícito no livro de VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2006, p. 2 e implícito no já referido “Interpretation and Institutions”.

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

metodológico para qualquer descrição, crítica ou proposta normativa relativa ao exercício da função jurisdicional. Entretanto, utilizar a ideia 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)?”.¹³ 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.

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

13. Cf. KINGAL, Jeff A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 28, 2008, pp. 409-441, p. 423.

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 melhor.¹⁴ 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 específicas 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

14. 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, p. 1 e COOTER, Robert D. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 173.

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".¹⁵

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 dinâmica.¹⁶ 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 comparação 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,

15. Voto Min. Sepúlveda Pertence no REExt 135.238/SP, DJ 20/04/2001.

16. Vale notar que há razões práticas para se promover algum grau de redundância, em vez de especialização, na alocação de funções. SHAPIRO, Martin.. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 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.

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 comuns¹⁷. 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 governo.¹⁸ 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 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

17. MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007, p. 35. Fuller se refere à mesma ideia 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, *The Forms and Limits of Adjudication*, op. cit., 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. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 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, *Institutions of Law*, op. cit. p. 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.

18. Cooter, *The Strategic Constitution*, op. cit. p. 211 e 213ss. Sobre a importância de se pressupor a existência de um compromisso cooperativo entre as instituições cf. tb. Kingal, *Institutional Approaches to Judicial Restraint*, op. cit. p. 427ss.

para cada poder se relacionar com os outros.¹⁹ 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 ideia 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 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

19. Cooter, *The Strategic Constitution*, op. cit., p. 211.

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 S1 proposta pela instituição I1 é capaz de promover o objetivo social O com 40% de confiabilidade e que a solução S2, dada pela instituição I2, 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 S1 como S2 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 natureza.²⁰

20. 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 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