

# Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais

## An institutional theoretic path to the argument of “institutional capacities”

**Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil  
bolonhacarlos@gmail.com

**Maíra Almeida<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil  
almeida.maira.l@gmail.com

**Daniel de Souza Lucas<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil  
dsldireito@gmail.com

### Resumo

Este artigo adota o argumento das Capacidades Institucionais como objeto. Alguns constitucionalistas norte-americanos, como Adrian Vermeule, apresentam uma perspectiva crítica do modelo de deferência judicial estabelecido pela história jurídica norte-americana. Sobre esta questão, sustenta-se a seguinte hipótese prescritiva: a deferência judicial deve estar apoiada na ideia geral de que as instituições devem orientar suas ações a partir de uma compreensão de acordo com a qual suas capacidades institucionais, mais do que sua posição no arranjo constitucional, são determinantes para o atingimento de seus propósitos. Para sustentar esta hipótese, realiza-se uma pesquisa de caráter analítico e exploratório que assume como pressuposto um tipo de institucionalismo no qual as manifestações do Poder Executivo recebem significativa notabilidade em função das implicações que causam ao direito (o que, necessariamente, decorre do fato de que essas manifestações constituem o Direito). O objetivo é refletir sobre a situação institucional brasileira e suas dificuldades práticas no campo jurídico-político. Para abordar a matriz teórica norte-americana no atual contexto institucional brasileiro, será de especial importância recorrer a pesquisas desenvolvidas por professores de Direito brasileiros. Assim, pretende-se contribuir

<sup>1</sup> Universidade Federal do Rio de Janeiro. Faculdade Nacional de Direito. Rua Marquês de São Carlos, 8, 20211-340, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

para a elaboração de um modelo de projeto constitucional que reconheça as dificuldades inerentes à atual separação de poderes no Brasil.

**Palavras-chave:** deferência, capacidade institucional, autoridade.

## Abstract

This article adopts the argument of Institutional Capacities as object. Some US constitutionalists, such as Adrian Vermeule, present a critical perspective on the model of judicial deference established by American legal history. On this question, the following prescriptive hypothesis is supported: judicial deference must be supported by the general idea that institutions should guide their actions from an understanding according to which their institutional capacities, rather than their position in the arrangement constitutional, are decisive for the attainment of its purposes. In order to support this hypothesis, a research of an analytical and exploratory character is carried out, assuming as presupposition a type of institutionalism in which the manifestations of the Executive Power receive significant notability due to the implications that cause the law (which, necessarily, derives from the fact that these manifestations constitute the Law). The objective is to reflect on the Brazilian institutional situation and its practical difficulties in the legal-political field. In order to approach the theoretical North American matrix in the current Brazilian institutional context, it will be of special importance to resort to research developed by Brazilian Law Teachers. Thus, we intend to contribute to the elaboration of a model of constitutional project that recognizes the inherent difficulties of the current separation of powers in Brazil.

**Keywords:** deference, institutional capacities, authority.

## Introdução

A utilização de argumentos das Capacidades Institucionais<sup>2</sup> (CIs) no direito brasileiro deve ser colocada sob permanente suspeita.<sup>3</sup> Esse é um tipo de argumento que pretende convencer o Poder Judiciário a ser deferente ao Poder Executivo apelando à real capacidade que o Executivo possui para considerar todas as circunstâncias que estão em questão e assim produzir os melhores efeitos dinâmicos possíveis quando o que está em jogo são políticas públicas e questões regulatórias. Essa noção aparentemente simples expõe um problema que é bastante complexo de resolver por envolver as expectativas que se tem acerca de como os três poderes de uma república devem se relacionar, e de como deve ser a gestão do Poder Judiciário.

Em geral, espera-se que o Poder Judiciário, autoridade prática em assuntos adjudicatórios, seja capaz

de resolver os problemas que emergem da constante tensão entre a generalidade das normas – impositivas em função da autoridade prática legislativa – e sua aplicação – a interpretação auto executável de uma autoridade prática administrativa. E nesse imbricado processo de relação entre autoridades práticas exsurtem dúvidas quanto ao papel que cada poder pode (ou deve) exercer para a manutenção do tênue equilíbrio entre poderes que a maioria das Constituições contemporâneas pretende promover.

Em termos de gestão, o desenho institucional do Poder Judiciário, via de regra, prevê que tribunais superiores têm o dever de estabelecer políticas judiciárias que levem em conta todas as circunstâncias em jogo para produzir os melhores efeitos dinâmicos possíveis. Chama-se aqui de política judiciária o conjunto de iniciativas institucionais que pretendem promover a atuação organizada e sinérgica dos órgãos que compõem

<sup>2</sup> Para Arguelhes e Leal (2011, p. 9-10), 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 que pretendem evitar sentidos que guardam pouca ou nenhuma relação com a teoria elaborada por Sunstein e Vermeule (2003, p. 885-951).

<sup>3</sup> Leal e Arguelhes (2016, p. 197) entendem que sim, porque esse tipo de argumento envolve dois ônus bastante difíceis de enfrentar: (i) a manipulação de informações difíceis de obter e (ii) a inexistência de um mecanismo que force juízes no futuro a fazer, e alcançar, a mesma análise comparativa de capacidades institucionais.

a estrutura do Poder Judiciário, mesmo que isso seja consequência de um dever legalmente imposto.

Como enfrentar a situação institucional brasileira e suas dificuldades práticas no campo jurídico-político para operacionalizar uma atuação mais sinérgica e harmônica entre Executivo e Judiciário? A teoria das CIs dá boas razões para crer que a deferência seja um bom caminho, desde que seja possível conciliar seus termos às condições de exercício da autoridade no direito.

Que condições devem ser preenchidas no futuro para que um argumento das CIs elaborado agora não seja demasiadamente exigente com o tomador de decisão no futuro? Como garantir que a validade da escolha atual pela deferência não seja o resultado de um acerto casual?<sup>4</sup> Neste artigo, pretende-se enfrentar os problemas que parecem inviabilizar o argumento das CIs partindo da hipótese de que a deferência judicial ao Estado Administrativo nos moldes propostos por Vermeule (2016) pode ser entendida como o reconhecimento pelo judiciário da autoridade teórica das agências (com todos os ônus que esse *status* incumbe) e não como uma delegação de sua autoridade prática de última palavra.

Para defender essa hipótese, este artigo parte de uma demarcação teórica que se coloca em uma perspectiva crítica à tradicional visão da separação estrita dos poderes (Vermeule, 2016). Para os teóricos do Estado administrativo moderno é central que as capacidades das diferentes instituições sejam empírica e constantemente comparadas para que seja possível determinar qual está mais apta a tomar decisões que considerem todas as circunstâncias e consideração e produzam o melhor resultado possível no agregado (Sunstein e Vermeule, 2003; Vermeule, 2006).

Este artigo também agrega à demarcação, com o objetivo de refletir sobre a situação institucional brasileira e suas dificuldades práticas no campo jurídico-político, a discussão teórica sobre os potenciais usos e implicações de dois diferentes tipos de autoridade no direito: a prática e a teórica (Lamond, 2010; Shecaira, 2017). E ao explorar o debate no processo decisório do Poder Judiciário alcança uma percepção de variantes de autoridade que podem mitigar os problemas de operacionalização do argumento das CIs que, segundo Leal e Arguelhes (2016), inviabilizariam a prática da deferência judicial justificada.

Assim, dividiu-se o artigo em duas seções. Uma primeira que introduz a distinção entre a autoridade

prática e teórica e apresenta duas versões: uma forte e outra fraca. E uma segunda seção que enfrenta os problemas de operacionalização dos argumentos de CIs apontando as condições da deferência no direito em termos de autoridade, para oferecer uma alternativa que justifica sua utilidade e uso. Por fim, são oferecidas quatro razões para defender que a Teoria das CIs é capaz sim de produzir argumentos operacionalizáveis.

## Dois tipos de autoridade: algumas noções preliminares

Ronald Dworkin (1986) construiu uma analogia entre o direito, como um império, e os juízes, como príncipes, para justificar o tipo de autoridade que decisões judiciais têm. Decisões judiciais oferecem razões para se fazer algo. Neste sentido, a instituição judiciária possui uma autoridade que pode ser caracterizada como essencialmente prática (Lamond, 2010, p. 18). À medida que as questões sociais se tornaram mais complexas, principalmente em função das incertezas e do gerenciamento do risco que isso envolve, ficou evidente que as razões para fazer algo muitas vezes precisam apelar para outro tipo de autoridade na busca pela resposta correta. Esse segundo tipo de autoridade, uma autoridade que oferece razões para acreditar em algo, é como essencialmente teórica (Lamond, 2010, p. 18).

Como a hipótese deste artigo é a de que a deferência judicial ao Estado Administrativo, nos moldes propostos por Vermeule (2016), deve ser entendida como uma metaescolha institucional do Judiciário por reconhecer as agências, sob certas circunstâncias, como autoridades teóricas no seu campo de atuação. Parece essencial esclarecer de maneira preliminar como um tipo de autoridade se distingue da outra. Nesta seção serão apresentadas as duas versões de autoridade que serão usadas na quarta seção para tentar operacionalizar o argumento das CIs.

### A distinção forte em geral

#### Da autoridade teórica

Para aqueles que – como Joseph Raz (2009, p. 8) e Grant Lamond (2010, p.18) – distinguem a autoridade teórica da prática de uma maneira forte, ser uma auto-

<sup>4</sup> Essa questão é levantada no trabalho de Leal e Arguelhes (2016, p. 211), sendo a conclusão dos autores no sentido de que “se essas questões não são suficientes para descartar completamente a importância desses argumentos no direito brasileiro, pelo menos mostram que ainda há flancos abertos para sua operacionalização adequada por pessoas de carne e osso em arranjos institucionais específicos”.

ridade teórica é ser reconhecido como detentor de um nível tal de conhecimento e/ou habilidade no campo de atuação que qualquer opinião sua traz implícita a certeza de que toda a *expertise* acumulada foi usada para abordar a questão da maneira mais ampla e completa possível. A consequência disso é um grau de credibilidade tal que qualquer opinião concorrente é encarada como fundada em conhecimentos e/ou habilidades médias. Portanto, preteríveis frente à opinião da autoridade teórica (Lamond, 2010, p. 18). Para além disso, a autoridade teórica funcionaria como uma legítima intermediária entre o conjunto de motivos substantivos muitas vezes subjacentes (não evidentes) para acreditar em algo.

Lamond (2010, p. 19) argumenta que quando uma autoridade teórica, uma instituição especializada por exemplo, faz uma afirmação em certo sentido, ela aduz uma razão subjacente para acreditar que sua opinião levou em consideração todas as circunstâncias relevantes. E aduz também que é mais provável que sua afirmação seja verdadeira do que falsa. Lamond oferece o seguinte exemplo, se uma autoridade teórica nas pinturas de *Rembrandt* atesta a um cliente que o quadro arrematado em um leilão e atribuído ao pintor holandês não é autêntico, o que contradiz a opinião do curador do leilão (um não-especialista em *Rembrandt*), o mais provável é que o negócio seja desfeito em função da opinião dessa autoridade (Lamond, 2010, p. 19).

A presunção de que a opinião da autoridade teórica mobilizou todo o repertório de conhecimentos e/ou habilidades e culminou com a avaliação criteriosa de todas as circunstâncias pertinentes explica por que sua opinião não é simplesmente mais “um” fator a ser considerado pelo cliente para definir qual será sua ação (Lamond, 2010, p. 19), e sim “o” fator a ser considerado. De maneira que há certa prescrição em manifestações desse tipo e isso explica, em parte, por que as opiniões das autoridades teóricas podem competir e excluir opiniões de mérito feitas por profissionais considerados médios ou até mesmo por autoridades práticas que não detenham a última palavra sobre questão. Essa ideia será mais bem explorada à frente, principalmente por quem defende a distinção fraca, e por isso é importante mantê-la em mente a partir de agora.

Como, em resumo, é comum atribuir às autoridades teóricas a capacidade de fornecer uma razão explícita e legítima para acreditar que um conjunto de outras razões cuidadosamente balanceadas foi usada para

dar suporte à correção de sua opinião – mesmo que a força dessa razão varie em função de fatores como (i) o domínio dentro do qual essa autoridade teórica é exercida, se é uma questão das ciências *exatas* sujeita à demonstração e prova, ou uma atribuição de sentido a partir de algum paradigma das *humanidades*; (ii) o nível de habilidade e conhecimento da autoridade na área; ou, (iii) o esforço dedicado pela autoridade na formação de sua opinião – o ponto central que merece ser destacado na distinção forte é que ela atribui às autoridades teóricas um papel que pode ser considerado como epistêmico. Ou seja, a principal função da autoridade teórica seria de apoio à formulação de raciocínios sólidos sobre questões que outros, sem tal apoio, não seriam capazes de conhecer ou alcançar.

### Da autoridade prática

Para aqueles que defendem a distinção forte, a autoridade prática se estabelece em outros termos. Detém autoridade prática aquele que, por direito, pode fazer prescrições que devem ser obedecidas. Lamond (2010, p. 20) usa como exemplos paradigmáticos os oficiais militares (que exercem sua autoridade sobre as praças das forças armadas), os pais (que exercem sua autoridade sobre os filhos) e os empregadores (que exercem sua autoridade sobre seus funcionários). O fato de o oficial ter ordenado ao subordinado que requisitasse um veículo é motivo, por si só, para que o subordinado assim o faça. A prescrição (ordem) não é encarada como apenas uma variável dentre outras que o subordinado pode levar em consideração na hora de decidir se deve ou não requisitar um veículo. A autoridade prática tem respaldo jurídico para fazer a prescrição e o destinatário da prescrição tem a obrigação jurídica de cumprir essa prescrição<sup>5</sup>.

A eventual desobediência à prescrição pelo subordinado não poderia ser justificada como uma consequência de seu juízo (mesmo que bem feito). O fundamento do dever de obedecer é a concepção de que existe um bom motivo subjacente à atribuição dessa autoridade prática. Um motivo que torna a prescrição da autoridade (sua visão da questão) preferível a qualquer visão que o subordinado possa vir a alcançar. Recorrendo novamente ao exemplo dos militares, subjacente ao dever jurídico que a hierarquia militar impõe estão as razões aduzidas com o objetivo de justificar sua exis-

<sup>5</sup> Não se ignora o fato de que algumas prescrições podem ser materialmente antijurídicas, o que eximiria o subordinado do seu dever de obediência. Entretanto, do ponto de vista teórico, a dignidade de uma autoridade prática seria um obstáculo à prescrição antijurídicas, de maneira que o subordinado não poderia se eximir do seu dever de obediência.

tência: o fato de que, em situações de combate, muitas vezes a defesa da própria vida ou da vida de terceiros depende do tempo de reação, significativamente mais curto quando a ação prescinde de uma avaliação de mérito (Lamond, 2010, p. 21).

Para resumir a concepção em termos mais gerais, relações baseadas na autoridade prática envolvem sempre a alocação do poder decisório, de maneira que ter autoridade (prática) sobre alguém é ter o poder (normativo) de decidir como esse alguém deve se comportar dentro do espectro de comportamentos aceitáveis. E é a partir dessa concepção que se distingue de maneira forte a autoridade prática da teórica. Quando se olha o tipo de razão ofertada e o tipo de relação estabelecida, identifica-se a autoridade que está em jogo. Se uma ação decorre da credibilidade da opinião (razão), a autoridade em questão é teórica. Se a ação decorre de um dever de obediência estabelecido em alguma regra, então a autoridade em questão é prática (Lamond, 2010, p. 22; ver, Shecaira, 2013, p. 15-16).

### **A distinção forte no direito**

E no direito? Leis e precedentes têm autoridade prática sobre os tribunais porque seu *status* é de fonte obrigatória do direito. Os intérpretes devem observar leis e precedentes independentemente de concordarem ou não com seus méritos. Uma lei que considere o casamento de forma restritiva como a união entre um homem e uma mulher deve ser aplicado por juízes, mesmo que eles pensem que isso é injusto com os casais homoafetivos. Do mesmo modo, um precedente que torne aceitável o casamento homoafetivo dificilmente poderia ser ignorado por juízes que entendem só haver casamento entre um homem e uma mulher (Lamond, 2010, p. 23).

O recurso à distinção forte entre os dois tipos de autoridade pode explicar o porquê de existirem fontes do direito com *status* de fonte obrigatória e outras com *status* de fonte persuasiva. Se uma fonte do direito, como um precedente, fornece uma razão para agir (decidir) em determinado sentido, mesmo que esse sentido pareça injusto, imprudente ou equivocado, então ela é capaz de mitigar a liberdade decisória do intérprete e seu *status* é de fonte obrigatória (Lamond, 2010, p. 23).

Lamond (2010, p. 24) propõe ainda que existam diferentes graus de força atribuíveis a uma fonte. Graus que podem produzir um dever de observância (*mandatory source*), uma recomendação de observância (*should source*) ou uma possibilidade de observância (*persuasive source*). E é especificamente nesse último grau de força

que Lamond (2010, p. 24) acredita ser possível incorporar a autoridade teórica ao direito. Para ele, o tratamento dado às fontes persuasivas está subestimado. De maneira que uma fonte desse tipo deve servir para mais do que corroborar uma opinião já formada sobre determinada questão – como acontece quando julgados no mesmo sentido são escolhidos para dar peso à decisão. O tratamento das fontes persuasivas deve envolver a análise de quão convincentes foram seus argumentos. De maneira que a não observância de uma fonte persuasiva implique a demonstração de que a força das suas razões é fraca (por exemplo, porque a argumentação não foi sólida, adequada ou nem todos do tribunal concordaram com seus termos) quando comparadas a força das razões em sentido contrário (Lamond, 2010, p. 25).

Pensar as fontes persuasivas como fontes que possuem autoridade teórica faz sentido. Se os tribunais podem levar em consideração as fontes persuasivas à medida que acreditem nos seus méritos, então o peso de uma fonte persuasiva tende a variar conforme a reputação do juiz ou tribunal invocado. Como exemplo, Lamond (2010, p. 28) destaca as opiniões da Suprema Corte Norte-americana, opiniões que influenciam os tribunais constitucionais do resto do mundo em função da experiência da Corte no trato de questões político-jurídicas difíceis e da reputação de seus membros.

Um obstáculo à concepção da fonte persuasiva como detentora de autoridade teórica é o problema da indeterminação jurídica. Como a ideia de autoridade teórica, principalmente fora do direito, parece pressupor que toda questão jurídica tem, ou terá, uma única solução determinada pela *expertise* da autoridade, como escapar dessa armadilha da “única resposta correta” e adaptar a autoridade teórica ao direito? O fato da opinião (fonte persuasiva) ser a produção de alguém qualificado cujas opiniões são susceptíveis de serem superiores às demais em razão da maior probabilidade de identificar uma solução que alcance o melhor equilíbrio entre valores concorrente nos casos de incerteza parece oferecer uma boa razão para a deferência de quem deve fazer uma escolha quando não há garantias de que um raciocínio concorrente tenha levado todas as circunstâncias relevantes em consideração (Lamond, 2010, p. 31).

### **A distinção fraca**

Quem rejeita a distinção forte entende que a classificação em função do tipo de razão fornecida – razão para agir no caso da autoridade prática e razão para crer no caso da autoridade teórica – é insuficien-

te por considerar apenas o “valor de face” do discurso de autoridade. A distinção forte poderia ser culpada de negligenciar, de uma maneira relevante para o resultado da análise, os pressupostos e convenções tácitas que regulam a maneira como as opiniões são emitidas e recebidas nas relações sociais. A classificação precisa da natureza de uma autoridade, se prática ou teórica, dependeria em grande medida da identificação da intenção da autoridade em questão e do seu auditório (Shecaira, 2017, p. 308-309).

Como proposta, a distinção fraca separa os dois tipos de autoridade em outros termos. Uma autoridade teórica ofereceria uma razão de natureza factual<sup>6</sup>, enquanto a autoridade prática ofereceria uma razão para crer ou para agir de determinada forma (Shecaira, 2017, p. 307-308). Em resumo, essa concepção enfraquece a diferença entre a razão para agir e a razão para crer e aduz novos e importantes elementos à análise do discurso de autoridade e suas implicações. Elementos que permitem avançar sobre o problema da operacionalização do argumento das CIs.

### As razões da crítica à distinção forte

A distinção fraca adota dois pressupostos importantes quando enfraquece a distinção entre a razão para agir (autoridade prática) e a razão para crer (autoridade teórica). O primeiro deles é que pessoas, em geral, tendem a agir em conformidade com aquilo que acreditam, principalmente quando acreditam ter alcançado uma crença racional. Segundo, a crença formada a partir da opinião de terceiros pode ser considerada uma crença racionalmente adquirida, a menos que se seja um cético (Shecaira, 2017, p. 308). Esses dois pressupostos são particularmente importantes no direito porque os atores jurídicos no cotidiano geralmente usam argumentos que podem ser encaixados nesse *framework* e a consequência disso é uma classificação de autoridades enviesada para o polo da prática.

Shecaira propôs a consideração do seguinte cenário para ilustrar a pouca utilidade da distinção forte: A, uma autoridade em assuntos relacionados a *p*, disse *p* para B. Sendo *p* é uma prescrição sobre como agir. O fato de A dizer que *p* para B poderia significar duas coisas. Ou daria a B uma razão para cumprir *p*, ou daria a B uma razão para acreditar que ele deveria respeitar *p*. Tendo em mente os pressupostos da distinção fraca, e dado que A é uma autoridade reconhecida em assun-

tos relacionados a *p*, a segunda possibilidade dada a B por A poderia significar que B adquiriu sua crença sobre *p* racionalmente. E que B deveria aceitar ou agir de acordo com *p*. Como conclusão, em razão dos pressupostos, o fato de uma autoridade fazer uma prescrição será, em última instância, um motivo suficiente para a ação, mesmo que, inicialmente, o auditório interprete o *status* de autoridade como uma razão para acreditar que a prescrição deve ser cumprida (Shecaira, 2017, p. 308).

A distinção fraca, ao defender que a natureza de uma autoridade não pode ser extraída a partir da opinião isolada do seu contexto, firma a tese de que a distinção entre os dois tipos de autoridade depende menos de como as autoridades se expressam, do que como suas manifestações são reconhecidas pelos envolvidos na prática de dar e receber opiniões. Ou seja, o *status* da autoridade seria relativamente independente dos motivos (*grounds*) pelos quais alguém ou alguma instituição pode ser considerada uma autoridade prática ou teórica (Shecaira, 2017, p. 308-309).

Por exemplo, seria enganoso dizer, como diz a distinção forte, que ser uma autoridade teórica é, em essência, ter um nível de conhecimento e/ou habilidade em algum domínio que dê às opiniões consideradas muito mais credibilidade do que as opiniões daqueles que possuem um nível médio de conhecimento ou habilidade. Autoridades teóricas podem errar, não são infalíveis. E a análise isolada da credencial da autoridade não deve tornar desnecessária a análise acerca de sua especialização – a conclusão factual de que há maior probabilidade de acesso à verdade em função das circunstâncias (Shecaira, 2017, p. 309-310).

Talvez o conhecimento ou habilidade superiores sejam os únicos bons motivos para tratar alguém como uma autoridade teórica, mas isso é diferente de dizer que a autoridade teórica possui conhecimento ou habilidade superiores, como um oráculo. Parece mais útil pensar a deferência que se tem em relação à autoridade teórica como o ápice de um processo de avaliação circunstancial executada pelo deferente que indica como resultado que a autoridade está melhor aparelhada do que ele próprio para descobrir a verdade dos fatos relevantes, ou, pelo menos, que é provável que ela esteja, mesmo que transitatoriamente, em uma posição melhor para estabelecer a verdade. Isso supera em muito a concepção de que a autoridade teórica se baseia em fatores epistêmicos (Shecaira, 2017, p. 309-310).

<sup>6</sup> O termo é entendido por Shecaira (2017, p. 308, nota 9) como relacionado não somente aos fatos empíricos, mas também fatos sobre o significado de conceitos e relações lógicas entre proposições. O contraste relevante para a distinção não é entre o que é empírico e não empírico, mas entre o que é prescritivo e não prescritivo.

## Como superar os dois problemas de uso do argumento das CIs?

O Poder Judiciário, autoridade prática em assuntos adjudicatórios, é continuamente provocado pelos particulares a decidir sobre casos singulares que emergem da constante tensão entre a generalidade das normas, impositivas em função da autoridade prática legislativa, e sua aplicação, a interpretação auto executável de uma autoridade prática administrativa. Nesse imbricado processo de relação entre as autoridades exsurtem dúvidas quanto ao papel que cada poder pode (ou deve) exercer para a manutenção do tenuous equilíbrio entre poderes que a maioria das Constituições contemporâneas pretende promover.

A teoria das CIs tem a pretensão de dar um papel de destaque à função administrativa desempenhada pelo Poder Executivo, sob o argumento de que é esse poder que tem a maior capacidade de lidar com incertezas e alcançar soluções que levem todas as circunstâncias importantes em consideração. O principal problema que emerge nesse cenário diz respeito ao papel que o judiciário, enquanto detentor da última palavra<sup>7</sup>, deve desempenhar na resolução da constante tensão entre poder público e particulares. Quem dá a última palavra está livre para, à revelia dos demais, fazer suas próprias escolhas? A efetiva especialização de uma instituição, que neste caso significa sua real capacidade de processar informações e fazer escolhas difíceis em função da incerteza e complexidade, recomenda a deferência de quem deve dar a última palavra?

### Deferência como uma questão de autoridade

É intuitivo associar a expressão “Capacidades Institucionais” às ideias de falibilidade do juízo, reserva de competência e necessidade de redesenho institucional, lugares-comuns no debate jurídico sobre a determinação da postura decisória mais adequada. Mas, como bem identificaram Arguelhes e Leal (2011), essa intuição provocou a produção de uma série de argumentos banais, redundantes ou absurdos em relação à teoria. Provocou também a percepção de que a pergunta mais im-

portante que a teoria das CIs precisaria responder não seria “como decidir este caso?”, mas sim “quem deve decidir questões desse tipo em um arranjo institucional determinado?” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 197).

Longe de ser a solução do problema, determinar quem deve ser reconhecido como autoridade prática é apenas parte da solução para o problema da incerteza e complexidade no direito, talvez a parte menos importante. “Como decidir o caso?” é a pergunta essencial para a coordenação entre os poderes, porque é essa pergunta que permite avaliar, na dinâmica entre os poderes, qual o tipo de autoridade que está em jogo.

Por exemplo, no exercício do poder administrativo sobre o particular, a agência possui autoridade prática para determinar como o particular deve se comportar<sup>8</sup>. Quando não há judicialização, a decisão administrativa funciona como a última palavra, o produto final, de um processo que por si só legitima sua exequibilidade. É o inconformismo do particular que abala essa autoridade, e provoca o deslocamento da autoridade de última palavra para o Poder Judiciário. Se a agência for capaz de responder à pergunta “como decidir o caso?” em termos procedimentais, ou seja, se for capaz de demonstrar que a questão judicializada é o resultado da aplicação de um procedimento formalmente instituído segundo os valores do Estado de Direito, então o Poder Judiciário tem poucas razões para revisar a decisão administrativa cuidadosa e qualificável como opinião de uma autoridade teórica.

Entender esse processo de avaliação circunstancial da autoridade que está em jogo como uma metaescolha institucional, uma decisão institucional sobre como decidir individualmente, pode promover a capacidade de gerar sinergia entre (e *intra*) poderes, porque quem detém a autoridade prática pode estabelecer as condições em que se aceita o exercício da autoridade teórica. Não é exatamente isso que os tribunais superiores fazem quando discutem o peso que as decisões administrativas, enquanto fonte do direito, devem ter em juízo?

“Como decidir o caso?” é uma pergunta feita constantemente, porque no âmbito judicial a decisão de uma agência perde a característica de produto final de um processo decisório para assumir o papel de insumo em um novo processo. Ter isso em mente é importante à medida que permite ver a decisão administrativa, ora como fonte

<sup>7</sup> A noção de “última palavra” reforça a ideia de uma relação baseada na autoridade prática. Relações desse tipo envolvem a alocação do poder decisório em um dos polos da relação, de maneira que ter autoridade prática sobre alguém é ter o poder normativo de decidir como esse alguém deve se comportar dentro de um espectro de ações possíveis.

<sup>8</sup> É claro que existem condições de validade para essa afirmação, a agência deve agir de acordo com a lei, sem desvios de finalidade ou abuso de poder. É importante pressupor a existência dessas condições para o desenvolvimento hipotético das circunstâncias que determinam o exercício de um ou outro tipo de autoridade no direito.

do direito obrigatória<sup>9</sup> (como na relação com o administrado), ora como fonte persuasiva (na relação que se estabelece em juízo). Em outras palavras, ora como o produto do exercício da autoridade prática, ora como produto do exercício de uma autoridade teórica no direito.

Por exemplo, a decisão da Suprema Corte Norte-americana no caso *Chevron* (United States of America, 1984a) atribuiu às decisões administrativas autoridade prática também na esfera judicial. Ao dizer que as agências só poderiam estabelecer normas gerais quando o Congresso – autoridade prática constitucionalmente instituída para estabelecer regras com pretensão de universalidade – delegasse sua autoridade prática (Merrill e Watts, 2002, p. 590), a Suprema Corte alçou as decisões administrativas firmadas nos limites da delegação à condição de fonte obrigatória do direito. Caberia aos tribunais apenas a verificação dos limites da delegação sem qualquer análise do mérito.

Longe de estabelecer um novo arranjo entre os poderes em função das CIs, a doutrina *Chevron*, quando analisada sob o viés da autoridade, representou uma metaescolha institucional pela não interferência na delegação da competência legislativa realizada nos limites constitucionalmente permitidos. Por que se propõe esse entendimento alternativo aos termos da doutrina *Chevron*? Porque a autoridade prática constitucionalmente instituída para fazer declarações factuais é aquela que detém o poder de adjudicar, ou seja, o Judiciário. E nada em *Chevron* teve a pretensão de estabelecer uma delegação da autoridade prática nesses assuntos. A discussão dos membros da Suprema Corte sempre esteve voltada aos atos administrativos das agências cuja pretensão era a de generalidade e capacidade de coerção, os chamados atos com força de lei (*force of law*).

Quando a questão jurídica envolveu a capacidade de o poder público fazer declarações factuais sobre a situação do particular, uma segunda metaescolha institucional foi feita. Ao decidir o caso *Skidmore* (United States of America, 1944) e revisitar essa decisão em conjunto com o caso *Chevron* no caso *Mead Corp* (United States of America, 2001), a Suprema Corte estabeleceu que “como decidir o caso?” dependeria do peso atribuído ao juízo administrativo pelos tribunais. Os tribunais deveriam avaliar a minúcia evidenciada pela autoridade administrativa em suas considerações, a validade do raciocínio administrativo desenvolvido, e a consistência do conjunto de decisões administrativas sobre a questão judicializada; todos fatores que conferem poder para

persuadir ante a inexistência de um poder de obrigar a deferência. Essa metaescolha reconhece que as CIs das agências as qualificam como autoridades teóricas, atribuindo diferentes pesos aos diferentes tipos de manifestações.

Essa abordagem produziu um espectro de respostas judiciais que variaram desde o extremo da “deferência substancial à agência” (United States of America, 1984b), até o outro extremo da “quase indiferença à agência” (United States of America, 1988). Ou seja, o *standard Skidmore*, ratificado em *Mead*, não pretendeu reconhecer a autoridade prática das manifestações administrativas concretas, mas sim atribuir a elas uma autoridade teórica de apoio ao juiz. Nesses casos, a relevância da decisão administrativa para o juiz está intimamente ligada à probabilidade de ela ter algum mérito.

Decisões administrativas concretas, no âmbito judicial, forneceriam então razões para o tribunal acreditar que (segundo as concepções forte e fraca de autoridade, respectivamente): (i) a razão da Administração tem mais força na comparação com a razão em sentido contrário devendo, portanto, ser seguida; ou (ii) a Administração está melhor aparelhada do que o tribunal para descobrir a verdade dos fatos relevantes, mesmo que transitoriamente.

### Os dois problemas dos argumentos das CIs

Leal e Arguelhes (2016, p. 195) apontam e discutem dois desafios relativos à operacionalização efetiva do argumento das CIs. Eles partem do pressuposto que esses dois problemas só podem surgir quando o argumento das CIs é usado de maneiras não-banais, não-redundantes e não-absurdas. O primeiro deles, o “problema da informação”, estaria ligado ao papel desempenhado por *inputs* empíricos no tipo de análises institucionais comparadas que o argumento das CIs exige. O segundo problema, o “problema da observância”, apontaria para um caráter excessivamente exigente de toda a estrutura do argumento, no momento em que se considera que ele precisa ser manipulado por tomadores reais de decisão (Leal e Arguelhes, 2016, p. 196).

Para eles, o mundo em que os argumentos das CIs fazem sentido, “seria um mundo de (i) raciocínios consequencialistas que (ii) reconhecem a possibilidade de erros na aplicação de teorias, devido à falibilidade e à falta de informação de tomadores de decisão de carne e osso” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 195-196).

<sup>9</sup> Fontes do direito podem ser percebidas como obrigatórias quando existe uma regra de reconhecimento (Cf. Shecaira, 2013, p. 15-16).

### O problema da observância

Este problema está ligado às exigências que as análises institucionais comparativas, parte necessária do argumento, impõem sobre o tomador de decisão. E representariam uma exigência excessiva em dois níveis: (i) o primeiro no momento de definição da estratégia decisória mais apropriada em um determinado arranjo institucional, uma “decisão sobre como decidir” feita, em geral, pelas instâncias superiores; e (ii) o segundo no momento de observar a execução dessa estratégia nos casos concretos (Leal e Arguelhes, 2016, p. 205).

No primeiro nível a exigência excessiva seria consequência de um

componente insuperável de incerteza por trás de toda e qualquer análise institucional comparativa que exigisse a consideração das capacidades de diferentes instituições, de elementos do arranjo institucional em que elas exercem as suas competências e ainda a consideração dos efeitos dinâmicos relacionados à adoção das alternativas disponíveis para cada instituição. Por conseguinte, a opção por uma postura decisória sempre terá um quê de aposta (Leal e Arguelhes, 2016, p. 206).

A crítica aqui é no sentido de que a análise institucional comparativa não precisa, necessariamente, conduzir a uma certeza, a uma “regra estreita” incapaz de lidar com os desvios, além do fato de uma “aposta” não ser, necessariamente, uma coisa ruim. Em certo sentido, uma política pública é uma “aposta”. A melhor aposta de acordo com as informações disponíveis. A metaescolha institucional, enquanto postura decisória, pode se aproximar de um princípio ou padrão que rege o raciocínio decisório sem, no entanto, pré-determinar seu resultado. A expectativa da postura decisória é alcançar os melhores resultados no agregado, e sua confirmação depende de fatores como o desenho e a cultura institucional, por exemplo.

No segundo nível, “o problema a ser resolvido é como as análises institucionais comparadas podem ser compatíveis com desvios da estratégia de decisão fixada com base nas considerações de segunda-ordem” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 206). Aqui, a crítica a crítica é no sentido de que a metaescolha institucional, uma regra que define a postura decisória, é “derrotável”. Nesse nível, um desvio da estratégia fixada, desde que justificada por uma análise comparativa individualmente produzida pelo tomador de decisão em um caso concreto, poderia representar uma oportunidade de verificar o grau de adesão dos atores jurídicos à metaescolha institucional (a política da instituição) e, even-

tualmente, a oportunidade de propor correções de rumo nessa política. O desvio permanente ou injustificado, esses sim os verdadeiros problemas, poderia ser resolvido por meio de mecanismos de *enforcements* como o exercício do controle judicial ou as ações de correção.

Retomando o exemplo da metaescolha institucional no caso *Chevron*. Se a metaescolha foi no sentido de ser judicialmente deferente às agências nos limites da delegação da autoridade prática pelo Legislativo, ser eventualmente deferente mesmo quando os limites da delegação são extrapolados, ou eventualmente não ser deferente quando o exercício se deu dentro dos limites da delegação torna a regra de deferência irrelevante? É a reiteração do comportamento desviante, combinada com a omissão da instituição no *enforcement*, que pode “esvaziar” a metaescolha institucional e prejudicar a reputação da instituição. Qualquer estratégia de decisão elaborada a partir de considerações de segunda-ordem e voltada para a produção de efeitos dinâmicos deve poder acomodar desvios. Ela deve ser encarada o início de um ciclo em que seu planejamento, execução, avaliação e correção dos desvios são partes essenciais para o sucesso da estratégia.

No nível individual, entende-se que não cabe ao tomador de decisão que recorre ao argumento das CIs agora, calcular os benefícios e consequências de uma adoção geral dessa postura decisória no futuro. A metaescolha é prerrogativa da instituição judiciária e é a instituição judiciária com poder de fazer metaescolha que deve articular um processo de gestão capaz de demonstrar os benefícios e consequências da escolha no futuro, bem como promover os ajustes necessários e corrigir os eventuais desvios. Tudo para garantir a adesão significativa de seus membros. É nesses termos que o argumento das CIs parece não ser excessivamente exigente.

### O problema da informação

Para Leal e Arguelhes (2016, p. 202), o problema da informação se manifesta de duas maneiras. Uma delas que caracteriza “um tipo institucionalismo que, embora pareça descer ao nível dos fatos, no fundo mantém-se apenas no plano das intuições sobre esses fatos”. Casos em que o argumento das capacidades institucionais é usado com empiria insuficiente para definir e comparar diferentes instituições e o argumento resultante se aproxima de um argumento formal de “competências” ou de “separação de poderes”. E a outra “quando há pura e simplesmente a idealização de uma das instituições em exame, enquanto as capacida-

des de outras instituições são investigadas de maneira empiricamente informada” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 204): o “institucionalismo assimétrico”.

### A empiria insuficiente

Ao colocar os limites do controle judicial de decisões de agências reguladoras como referência, Leal e Arguelhes destacam que esse tipo de problema é perceptível quando se tenta justificar a deferência apenas com base em afirmações do tipo: “as agências são desenhadas para lidar com problemas técnicos e, por isso, possuem aparato técnico disponível capaz de permitir que os seus membros emitam juízos mais seguros sobre como decidir certas questões do que os juízes” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 202, nota 12).

A crítica deles está centrada no fato de que esse tipo de construção do argumento recorre, quase sempre, a uma comparação que procura apelar apenas intuitivamente (ou seja, sem base empírica ou com base em uma teoria normativa) às limitações que os juízes poderiam estar sujeitos no exercício de suas funções, de maneira a exaltar as (potenciais já que não demonstradas empiricamente) capacidades dos membros de Agências Reguladoras (Leal e Arguelhes, 2016, p. 203).<sup>10</sup>

A constatação, e não a pressuposição, da maior capacidade institucional seria a condição para a resolução desse problema, porque é possível que “outros fatores contingentes modulem para menos a efetiva capacidade da agência em questão” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 204). Exemplos como o contingenciamento excessivo dos recursos ou captura política da agência indicam que a autonomia técnica e administrativa que teoricamente atribuem maior capacidade institucional às agências estão, na prática, continuamente em risco.

A crítica que se faz à postura de que os argumentos das CIs são excessivamente exigentes neste aspecto é a de que não é necessário que o tomador de decisão produza toda a informação envolvida (e necessariamente contingente) sobre as capacidades concretas das instituições, isso poderia, realmente, envolver custos proibitivos (Leal e Arguelhes, 2016, p. 210). O tomador de decisão pode apenas manipular as informações disponíveis e formar um juízo sobre a questão jurídica a partir do apoio da agência, ou de quem funciona como uma autoridade teórica, desde que seja legalmente re-

conhecida a autoridade teórica como uma fonte do direito nos assuntos em questão.

O que se defende é que uma metaescolha institucional do tipo ser deferente às agências em função da persuasão que elas exercem no exercício da função adjudicatória de realizar *declarações factuais* (a metaescolha da autoridade prática constitucionalmente instituída, a Suprema Corte Norte-americana, por exemplo), é uma maneira eficiente de introduzir a questão da autoridade – a autoridade teórica – em determinados assuntos, mas sempre como possibilidade de aperfeiçoamento do juízo da autoridade prática<sup>11</sup>.

Mesmo nos casos em que não existe tal escolha formal, a deferência à uma autoridade teórica seria possível em função da crença de que existe alguém melhor aparelhado para descobrir a verdade dos fatos relevantes, ou que alguém está, mesmo que transitoriamente, em uma posição melhor para estabelecer a verdade.<sup>12</sup>

Com isso, 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.

### O institucionalismo assimétrico

Essa segunda maneira pela qual se manifesta o problema da informação parece ser um desdobramento do primeiro, uma forma de viés decisório utilizável para justificar uma preconceção do tomador de decisão. Ela se manifesta quando há “idealização de uma das instituições em exame, enquanto as capacidades de outras instituições são investigadas de maneira empiricamente informada” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 204). A crítica deles neste ponto está no fato de que a idealização de uma

<sup>10</sup> Um exemplo da utilização desse tipo de argumento é apontado na nota 12 de Leal e Arguelhes (2016).

<sup>11</sup> Uma metaescolha escolha institucional pode influenciar a percepção dos tomadores de decisão acerca da natureza da manifestação na teoria das fontes do direito.

<sup>12</sup> A distinção fraca como a de Shecaira (2017) determina a prevalência da substância das manifestações em relação ao formalismo de sua categorização e isso torna as análises mais sofisticadas e, ao mesmo tempo, polêmicas.

instituição suprime, de maneira cômoda, a possibilidade de falha do agente, enviando a comparação.

Sobre a deferência no controle judicial da atuação de agências reguladoras (resultado da comparação entre essas duas instituições), eles destacam que, ao enfatizar, do lado dos juizes, aspectos reais como: elevado número de processos, formação generalista e inadequada para lidar com problemas complexos, carência de suporte técnico para enfrentar problemas extrajurídicos; e idealizar as agências, ignorando defeitos e riscos que poderiam ocorrer na prática, ocorre “um problema claro de operacionalização do argumento das capacidades institucionais, que exige retratos realistas sobre as capacidades de todos os atores relevantes das instituições comparadas” (Leal e Arguelhes, 2016, p. 205).

Essa segunda maneira fortemente enviesada é condenável por si só. Mas o reconhecimento do viés parece ser de fácil detecção na argumentação. Leal e Arguelhes tem toda razão na crítica a esse tipo de operacionalização do argumento das CIs.

## Conclusão

Seis conclusões principais podem ser extraídas sobre o processo de operacionalização do argumento das CIs após todo o exposto: (i) deferência e capacidade institucional parecem ter forte relação com as ideias de autoridade prática e teórica no direito; (ii) a deferência (forte) decorre de uma delegação da autoridade prática de alguém a outro alguém (como no caso das delegações legislativas às agências americanas); (iii) a Teoria das CIs é uma forma válida de justificar metaescolhas como a delegação da autoridade prática; (iv) a maioria dos casos de deferência envolverão a discussão acerca de qual grau de persuasão pode (ou deve) ser conferido a uma autoridade teórica<sup>13</sup> em juízo, porque sempre restará a dúvida se todas as circunstâncias importantes foram levadas em consideração por não-especialistas (as autoridades práticas); (v) isso não exclui a possibilidade de que uma autoridade prática em outros assuntos que não o judicial, como por exemplo as agências norte-americanas nas relações com os particulares ao estabelecerem normas concretas, funcione como autoridade teórica judicialmente em função de estar melhor aparelhado ou em melhor posição para estabelecer a verdade sobre a questão em juízo; (vi) entender os tipos de autoridade e seus efeitos, bem como as formas forte e fraca de distinção dessas autoridades podem ser relevante para a

compreensão dos processos decisórios administrativos e suas repercussões judiciais.

Assim, defende-se que a Teoria das CIs pode produzir argumentos operacionalizáveis quando: (i) a metaescolha institucional é encarada como uma estratégia decisória formulada pelas instâncias superiores como resultado de uma análise institucional comparativa precária, ou seja, sujeita à contínua verificação pelas instâncias inferiores, a partir do método de tentativa e erro, um tipo de “aposta” no sentido de ser um risco calculado; (ii) os desvios da estratégia fixada promovidas pelas instâncias inferiores puder ser justificado pela análise institucional comparada das informações fornecidas pelas partes (alocando o ônus de produção dos dados empíricos difíceis de alcançar nos interessados); (iii) quando o processo de retroalimentação dessa estratégia decisória (os desvios reiterados das instâncias inferiores) provocar a revisão da metaescolha pelas instâncias superiores, alterando seus termos ou as bases da sua justificativa; (iv) as agências são orientadas por essa teoria em seus processos decisórios para não ignorarem ou desconsiderarem a incerteza inerente à complexidade das coisas, de maneira a constituir sólidos processos deliberativos que consigam comprovar que todas as circunstâncias importantes foram levadas em consideração (isso prepararia as agências para, eventualmente, apoiar a autoridade prática judicial na condição de autoridade teórica no direito).

## Referências

- ARGUELHES, D.W.; LEAL, F. 2011. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, **38**:6-50.
- DWORKIN, R. 1986. *Law's Empire*. Harvard, Harvard University Press, 470 p.
- LAMOND, G. 2010. Persuasive authority in the law. *The Harvard Review of Philosophy*, **17**(1):16-35.  
<https://doi.org/10.5840/harvardreview20101712>
- LEAL, F.; ARGUELHES, D.W. 2016. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *REI – Revista Estudos Institucionais*, **2**(1):192-213. <https://doi.org/10.21783/rei.v2i1.40>
- MERRILL, T.W.; WATTS, K.T. 2002. Agency rules with the force of law: The original convention. *Harvard Law Review*, **2002**:467-592.  
<https://doi.org/10.2307/1342610>
- RAZ, J. 2009. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford, Oxford University Press, 340 p.
- SHECAIRA, F. 2013. *Legal Scholarship as a Source of Law*. Heidelberg, Springer International Publishing, 90 p.  
<https://doi.org/10.1007/978-3-319-00428-0>
- SHECAIRA, F. 2017. Legal arguments from scholarly authority. *Ratio Juris*, **30**(3):305-321. <https://doi.org/10.1111/raju.12164>

<sup>13</sup> Entendendo a autoridade teórica como alguém cujas opiniões são susceptíveis de serem superiores às demais em razão da maior probabilidade de identificar a solução que alcança, nos casos de incerteza, o melhor equilíbrio entre valores concorrentes e consegue formular um raciocínio com solidez.

- SUNSTEIN, C.R.; VERMEULE, A. 2003. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, **101**:885-951. <https://doi.org/10.2307/1290510>
- UNITED STATES OF AMERICA. 1944. *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134 (1944). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/>. Acesso em: 02/02/2018.
- UNITED STATES OF AMERICA. 1984a. *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 02/02/2018.
- UNITED STATES OF AMERICA. 1984b. *Aluminium Co. of America v. Central Lincoln Peoples Util. Dist.*, 467 U.S. 380, 389-390. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/467/380.html>. Acesso em: 02/02/2018.
- UNITED STATES OF AMERICA. 1988. *Bowen v. Georgetown Univ. Hospital*, 488 U. S. 204, 212-213. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/204/>. Acesso em: 02/02/2018.
- UNITED STATES OF AMERICA. 2001. *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/>. Acesso em: 02/02/2018.
- VERMEULE, A. 2006. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Harvard University Press, 333 p.
- VERMEULE, A. 2016. *Law's Abnegation*. Cambridge, Harvard University Press, 254 p. <https://doi.org/10.4159/9780674974739>

Submetido: 08/04/2018

Aceito: 14/01/2019