

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Administrativo e Gestão Pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Saulo De Oliveira Pinto Coelho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-758-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Novamente nos encontramos em um encontro internacional do CONPEDI, repetindo o bem sucedido encontro realizado em Santiago de Chile em 2022. Tendo, na cidade de Buenos Ayres, como cenário e local de realização a belíssima arquitetura romana da Faculdade de direito da Universidade de Buenos Aires, circundada por inúmeros Museus e atrações gastronômicas, dois fatos chamam a atenção para este período. Inicialmente, o fato da Argentina estar vivendo um momento bastante polarizado quando das vésperas da realização do 1º turno da eleição presidencial. Na sequência, considerando o cenário jurídico brasileiro, estávamos às vésperas do encerramento dos trabalhos do relator da reforma tributária junto ao Senado Federal após ter tramitado e sido aprovada, com algumas alterações a PEC n.º 45. Trata-se certamente da maior alteração na exação consumerista no sistema tributário nacional em décadas, afetando não todos os setores da economia bem como a balança de poder entre os Estados e Municípios, fazendo-nos repensar inclusive a existência do próprio pacto federativo. A referida reforma seria um antecedente ao que já se denomina a reforma administrativa. Reforma esta que buscará fazer com que tenhamos uma administração mais adequado à sociedade brasileira. Vivemos, pois, tempos de reforma em execução ou em pretensão. E o CONPEDI não poderia descurar de continuar sua luta contínua de estudar o direito brasileiro e propor com a qualidade de suas publicações medidas efetivas para aprimorar as relações entre os brasileiros e estes e a própria administração pública.

Boa leitura a todos !

**A UTILIDADE DO ARGUMENTO DAS “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS”
PARA O CONTROLE JUDICIAL DE DECISÕES REGULATÓRIAS**

**THE RELEVANCE OF THE "INSTITUTIONAL CAPACITIES" ARGUMENT FOR
THE JUDICIAL CONTROL OF REGULATORY DECISIONS**

Fernando Angelo Ribeiro Leal

Resumo

Este trabalho enfrenta o seguinte problema de pesquisa: tendo em vista as diversas críticas estruturais e de recepção desenvolvidas contra o argumento das capacidades institucionais, sobretudo na versão articulada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, que se constrói dentro de um arcabouço teórico que conjuga a necessidade de realização de análises comparadas e considerações consequencialistas de segunda-ordem empiricamente informadas, qual pode ser a utilidade efetiva do argumento, se essas objeções devem ser levadas a sério? Como resposta, defende-se que, apesar das críticas de observância e de carência informacional, o argumento das capacidades institucionais pode garantir oportunidades de aprendizado institucional de longo prazo e funcionar como mecanismo de distribuição de ônus de prova para a sustentação do comportamento desejável de uma determinada instituição em um certo arranjo institucional. Nesse sentido, a abordagem de Sunstein e Vermeule sobre capacidades institucionais e efeitos dinâmicos se torna decisivamente útil para fundamentar modelos de deferência judicial em processos de controle de escolhas legislativas e administrativas, especialmente regulatórias marcadas por consistente suporte técnico.

Palavras-chave: Capacidades institucionais, Decisão regulatória, Controle judicial, Incerteza, ônus de prova

Abstract/Resumen/Résumé

This paper addresses the following research problem: considering the various structural and reception criticisms developed against the argument of institutional capacities, especially in the version articulated by Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, which is constructed within a theoretical framework that combines the need for comparative analyses and empirically informed second-order consequentialist considerations, what can be the effective utility of the argument if these objections are to be taken seriously? In response, I claim that, despite criticisms of lack of enforcement and informational deficiency, the argument of institutional capacities can provide opportunities for long-term institutional learning and function as a burden of proof-setting mechanism, relevant to support the desirable behavior of a given institution in a certain institutional arrangement. In this sense, Sunstein and Vermeule's approach on institutional capacities and dynamic effects becomes decisively useful for justifying models of judicial deference to legislative and administrative choices, especially regulatory ones characterized by consistent technical support.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Institutional capacities, Regulatory decision-making, Judicial control, Uncertainty, Burden of proof

1. Introdução

O presente trabalho é construído em torno do seguinte problema de pesquisa: tendo em vista as diversas críticas estruturais e de recepção desenvolvidas contra o argumento das capacidades institucionais, sobretudo na versão articulada por Sunstein e Vermeule, que se constrói dentro de um arcabouço teórico que conjuga a necessidade de realização de análises comparadas e considerações consequencialistas de segunda-ordem empiricamente informadas, qual pode ser a utilidade efetiva do argumento, se essas objeções devem ser levadas a sério? Dado o caráter normativo deste texto, em vez de propor um teste de hipótese, defende-se a tese de que a principal utilidade da proposta de Sunstein e Vermeule relativamente a outras abordagens institucionais para a definição de posturas decisórias – em especial a sua aplicação para a defesa de um modelo de deferência judicial a escolhas regulatórias de caráter técnico – está não só na sua aptidão para promover aprendizado institucional, mas, sobretudo, na distribuição de ônus de prova para a sustentação do comportamento desejável de uma determinada instituição em um certo arranjo institucional.

Para a realização desse objetivo, organiza-se o trabalho em quatro partes. Além desta introdução, apresenta-se brevemente, em segundo lugar, a proposta de Sunstein e Vermeule e a sua vantagem anunciada comparativamente a alternativas que também investem na consideração de capacidades institucionais para a definição de quem deve decidir certos temas. Em um terceiro momento, são sintetizadas as críticas dirigidas ao argumento dos autores. As objeções serão agrupadas em dois grandes blocos: as críticas de recepção e as críticas estruturais feitas à teoria. A quarta seção cuida da apresentação e defesa da tese. Finalmente, chega-se à conclusão.

2. O argumento

Não é incomum encontrar referências às *capacidades institucionais* para justificar a postura desejável de uma instituição quando esta é chamada a rever decisões de outra ou para sustentar qual instituição deve decidir em espaços de sobreposição – atual ou potencial – de competências. O argumento, que pressupõe uma dimensão descritiva, mas é essencialmente de caráter normativo e comparativo, costuma se sustentar teoricamente tanto sobre uma concepção de separação de poderes que extrai os limites e habilidades de cada instituição para lidar com certos temas do desenho institucional vigente

(KOMESAR, 1981; 1984; SARMENTO, 2009) como, em sua versão mais ambiciosa, sobre uma vertente pragmática orientada em considerações de segunda-ordem (SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, 2000) que exige a identificação *empírica* daqueles limites e habilidades para a definição real, e não apenas como uma decorrência quase insuperável abstratamente fixada a partir do desenho institucional, das capacidades de cada instituição (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003). Em ambos os casos, o que há em comum é o esforço de superação de uma certa miopia institucional que teorias normativas sobre deferência ou posturas mais incisivas de controle, sobretudo judicial, de escolhas legislativas ou administrativas costumam apresentar. Enquanto estas centram-se na busca pela (melhor) resposta *substantiva* que o direito fornece para um determinado problema jurídico, aquelas não negligenciam – e, especialmente em cenários de incerteza, em que a resposta material apropriada para o caso é controvertida, valorizam primordialmente – a justificação de *quem* deve decidir, especialmente em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas (ARGUELHES e LEAL, 2011: 7).

Com o foco nas relações entre Judiciário e Legislativo, Komesar (1984) sugeriu seminalmente uma abordagem de análise institucional comparada para a determinação de quem deve decidir certos temas baseada em três características fundamentais:

(1) Cortes e legisladores se diferenciam em suas capacidades para solucionar problemas substantivos e o grau e o tipo dessas diferenças podem variar significativamente. (2) A relativa dificuldade de diversas questões substantivas decorre de realidades políticas e sociais muito variadas e sutis para serem adequadamente capturadas em categorias analíticas amplas, como substância e processo ou princípios e políticas, aplicadas por muitos constitucionalistas. No geral, essas simples bifurcações são inferiores a uma abordagem que pode mais naturalmente acomodar as gradações e interações entre esses fatores subjacentes. (3) Embora um papel para as cortes no nosso sistema constitucional possa ser baseado na identificação de falhas no processo legislativo, superando, dessa forma, a presunção de constitucionalidade tradicionalmente concedida às instituições mais democráticas; as análises devem ser *comparativas*. O Legislativo possui defeitos e vantagens relativamente ao Judiciário. Se e até que ponto o Judiciário leva em consideração a decisão legislativa deve refletir essa realidade (KOMESAR, 1984: 367-368).

Na literatura nacional, contudo, é também amplamente conhecida a versão de Sunstein e Vermeule sobre o argumento das capacidades institucionais (por exemplo, MORGADO, 2011; ABRAHAM, CASTRO e FARIAS, 2016). Para os autores, em um

plano mais alto de abstração, a seleção de uma estratégia de interpretação ou postura decisória depende fundamentalmente de dois aspectos: as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos dessa seleção (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003: 972). Essas são as bases de um modelo teórico que se constrói a partir de peças centrais. O ponto de partida é o recurso a uma estratégia *consequencialista* de segunda-ordem de decisão. Isso significa que, para o modelo de Sunstein e Vermeule, o que está em jogo não é a identificação de consequências relacionadas a possíveis cursos de ação ou decisão em um caso concreto. Em um plano mais abstrato, pensa-se nos efeitos vinculados à adoção de certa postura para como lidar, no tempo, com um conjunto de casos. Em curtas palavras, cuida-se de decidir sobre como decidir.

Nesse aspecto, posturas decisórias, como ativismo e autocontenção, e posturas interpretativas, como formalismo, consequencialismo (de primeira-ordem) ou coerentismo no sentido dworkiniano, são metaalternativas de decisão às quais é preciso vincular os seus respectivos efeitos projetáveis no mundo para a solução de diversos casos específicos. Nessa etapa *positiva* do argumento, importam as considerações sistêmicas associadas ao emprego de uma determinada postura decisória ou teoria interpretativa no tempo, o que envolve, por exemplo, considerar os impactos da adoção de certos caminhos decisórios para a segurança das relações sociais e para o equilíbrio nas relações entre poderes em um determinado arranjo institucional. E isso deve ser feito, em princípio, sem presunções, mas a partir da mensuração real desses efeitos. É, portanto, na necessidade de desenvolvimento de análises *empiricamente informadas* que se extrai a principal vantagem da proposta de Sunstein e Vermeule relativamente a modelos como o de Komesar.

Para a avaliação dessas prognoses, Sunstein e Vermeule propõem dois critérios: a redução de custos de decisão e de erro (ARGUELHES e LEAL, 2011: 44). Isso significa estimar os custos que a adoção da teoria terá para atores institucionais concretos (juízes, legisladores e reguladores, por exemplo) e a chance e a magnitude dos erros potencialmente decorrentes do seu manuseio e aplicação.

Como se nota, o argumento pressupõe uma *comparação* entre o desempenho esperado de instituições. Mas não só, é fundamental que essas comparações não se desenvolvam abstratamente, mas levem em consideração a performance projetável de instituições concretas no mundo real, com os seus limites efetivos para a implementação definitiva do que o desenho institucional ou qualquer fundamento normativo possam

assumir como idealmente desejável. Por esse motivo, o modelo de Sunstein e Vermeule que coloca a avaliação de capacidades institucionais no centro não é só o produto da conjugação de (i) uma estratégia consequencialista de segunda-ordem (ii) orientada na redução de custos de decisão e de erro, (iii) que requer sustentação empírica e (iv) a necessidade de realização de análises comparativas. A quinta peça central do argumento é a defesa, no fundo, de um modelo do tipo *second best* para a seleção de estratégias de decisão (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003: 889), especialmente quando se leva a sério que a resolução de tensões interinstitucionais realmente relevantes costuma se dar sob condições de incerteza factual e/ou normativa. Sob a perspectiva *second best*, antes de focar em modelos ideais e na busca pela aproximação entre o real e um ideal desconhecido, o modelo dos autores parte da impossibilidade de alcance permanente, em um mundo limitado e habitado por decisores também racionalmente limitados (SIMON, 1959), da *melhor* resposta. Em um mundo subideal, o alcance do resultado possível exige a busca por alternativas à tentativa custosa de realizar ao máximo o que só pode ser atingido sob condições que se sabe de antemão estarem indisponíveis. Esse é o coração do teorema geral para a construção de soluções *second best* para a formulação de políticas ou o desenho de instituições (LIPSEY e LANCASTER, 1956-1957: 12).

Diante desses elementos, é possível afirmar que “o raciocínio pressuposto pelo argumento de ‘capacidades institucionais’ [na linha do que propõem Sunstein e Vermeule] poderia ser sintetizado a partir das seguintes características: uma comparação empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição dentre várias instituições possíveis” (ARGUELHES e LEAL, 2016: 198), considerando, ainda, os potenciais das alternativas para a redução de custos de erro e de decisão.

3. As críticas

A proposta sofisticada de Sunstein e Vermeule, que tem no seu apelo à empiria um dos seus eixos mais atraentes, embora recebida com certo entusiasmo no país, não é imune a críticas.

As objeções levantadas podem ser agrupadas em dois grandes grupos. Por um lado, é possível identificar críticas de *recepção* do modelo teórico. Nesse domínio, as críticas não se dirigem diretamente às ideias, em si, dos autores, mas, antes de disso, ao

uso concreto delas feitas em foros acadêmicos e práticos. Por outro, é possível também localizar objeções *estruturais* ao argumento das capacidades institucionais desenvolvido por Sunstein e Vermeule. Nessa dimensão, o foco não está na eventual aplicação inconsistente das ideias dos autores, mas na capacidade de sustentação da própria teoria, mesmo quando considerada em sua melhor versão.

3.1. Críticas de recepção

Críticas de recepção são comuns. Elas tentam preservar a teoria atribuindo-se a responsabilidade pelo seu emprego inadequado à incompreensão ou ao uso estratégico das suas peças. A teoria dos princípios de Robert Alexy parece ser um bom exemplo desse tipo de objeção. Muito embora exista uma série de críticas estruturais ao trabalho de Alexy, parte dos problemas comumente associados ao trabalho com princípios jurídicos e a aplicação do dever de proporcionalidade entre nós parece se reconduzir ao modo como a teoria é entendida e efetivamente manuseada, sobretudo pela jurisprudência (SILVA, 2002; SUNDFELD, 2012; LIMA, 2020).

No caso do recurso às “capacidades institucionais”, o diagnóstico é semelhante. Com foco no emprego do rótulo ao controle judicial de escolhas de outros poderes, Favreto e Klanovicz (2023) pontuam que “(...) ainda estamos muito longe de uma lógica consolidada de uso das capacidades institucionais. A referência a elas continua ocorrendo, em geral, sem que se conheçam seus fundamentos, definição, natureza e forma de operacionalização. Em regra, simplesmente se invoca a ideia e se aponta, sem maiores considerações e sem uma metodologia previamente definida, que o Poder Judiciário não deve se imiscuir no tema e que a decisão do Poder Executivo ou do Poder Legislativo deve prevalecer”. De uma maneira geral, intui-se que a expressão costuma estar associada à sustentação de uma postura de *autocontenção* judicial a escolhas legislativas ou administrativas, na esteira do que sugere Vermeule (2006), que toma como base as capacidades institucionais e a consideração de efeitos dinâmicos como base para sustentar uma conjugação de deferência e textualismo como a postura fundamental a ser adotada por juízes quando são chamados a rever decisões legislativas e regulatórias. É o que se nota, por exemplo, em trecho do voto do ministro Fux no Recurso Extraordinário 1083955: “[a] administração pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian

Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos".

Visando ao mapeamento e à categorização dos problemas de recepção do argumento das capacidades institucionais, Arguelhes e Leal (2011) organizaram os dilemas de operacionalização real da proposta de Sunstein e Vermeule em empregos *banais*, *redundantes* e *absurdos*. No primeiro caso, “[u]ma utilização banal da ideia 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” (ARGUELHES e LEAL, 2011: 33-34). Nesse aspecto, o recurso ao rótulo “capacidades institucionais” é marcado por reduzida utilidade e baixo potencial crítico, na medida em que já aparece presente ou se torna facilmente incorporável por qualquer teoria normativa sofisticada sobre como instituições devem se comportar quando se relacionam com outras (ARGUELHES e LEAL, 2011: 4).

O uso redundante da expressão, por sua vez, ocorre quando “se recorre à ideia de capacidades institucionais simplesmente para fazer referência a categorias teóricas ou dogmáticas já conhecidas, tais como “separação de poderes”, “dificuldade contramajoritária” ou “discricionariedade 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 ideias e argumentos antigos” (ARGUELHES e LEAL, 2011: 35). Nessa dimensão, o apelo ao argumento não é apenas meramente rotular, mas aparece como uma nova maneira de empacotar, sem os esforços exigidos pela proposta de Sunstein e Vermeule, expressões e conceitos já conhecidos. Com isso, a expressão não é mais do que um modismo. Isso ocorre quando, por exemplo, usa-se a expressão como um sinônimo – mais atual e, talvez, rebuscado – de deferência judicial, mas sem a realização das análises comparativas e/ou a incorporação dos estudos empíricos exigidos pelo modelo teórico para a aferição real das capacidades das instituições envolvidas. Sem isso, o emprego do rótulo pode ser fruto de mera especulação sobre habilidades e limites reais de determinada instituição, extração direta de capacidades institucionais a partir apenas do desenho institucional ou mesmo idealização institucional.

O recurso absurdo à expressão “capacidades institucionais”, por fim, está vinculado ao emprego da expressão sem levar em conta “as determinações razoavelmente

claras das normas jurídicas que configuram as instituições existentes” (ARGUELHES e LEAL, 2011: 38). O uso inadequado neste caso decorre da não observância do sistema de competências ou das preferências substantivas fixadas pelo direito positivo vigente. Em curtos meios, o argumento das capacidades institucionais é usado em caráter absurdo quando, mesmo satisfazendo todas as condições para a sua aplicação, desenvolver-se *contra legem*. No máximo, ele está sendo evocado “simplesmente para emprestar alguma credibilidade a um raciocínio prático-consequencialista que não está de fato comprometido com o direito vigente” (ARGUELHES e LEAL, 2011: 40). Nessa hipótese, pode até ser que se torne possível sustentar que uma instituição, com base na sua conformação real, encontre-se mais capacitada do que outra para desempenhar certos papéis. O problema, no entanto, está no fato de que essa conclusão, mesmo teoricamente justificada, não se torna factível porque exigiria uma mudança nas regras dentro das quais deveria ser construída.

3.2. Críticas estruturais

Como mencionado, as críticas desta natureza colocam no centro das discussões o próprio argumento. Seria a proposta de Sunstein e Vermeule, focada na mensuração das capacidades institucionais e na consideração de efeitos dinâmicos de posturas interpretativas e decisórias, capaz de se sustentar e ser efetivamente aplicada na realidade?

Richard Posner, por exemplo, afirma que a “virada institucional” pregada por Sunstein e Vermeule para a seleção adequada de estratégias de interpretação, embora correta, é óbvia, além de já explorada por diversos autores, como o próprio Posner (POSNER, 2003: 952). Além disso, a crítica denuncia que a admiração por uma postura judicial formalista, para onde acaba desembocando a proposta de textualismo e deferência de Sunstein e Vermeule, é empiricamente infundada e, por isso, torna-se descritivamente imprecisa para capturar a posição tradicionalmente adotada por juízes nos EUA (POSNER, 2003: 952, 970). Tal constatação, ademais, evidencia uma inconsistência do trabalho dos autores, que tem na importância de embasamento empírico um dos seus méritos anunciados.

Na mesma linha de críticas estruturais, Arguelhes e Leal (2016: 202ss.) apontam duas dificuldades para aqueles que pretendem fugir de empregos banais, redundantes e

absurdos do argumento das capacidades institucionais. As objeções são agrupadas em duas ordens de problemas: problemas de informação e o problema da observância.

No primeiro caso levanta-se como potencial problema do argumento a quantidade de informações exigidas pelo argumento para a sua adequada operacionalização. A realização de análises institucionais comparativas sensíveis a efeitos dinâmicos, embora teoricamente sedutor, na prática demandaria, como regra, não apenas dados sobre o mundo que não necessariamente estarão disponíveis, como uma capacidade hercúlea de processamento por parte daqueles interessados em aplicar adequadamente o argumento. Como nem sempre essas informações poderão ser obtidas a custos acessíveis, corre-se o risco de a mensuração das capacidades institucionais para a definição de qual instituição está em melhores condições de tomar uma decisão sobre certo tema tornar-se um problema de tomada de decisão sob condições de incerteza. Com isso, o que parece ser um argumento empiricamente informado se torna, no fundo, ou (i) produto de algum grau de intuição sobre fatos¹, (ii) não mais do que apenas um argumento normativo disfarçado ou, ainda, (iii) uma forma do que os próprios Sunstein e Vermeule chamam de “institucionalismo assimétrico” (ARGUELHES e LEAL, 2016: 202-205), que ocorreria quando as capacidades de uma instituição (geralmente o Legislativo) são identificadas sob lentes realistas (que enfatizam, sobretudo, os limites dessa instituição), enquanto as de outra (geralmente algum órgão do Poder Judiciário) são idealizados (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003: 973).

No que diz respeito ao problema da observância, está essencialmente em jogo a dificuldade efetiva que tomadores reais de decisão podem enfrentar para aplicá-lo fielmente (ARGUELHES e LEAL, 2016: 205). Para além dos problemas de obtenção e processamento de informações já mencionados, pode ser que o argumento se torne excessivamente exigente na prática, ao recomendar a observância de uma postura decisória justificada sobre razões de segunda-ordem mesmo quando, na decisão de um caso concreto (um problema de primeira-ordem), haja boas razões para se desviar da metaestratégia de decisão fundamentada em efeitos dinâmicos. O problema, em curtos meios, envolve identificar se e sob quais condições a proposta de Sunstein e Vermeule é capaz de acomodar *desvios* do curso de ação que o argumento prescreve ser necessário no longo-prazo. Para Arguelhes e Leal, as justificativas “em tese” fornecidas pelo argumento das capacidades institucionais “nem sempre poderão impedir que um tomador

¹ Por exemplo, Sarmiento (2019: 319) e Cyrino (2009/2010, p. 15 e 16).

de decisão possa ceder à tentação de se desviar dos padrões que ele mesmo se impõe para buscar aquilo que entende ser a melhor resposta para o problema decisório que *pontualmente* enfrenta” (ARGUELHES e LEAL, 2016: 207). Esse é um problema reconhecido pelo próprio Vermeule, que destaca o papel que a *heurística de saliência* pode desempenhar para tornar tentador o escape de uma estratégia otimizadora de decisão, como a que está por trás do modelo teórico apresentado por ele e Sunstein. Quando essa heurística entra em cena, decisores tendem a supervalorizar a importância da informação vívida e concreta que aparece no primeiro plano e subvalorizar a importância de informações agregadas que estão subjacentes no contexto decisório (VERMEULE, 2005: 628). E se, como heurística, a sua incidência pode ser inevitável, o ponto é como o modelo teórico dos autores lida com ela. Mas isso não está claro.

4. A utilidade

Se as objeções estruturais e de recepção levantadas fazem sentido, a utilidade efetiva de um argumento que pretendia avançar em relação a outras propostas institucionalistas para a justificação de posturas decisórias e seleção de métodos de interpretação torna-se discutível. Se considerar aspectos empíricos e comparar as habilidades e os limites concretos de diferentes instituições são os principais méritos anunciados da proposta de Sunstein e Vermeule (ARGUELHES e LEAL, 2016: 201), o que resta quando é questionável, no plano estrutural, se a aplicação do argumento pode ser tão exigente a ponto de impedir a sua plena implementação?

Como base para a construção de uma metodologia procedimental de justificação, o argumento das capacidades institucionais é peça de um modelo que não afirma definitivamente qual instituição deve decidir determinado assunto. Antes disso, o que Sunstein e Vermeule sugerem é um caminho para se identificar, dentro de um certo arranjo institucional, como é possível fundamentar, a partir da conformação efetiva das instituições desse mesmo arranjo, a atitude adequada de uma instituição (o Judiciário, por exemplo) relativamente a outra (uma Agência Reguladora, por exemplo) em problemas de decisão que envolvem espaços sobrepostos de competências. Nesse sentido, o que se poderia extrair de pretensão de racionalidade do argumento das capacidades institucionais é fruto da sua aptidão, sobretudo, para (i) possibilitar a identificação dos titulares dos deveres de argumentação e de prova e das soluções para os casos em que os respectivos ônus não são superados, (ii) organizar as expectativas normativas dos participantes de

processos decisórios em torno do roteiro a ser observado na solução de casos difíceis e (iii) permitir aprendizado institucional por meio de ganhos de qualidade discursiva (SCHUARTZ, 2005: 186).

Como essas promessas podem ser cumpridas é o que, apesar dos problemas levantados, pode manter o argumento vantajoso para a superação de disputas interinstitucionais. Bolonha, Almeida e Lucas (2018) aceitaram o desafio. Para os autores, o investimento em um *procedimento* de justificação orientado no que chamam de *pergunta essencial* (“como decidir o caso?”) é a chave para a sustentação, especialmente no Brasil, de um modelo de deferência judicial a decisões administrativas baseado na proposta de Sunstein e Vermeule (BOLONHA, ALMEIDA e LUCAS, 2018: 332). Nesse aspecto, embora a referida “pergunta essencial” não seja totalmente convergente com o foco das preocupações do argumento das capacidades institucionais (centradas na questão “como determinadas instituições, com as suas distintivas habilidades e limitações, devem interpretar certos textos?”) (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003: 886), a ênfase no papel procedimental do modelo de justificação aponta para a melhor compreensão possível do argumento.

Mas isso ainda não dilui as objeções estruturais. Cientes disso, Bolonha, Almeida e Lucas enfrentam os problemas anteriormente levantados por Arguelhes e Leal (2016). Em relação ao problema da observância, a possibilidade de desvios da metaestratégia de decisão sugerida pelas análises institucionais comparadas é encarada não como um problema, mas como uma espécie de produto inevitável de qualquer construção elaborada a partir de considerações de segunda-ordem preocupada com a produção de efeitos dinâmicos. Exatamente por isso, em vez de ser um real problema, a metaestratégia “deve ser encarada [como] o início de um ciclo em que seu planejamento, execução, avaliação e correção dos desvios são partes essenciais do seu sucesso” (BOLONHA, ALMEIDA e LUCAS, 2018: 334). Compreendida como uma espécie de vantagem do argumento, ao garantir a flexibilidade necessária para que a definição de uma estratégia de segunda-ordem possa se adaptar a contingências imprevisíveis no momento em que é formulada, a possibilidade de desvio deve ser considerada parte do processo de *aperfeiçoamento* do desenho institucional real, desde que, certamente, os desvios não sejam permanentes nem injustificados (BOLONHA, ALMEIDA e LUCAS, 2018: 334).

Para lidar com a empiria insuficiente que marca o maior desafio do problema da informação apontado por Arguelhes e Leal (2016), os autores enfatizam ser possível

sustentar uma determinada postura decisória (como deferência judicial a escolhas regulatórias) mesmo diante da impossibilidade real de obtenção e processamento das informações necessárias para comprovar empiricamente a conclusão. Para tanto, recorrem à possibilidade de sustentação de algum tipo de *presunção* baseada no desenho institucional de estar uma determinada instituição em uma posição melhor para lidar com problemas práticos em condições de incerteza (BOLONHA, ALMEIDA e LUCAS, 2018: 335). Para os autores, por esse caminho

“a exigência excessiva de uma operacionalização do argumento das CIs que exige todas as informações como forma de justificar a deferência judicial, pode ser superada pela concepção de que há vantagem em um processo decisório dinâmico, aberto a reavaliações contínuas pelas instâncias subordinadas à metaescolha institucional de ser deferente quando outra instituição apresente um ‘nível de especialização tal’ ou uma ‘posição favorável tal’ que seja recomendável reconhecer essa instituição como legítima intermediária entre um conjunto de bons motivos substantivos subjacentes (complexos e, portanto, difíceis de alcançar) e a solução baseada nos dados disponíveis que levou todas as circunstâncias em consideração (a decisão administrativa) e mesmo assim sofreu a tentativa de impugnação” (BOLONHA, ALMEIDA e LUCAS, 2018: 335).

Nessa perspectiva, embora a proposta de solução pareça cair no tipo de institucionalismo não-empiricamente embasado (pelo menos não totalmente) em relação ao qual a proposta de Sunstein e Vermeule pretende avançar, ela parece ser a melhor resposta possível em um mundo limitado para os dilemas informacionais levantados pela crítica. Mesmo Sunstein e Vermeule reconhecem essa dificuldade e afirmam que a empiria insuficiente exige que as pessoas confiem em presunções, regras de experiência e outras técnicas que ajudam a produzir decisões em face de incertezas (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003: 974). Nesse cenário, o que nos resta, por fim, é buscar produzir cada vez mais informações e ampliar as nossas capacidades de processamento para que as causalidades que informam a dimensão positiva do argumento consequencialista de segunda-ordem requerido pelo modelo possam, em algum momento, ser comprovadas. Para Bolonha, Almeida e Lucas é esse tipo de investimento que permite, novamente, aperfeiçoamento institucional ao longo do tempo (BOLONHA, ALMEIDA e LUCAS, 2018: 335).

Mas estaria a utilidade do argumento das capacidades institucionais limitado ao seu papel *qua* metodologia de justificação de posturas decisórias para permitir aprendizado institucional de longo prazo? Certamente não. Além dessa utilidade,

aparentemente a principal vantagem de um argumento que exige constantemente prova empírica para ser aplicado é a de distribuição de *ônus de prova* que podem ser fundamentados sobre as preferências em abstrato definidas pelo desenho institucional.

Se o constituinte e o legislador podem ser considerados arquitetos que dotam as instituições que desenham das condições consideradas necessárias para a realização das suas vocações jurídicas e a implementação dos objetivos que justificam a sua criação (COOTER, 2000: 211), essas decisões podem ser consideradas fontes para a fixação de certas relações de prioridade sobre quem deve decidir. A força do argumento das capacidades institucionais está na pressuposição de que essas relações extraídas em abstrato de preferências arquitetônicas são passíveis de inversão quando *empírica e comparativamente* se constata que a conformação institucional real é diferente do que ela deveria ser. Exatamente por isso, uma vantagem efetiva do argumento de Sunstein e Vermeule está não apenas no tipo de ceticismo que recomenda em relação às preferências abstratas do desenho institucional, mas, sobretudo, no seu poder para determinar o que deve ser provado e quem deve provar. Se o arranjo institucional vigente, por exemplo, dota uma Agência Reguladora de maior aparato técnico em tese para tomar certas decisões do que o Poder Judiciário ou Tribunal de Contas da União², uma postura de deferência judicial poderia ser inicialmente recomendável. No entanto, ela pode ser concretamente superável quando as capacidades institucionais reais da Agência forem inferiores às do órgão judicial provocado, por exemplo, a rever uma escolha regulatória. Justifica-lo, no entanto, exige, exatamente por se levar a sério as escolhas do constituinte e do legislador, que quem defenda não ser a deferência sustentável em concreto deve apresentar os elementos de fato para comprovar a sua visão. Em outras palavras, quem pretende reverter a presunção extraída do desenho institucional precisa superar o ônus de prova em sua dimensão de *produção* das evidências necessárias para suportar a veracidade do que se alega (WALTON, 2014, cap. 2). Em casos de incerteza, como já indicado por Bolonha, Almeida e Lucas, exige-se a superação de deveres procedimentais capazes de tornar *aceitáveis* os resultados, mesmo sem a produção exauriente das provas, como os que envolvem (i) a demonstração da situação de incerteza, (ii) da produção razoável das provas disponíveis e (iii) da superação dos ônus de argumentação

² Veja-se, por exemplo, o caso da ANTT com o TCU apresentado em: <https://www.estadao.com.br/economia/tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras/>, em que ex-diretor da agência reconhece baixa capacidade institucional, capaz de gerar “baixa qualidade nos projetos”. Isso teria dado espaço para o TCU avançar e permitir que as próprias concessões da Agência melhorassem no tempo.

necessários para justificar as credenciais de especialistas e as eventuais disputas entre eles, quando a sua presença for necessária para superar divergências factuais.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou defender uma utilidade efetiva para o argumento das capacidades institucionais mesmo diante das diversas críticas estruturais e de recepção contra ele levantadas. Após a apresentação da principal vantagem anunciada do argumento – qual seja, o seu apelo à comprovação empírica e comparativa das capacidades reais de instituições – e das objeções estruturais à sua efetiva implementação em um mundo não ideal, defendeu-se que a melhor visão da proposta de Sunstein e Vermeule deve partir de sua compreensão como uma ambiciosa metodologia de justificação de decisões de segunda-ordem. Nesse sentido, embora o trabalho de Bolonha, Almeida e Lucas (2018) tenha enfatizado que os problemas da observância e do conhecimento possam ser superados por meio da sua potencial utilidade para permitir aperfeiçoamento institucional, alegou-se que o argumento das capacidades institucionais pode, ainda, desempenhar um segundo papel fundamental: ele pode ser útil ao fixar regras de ônus de prova, determinando quem deve provar e o que deve ser provado para sustentar inversões nas presunções de capacidade institucional fixadas em abstrato pelo desenho institucional vigente. Assim, a proposta de Sunstein e Vermeule segue vantajosa ao levar a sério escolhas constitucionais e legislativas e, ainda, organizar procedimentos de justificação em casos que envolvam a determinação de posturas institucionais e preferências interpretativas mais adequadas em cenários de sobreposição de competências entre diferentes instituições. Nesse sentido, o argumento segue de fundamental importância para a sustentação de posturas de deferência judicial em relação a escolhas legislativas e administrativas, sobretudo as regulatórias baseadas em juízos técnicos.

6. Referências

ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, 14(2), 18–51, 2016.

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

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmento (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009, p. 171-211.

BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; LUCAS, Daniel de Souza. Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 10(3), p. 326-337, setembro-dezembro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1083955**. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, 06/06/2019.

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.

FAVRETO, Rogerio; KLANOVICZ, Jorge Maurício. Precisamos pensar mais sobre nossas capacidades institucionais. **CONJUR – Consultor Jurídico**, 6-abr-2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-abr-06/favreto-klanovicz-conceito-capacidades-institucionais#_ftn4

KOMESAR, Neil. In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative. **Comparative Institutional Approach**, v. 79, 1981, p. 1350-1392.

- _____. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 51, No. 2, pp. 366-446, 1984.
- LIMA, Rafael Belém de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 184-206, jan./abr. 2020.
- LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kevin. The General Theory of Second-Best. **The Review of Economic Studies**, v. 24, p. 11-32, 1957.
- MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes: capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista Dir. da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, n. 66, p. 64-93, 2011.
- POSNER, Richard A. Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 952-971, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311-322.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. Nos Limites do Possível: “Balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy. In: _____. **Norma, Contingência e Racionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 179-228.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.798, p. 23-50, 2002.
- SIMON, Herbert A. Theories of decision-making in economics and behavioral science. **The American Economic Review**, v. 49, n. 3, p. 253-283, jun. 1959.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism Be Defended Empirically? **The University of Chicago Law Review**, p. 636-670, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R & ULLMANN-MARGALIT, E. Second-Order Decisions. In: Cass Sunstein (Ed.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 187-208.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretive Theory in its Infancy: A Reply to Posner. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 972-978, 2003.

WALTON, Douglas. **Burden of Proof, Presumption and Argumentation**. Cambridge/New York: CUP, 2014.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. Three strategies of interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 607-628, 2005.