

A TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE CRÍTICA DE SEUS USOS E DOS PROBLEMAS DAÍ RESULTANTES

THE THEORY OF INSTITUTIONAL CAPACITIES IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT: CRITICAL ANALYSIS AND THE RESULTING PROBLEMS

ROGÉRIO PACHECO ALVES¹

MICHELLE BRUNO RIBEIRO²

RESUMO: No contexto de uma democracia em que os cidadãos formam sua base e devem ter seus direitos fundamentais garantidos, a violação desses direitos pelo Estado acarreta o intenso crescimento da judicialização da política e das relações sociais, tanto pelo viés individual como pelo coletivo. Nesse cenário de acionamento massivo do Poder Judiciário, a teoria das capacidades institucionais, difundida por Sunstein e Vermeule, vem sendo utilizada na atualidade como argumento para afastar a intervenção judicial do controle dos atos e omissões da Administração Pública, articulando-se tal teoria aos já conhecidos argumentos da separação de poderes e do poder discricionário da Administração Pública, bem como utilizando-se a teoria como sinônimo de feixe institucional de competências. O presente estudo, através de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, apresenta os elementos da teoria das capacidades institucionais, sua distinção do princípio da separação de poderes e do poder discricionário da Administração e apresenta uma análise crítica de seu uso pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Capacidade institucional. Deferência. Discricionariedade administrativa. Poder Judiciário. Direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade institucional; Deferência; Discricionariedade administrativa; Poder Judiciário; Direitos fundamentais.

¹ Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio (2015). Mestrado em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (2005), Pós-Graduação em Filosofia Contemporânea pela PUC-Rio (2009). Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN - Doutorado) da Faculdade de Direito da UFF. Promotor de Justiça (MPERJ).

² Doutoranda em Direito no PPGIND da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestra em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Bacharel em Direito na UERJ. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.



ABSTRACT: In the context of a democracy in which citizens form its base and must have their fundamental rights guaranteed, the violation of these rights by the State leads to the intense growth of the judicialization of politics and social relations, both from an individual and collective perspective. In this scenario of massive activation of the Judiciary, the theory of institutional capacities, disseminated by Sunstein and Vermeule, has been used today as an argument to distance judicial intervention from the control of acts and omissions of the Public Administration, articulating this theory with the already known arguments of the separation of powers and the discretionary power of the Public Administration, as well as using the theory as a synonym for the institutional competences. This study, through a bibliographical and jurisprudential review, presents the elements of this theory, its distinction from the principle of separation of powers and the discretionary power of the Administration and presents a critical analysis of the use of the theory of institutional capacities by the Supreme Federal Court.

KEYWORDS: Institutional capacity; Deference. Administrative discretion; Judicial power; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Num contexto de crescente complexidade e massificação de conflitos sociais, uma parcela de direitos e interesses represados e insatisfeitos pelo ordenamento jurídico passou a merecer a atenção dos juristas que, constatando a insuficiência do paradigma binário e individualista de solução de conflitos, deram início à teorização de meios processuais de tutela judicial dos direitos fundamentais. Produção, comércio e consumo de massa, conglomerados multinacionais, novas tecnologias, enfim, geram enormes resultados lesivos a milhares de pessoas, a gerar uma sociedade de massa que impõe modelos de comportamento e padrões generalizados de participação, inclusive na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação de massas (Ortegiati, 2004). A atuação do Estado, não obstante o seu papel precípua de defensor dos direitos fundamentais, também pode causar lesão a um número muitas vezes indeterminado de pessoas,³ gerando zonas de tensão social que devem ser dissolvidas, entre outros mecanismos, através da intervenção de instituições do próprio Estado (Alves, 2007).

Ao lado de tudo isso, o final do Século XVIII representou o período mais marcante de florescimento e fortalecimento dos direitos humanos, muitos dos quais

³ De acordo como relatório Justiça em Números de 2024 do Conselho Nacional de Justiça “(...) o Poder Público figura em primeiro lugar tanto no polo passivo, quanto no polo ativo, com 11,7% dos processos em tramitação contra a administração pública, defesa e seguridade social, e com 29,5% dos casos pendentes interpostos pela administração pública” (CNJ, 2024. In: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>. Acesso em 09.10.24).

reconhecidos pelos textos constitucionais. Por conta disso, verificou-se uma radical inversão na relação entre Estados e indivíduos, agora alçados ao *status* de cidadãos, ou seja, já não mais do ponto de vista dos direitos do soberano, o que gera uma outra inversão, extremamente fecunda, na relação entre deveres e direitos, em que estes últimos ocupam um lugar de primazia em face daqueles (Bobbio, 1992). A partir de tal visão, os indivíduos surgem como a base da democracia e do próprio Estado de Direito, no qual possuem pretensões exercitáveis entre si e em face do Estado (direitos públicos).

Em complemento, a ideia de democracia vai também influenciar decisivamente o momento de fabricação dos direitos fundamentais, influência que se manifesta principalmente no surgimento de direitos fundamentais necessários ao funcionamento do próprio sistema democrático (direito de votar e de ser votado), no alargamento dos direitos de defesa, principalmente as liberdades religiosa, de associação e de expressão, e no reconhecimento de uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais em que a democracia se torna uma condição e uma garantia de tais direitos (Andrade, 1987).

Com o surgimento de novos direitos e de novos sujeitos de direito, inclusive coletivos, ocorre o que Boaventura de Souza Santos chama de “juridificação do bem-estar social”, fenômeno que abriu o caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo, da segurança social etc e que veio traduzir-se no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão da litigiosidade (Santos, 1996). Ou seja, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nos remete aos tormentosos problemas da judicialização da política e das relações sociais e do ativismo judicial, uma vez que a tarefa de sua concretização não é exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo.⁴

A teoria das capacidades institucionais vem sendo comumente utilizada para afastar o controle judicial de atos ou omissões da Administração Pública pelo Ministério Público, Defensoria Pública, associações civis vocacionadas à tutela de interesses transindividuais e, principalmente, pelo Poder Judiciário. Contudo, assim como o princípio da separação de poderes e a observância ao poder discricionário da Administração Pública não são argumentos fortes o suficiente para afastar o controle judicial da Administração Pública, a teoria das capacidades institucionais, construída pela academia jurídica norte-americana, também não atrai essa consequência.

No Brasil, a blindagem das escolhas administrativas discricionárias era um modelo de deferência anterior à Constituição de 1988 em que, no âmbito não

⁴ Adotamos aqui a expressão “judicialização” (da política e das relações sociais) enquanto fenômeno de expansão da esfera decisória do Poder Judiciário sobre assuntos normalmente afetos ao Legislativo e ao Executivo, ou seja, o processo de transferência das decisões sobre políticas públicas e direitos fundamentais dos parlamentos e gestores públicos para os juízes (Tate e Vallinder, 1995).

disciplinado por lei *stricto sensu*, as escolhas caberiam, livremente, ao Estado-gestor, baseado fortemente em suas competências constitucionais.

O princípio da separação de poderes e a fixação de um feixe de competências legais e administrativas foram consolidados na Constituição da República de 1988, que também consolida a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, CRFB), cuja guarda precípua cabe ao Supremo Tribunal Federal, o que Konrad Hesse chama de força normativa da Constituição (Hesse, 1991).

A força normativa da Constituição impede uma blindagem dos atos ou omissões da Administração Pública com fundamento na separação de poderes e na discricionariedade. Os parâmetros de deferência também sofreram uma releitura já que o regime democrático abre amplos espaços de sindicabilidade da legitimidade da representação política à adoção das medidas de gestão do Estado, a significar que há um aspecto de substancialidade a ser observado, vale dizer, a observância, pelo Estado (por todos, na verdade), dos princípios e regras constitucionais (Moraes, 1999; Di Pietro, 2016), mesmo no âmbito do exercício das competências administrativas do Poder Executivo. Em breve, deferência não pode significar arbítrio estatal e a discricionariedade só pode ser exercida no espaço restrito da legalidade *lato sensu*.

Como parece claro, há aqui uma tensão radicada no próprio texto constitucional. Tal tensão tende a agravar-se num ambiente teórico, como o nosso, fortemente influenciado pelo neoconstitucionalismo, que aposta no protagonismo dos juízes ao manejo de princípios jurídicos vocacionados a conferir plena eficácia aos direitos fundamentais, a incentivar o ativismo judicial, ou seja, uma postura mais arrojada de interpretação e de expansão do sentido e do alcance da Constituição.

Postos desse modo os contornos da discussão, o presente artigo pretende resgatar a construção teórica do argumento de capacidades institucionais, distingui-lo do princípio da separação de poderes e da discricionariedade administrativa e analisar, criticamente, o seu uso pelo Supremo Tribunal Federal. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema e na análise de algumas decisões do Supremo Tribunal que incorporam a teoria das capacidades institucionais em suas fundamentações para afastar a intervenção do Poder Judiciário do controle de atos administrativos.

2. SEPARAÇÃO DE PODERES, PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

O princípio da separação de poderes tem sua origem no pensamento europeu do Século XVII, que a partir da contrafactualidade do contrato social e da ideia de uma sociedade política titular de um poder supremo, defende a outorga ao Legislativo do papel de fazer as leis e de tutelar a proteção coletiva e individual dos integrantes da sociedade (Canotilho, 1999, p.538). Como largamente difundido,

Montesquieu desenvolve a teoria da separação de poderes de modo mais estruturado, em que cada órgão do Estado tem um feixe de funções distintas, mas interdependentes, a caracterizar o bastante conhecido sistema de freios e contrapesos.

Num contexto liberal, a limitação do poder do Estado é um dos quatro princípios fundamentais de uma constituição, evitando o abuso, o arbítrio e a invasão da esfera de ação reservada aos indivíduos, denotando uma dupla vertente dessa limitação do poder: a limitação do poder no seu interior, sendo esse o pressuposto da existência de uma regra de divisão entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário ou alguma variação seguindo essa mesma concepção), e a limitação do poder nas suas relações com a sociedade, a limitação jurídica do agir do Estado sobre os indivíduos (Otero, 2007).

Na tradição francesa, sobretudo após a Revolução de 1789, a separação de funções entre a administração e a função judicante consistia na vedação da possibilidade jurídica de apreciação de litígios administrativos. Essa vedação constava no art. 13 da Lei francesa 16-24 de agosto de 1790, que disciplinava as relações do poder Judiciário com os demais poderes:

As funções judiciais são distintas e se manterão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de abuso de função, obstaculizar de modo algum a atividade dos corpos administrativos, nem convocar perante si os administradores em razão de suas funções.⁵

Surge então a figura do juiz “boca da lei”, fruto de uma intensa desconfiança revolucionária sobre a real imparcialidade dos juízes relativamente ao *ancien régime* (Costa e Zolo, 2006; Vasconcelos, 2013).

Com a instituição do Conselho de Estado francês essa interpretação extremada do princípio da separação de Poderes se afrouxou, admitindo-se, não na origem, mas na evolução das funções do órgão, a solução de litígios administrativos, quase sempre acatadas pelo Chefe do Estado Francês (Carvalho Filho, 2013). Ou seja, em que pese tal conselho caracterizar a justiça administrativa, diversa do Poder Judiciário, seu funcionamento representou uma instância apta a apreciar as condutas da Administração Pública, mitigando a sua incontestabilidade.

No atual cenário constitucional resta consolidada a ideia de que não há discricionariedade ilimitada da Administração Pública, exercida majoritariamente pelo Poder Executivo, já que este atua no limite das funções constitucionalmente atribuídas através das regras de competência (arts. 21 e 23 da CRFB), havendo ainda a previsão de controle direto dos seus atos pelo Poder Legislativo (art. 49, II, V, IX,

⁵ “Art. 13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”. In: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704777>. Acesso em 14.10.24.

X e XIV da CRFB) e indireto através da fixação dos subsídios do Presidente da República, do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado e da competência do Senado para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República bem como os Ministros de Estado nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CRFB).

Também por parte do Parlamento encontramos a competência de dispor legislativamente sobre todas as matérias de competência do Executivo e aqui se mostra o maior limitador da discricionariedade do Poder Executivo: a lei. Essa submissão tanto ao texto constitucional como aos diplomas legais surge e se reafirma em diversas passagens da Carta Magna, sendo o art. 2º da Carta bastante representativo desse desenho constitucional de separação de poderes.

Sobre o espaço de atuação de juízes e tribunais, o art. 5º, XXXV, da Carta estabelece, de forma bastante ampla, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mesmo quando a ameaça ou a violação partam do Estado. Em complemento a essa ampla sindicabilidade, o art. 102 da CRFB comete ao STF a competência para, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, decidir com eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, havendo nesse artigo 102, §2º, CRFB menção direta à submissão da administração pública em todas as esferas da federação.

Assim, o *design* constitucional e sua moldura normativa delimitam tanto os contornos do poder discricionário da Administração Pública como a extensão do dever de atuar do Poder Judiciário, não sendo este último ilimitado (por exemplo, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, devem observar o devido processo legal etc). Importante salientar que o poder discricionário é da Administração Pública e não do Poder Executivo, o que significa que outros Poderes, quando exercem função de administração pública, também estarão investidos do poder discricionário. Naturalmente, o Poder que mais exerce atribuições de administração pública é o Poder Executivo, em razão da natureza das suas competências, exercendo a gestão pública como função típica e, portanto, com relação aos seus atos é que o tema da discricionariedade se faz mais presente.

Sobre o poder discricionário, tanto a doutrina como a jurisprudência nacionais já estavam consolidadas no sentido de que o mérito administrativo não pode ser revisto pela atividade jurisdicional, mas que o âmbito desse mérito administrativo é bem delimitado, consistindo basicamente na escolha pelo detentor da competência para realizá-la, segundo critérios de conveniência e oportunidade, de duas ou mais soluções que estejam disponíveis para o atendimento da finalidade legal. De todo modo, também está bem assentada na doutrina (Moraes, 1999; Di

Pietro, 2016) e na jurisprudência⁶ a tese de que não há como se afastar *a priori* a análise de atos tidos como discricionários, eis que a discricionariedade não decorre apenas do sujeito praticante do ato, mas sim do seu conteúdo se ater ao mérito administrativo

Atualmente tem ganhado espaço, com expressivo papel nas argumentações em âmbito judicial, a teoria das capacidades institucionais, capitaneada nos Estados Unidos por Adrian Vermeule e Cass Sunstein, que trata da correlação entre a deferência às escolhas públicas e a capacidade das instituições envolvidas no processo de “dizer o direito”. A teoria das capacidades institucionais busca apreciar métodos de decisões institucionais específicas por intermédio da comparação empírica dos méritos e limites de diferentes instituições capazes de enfrentar o mesmo problema, a partir de aspectos relacionados à organização do poder estatal e a contextos reais de decisão, numa chave consequencialista e tendo como pano de fundo a existência, real ou potencial, de conflitos e tensões interinstitucionais (Arguelhes e Leal, 2011).

Em *Interpretation and Institutions* consta uma afirmação que tem dado o tom das argumentações baseadas nessa teoria:

The high deference usually reflected in “rationality review” represents a recognition that courts might misunderstand the facts, and that when the fact are nuclear, judgments of value should be made politically, not judicially (Sunstein e Vermule, 2003, p. 888).⁷

Não obstante, bem compreendida a teoria das capacidades institucionais não sugere um formalismo interpretativo como regra, muito menos uma deferência cega dos Tribunais às ações do Poder Público que impliquem em violação legal. Na verdade, tal teoria acrescenta alguns elementos importantes ao debate sobre a busca pela melhor interpretação da lei, afirmando que teorias destinadas a buscar a melhor interpretação possível (“*the first best*”), mas que negligenciem a análise das capacidades institucionais para proferir interpretações sobre determinado assunto, são falhas, na medida em que partem do pressuposto de que os juízes não são falhos e que suas decisões não possuem efeitos sistêmicos para além do caso julgado.

Sunstein e Vermule propõem que a busca da solução ao caso concreto deve passar pela análise das habilidades que cada instituição envolvida possui para buscar a melhor solução possível e não a solução ideal, o que os autores chamam de “*second best choice*”. Não há como se definir uma melhor interpretação sem perpassar pelo desempenho daquele que irá construí-la, e tal desempenho não deve

⁶ ADPF n. 964 / DF, Relatora Min. Rosa Weber, j. 10/05/2023, DOU 17/08/2023, Tribunal Pleno; ADPF n. 623 / DF, Relatora Min. Rosa Weber, j. 22/05/2023, DOU 18/07/2023, Tribunal Pleno.

⁷ “A alta deferência geralmente refletida na “revisão de racionalidade” representa um reconhecimento de que os tribunais podem interpretar mal os fatos e que, quando o fato é nuclear, os julgamentos de valor devem ser feitos politicamente, não judicialmente.” (tradução livre).

ser avaliado em tese (abstratamente), mas sim a partir das singularidades do caso concreto.

Contudo, Arguelhes e Leal apontam dois pontos de dificuldade na aplicação do argumento das capacidades institucionais:

O primeiro, que chamaremos de “o problema da informação”, está intrinsecamente conectado ao papel desempenhado por *inputs* empíricos no tipo de análises institucionais comparadas que o argumento das CIs exige. O segundo problema, que chamaremos de “o problema da observância”, aponta para um possível caráter excessivamente exigente de toda a estrutura do argumento, momento em que se considera que ele precisa ser manipulado por tomadores reais de decisão (Arguelhes e Leal, 2016, pp. 192-193).

O problema da informação está relacionado à aplicação do argumento das capacidades institucionais sem dados suficientes na definição e comparação das instituições para a tomada de determinadas decisões, o que pode gerar idealizações sobre a real capacidade de tais instituições para a solução de problemas concretos. De acordo com os autores,

O primeiro problema ocorre quando se aplica capacidades institucionais com empiria insuficiente na definição e comparação das capacidades de diferentes instituições. Um argumento que não é estruturado de forma a incorporar premissas empíricas sequer pode ser tratado como um argumento de CIs; em vez disso, como vimos acima, ele provavelmente é um argumento formal de “competências” ou de “separação de poderes”. Contudo, mesmo que o argumento seja construído de maneira a incorporar, explicitamente, dados sobre como instituições funcionam, a tarefa do aplicador não estaria completa. É preciso que haja informações suficientes sobre todas as instituições envolvidas (Arguelhes e Leal, 2016, p. 202).

Sobre o problema da observância (e de implementação), referidos autores apontam as dificuldades de coerência e estabilidade na aplicação, a casos futuros, de determinados padrões decisórios, na medida em que “pensar no melhor a longo prazo pode não funcionar quando é preciso decidir agora e, mais, desconfia-se que o melhor a longo prazo pode ser pontualmente injusto” (Arguelhes e Leal, 2016, p. 207). Ou seja,

(...) por mais que o tomador de decisão utilizando o argumento das CIs *agora* calcule os benefícios de consequências da adoção *geral* de uma postura decisória no futuro, é improvável que essa postura decisória vá

de fato ser adotada em casos futuros – não apenas por outros juízes, mas pelo próprio juiz que agora procura manejar o argumento de CIs” (Arguelhes e Leal, 2016, p. 208).

Assim, a análise das capacidades de instituições deve se dar em cada situação concreta, a partir de um arranjo institucional específico, não abstratamente. Isso exige que se produza informação – necessariamente contingente – sobre as capacidades concretas de todas as instituições envolvidas, o que inclui a capacidade de avaliar os efeitos dinâmicos de determinada decisão.

A rigor, a teoria das capacidades institucionais indica que a pergunta mais importante a ser respondida não é “como decidir este caso?”, mas sim “quem deve decidir esse caso?”. Entretanto, para tal análise devem ser avaliadas as informações tanto institucionais como de contexto fático do momento, o que significa que as respostas aos problemas concretos vão muito além da simplória vinculação da capacidade institucional ao feixe de competências outorgadas ao órgão administrativo.

Além disso, a teoria das capacidades institucionais “funciona como critério para apreciar possíveis metodologias de tomada de decisão, e não como argumento de primeira-ordem voltado para criticar ou justificar decisões institucionais específicas” (Arguelhes e Leal, 2012, p. 40). Nesse sentido, referida teoria vai muito além de indicar que uma instituição é incapaz de atuar em determinada situação ou sobre determinado assunto, visando, antes, agregar funcionalidade a esse atuar.

Em suma, a teoria das capacidades institucionais de Sunstein e Vermeule pode ser compreendida como agregadora de funcionalidade à prestação da jurisdição, aliando a necessária deferência às escolhas administrativas ao dever constitucional do Poder Judiciário de apreciar, quando acionado, violações a direitos, e não para simplesmente obstar sua atuação, o que se mostra mais relevante em situações de bloqueio dos diálogos interinstitucionais, ou seja, quando o acionamento do Poder Judiciário se mostra inafastável para garantir direitos fundamentais.

3. A TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a finalidade de obter um panorama do uso da teoria das capacidades institucionais nos julgados do STF foi realizada pesquisa no sítio de internet do referido tribunal, entre os dias 10 de março de 2022 e 09 de janeiro de 2024 usando o termo “capacidade institucional” e foram obtidos 49 (quarenta e nove) acórdãos como resultado⁸. Como a forma de utilização do referido argumento se repetiu em

⁸ SS 5564 AgR; SS 5554; ADI 6148; SL 1304 AgR; SL 1456 AgR; ADPF 825; SL 1425 AgR; MS 37178; ADPF 460; ACO 444; MS 36716; MS 36884 AgR; MS 30892; MS 35409; MS 36993; MS 36869; MS 31244; MS 36744; MS 35758 AgR; MS 36253 AgR; MS 31677 AgR; RE 565089; ADI 5592; RE 1083955 AgR; MS 36037 AgR; RE 657718; MS 36369 AgR; MS 34493 AgR; MS 36062 AgR; ADC 17; Pet 3240 AgR; ADC 42; ADI 4066; RE 848826; ADI 5468; MS 33340; Ext 1085; Rcl 11243; ADPF 347; ADPF

vários deles, traremos aqui os julgados que representam as diferentes abordagens da citada teoria, mas relacionamos os números dos recursos onde houve esse uso de modo a viabilizar a consulta e verificação.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 657.718 o STF, através do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, se valeu da teoria das capacidades institucionais como uma das razões de decidir sobre a possibilidade de se obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Após discorrer sobre a denominada reserva de administração e sobre a separação de poderes, o Ministro Barroso afirma que:

Tais fundamentos não afastam, porém, o controle judicial dos atos administrativos, inclusive aqueles praticados pela agência reguladora. Porém, impõem um maior grau de deferência em relação a eles. A ANVISA recebeu da ordem jurídica a atribuição de realizar o controle sanitário dos medicamentos, porque detém as melhores condições institucionais para tomar tais decisões. Tais capacidades referem-se aos maiores níveis de informação, de expertise, de conhecimento técnico e aptidão operacional em relação ao procedimento de registro sanitário, marcado por grande complexidade. Por isso, também à luz da análise comparativa das capacidades institucionais dos diferentes Poderes, como regra absolutamente geral, não é legítimo transferir do Poder Executivo para o Judiciário a decisão sobre a autorização de uso de substância que não passou pelo crivo da autarquia responsável. O que acontecerá se a substância produzir efeitos colaterais adversos ou tóxicos no organismo de pacientes? E se for comprovada a sua inocuidade? Como apontou Daniel Sarmento, “a cegueira diante das capacidades institucionais dos intérpretes da Constituição pode gerar perspectivas hermenêuticas muito bonitas na teoria, mas que, quando aplicadas na prática, se revelem desastrosas para a própria concretização dos valores constitucionais”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 657.718. Redator para o acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Data do Julgamento 22 mai 2019).⁹

887; ADPF 983; ADI 7051; MS 38745; RMS 36786; RE 1116485; MS 38678 AgR; ADPF 850; ADI 4757; RE 1008166.

⁹ O argumento da capacidade institucional também aparece no voto da Min. Rosa Weber: “No cenário normativo brasileiro, a Agência Reguladora - Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – deve ser prestigiada, não apenas em razão da capacidade institucional e deferência aos setores regulatórios, mas pelo modelo federativo adotado no sistema brasileiro, que no caso específico possui como fim último a proteção da saúde, a partir da determinação constitucional que especifica ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23,II, CRFB)” (Recurso Extraordinário n. 657.718. Redator para o acórdão Min.

Por ocasião do julgamento do Ag.Reg. em Mandado de Segurança n. 36.869, sobre negativa de registro a ato de concessão inicial de aposentadoria, o Relator, Ministro Luiz Fux, afirma a maior capacidade institucional da corte de contas para a análise do tema e acrescenta que tal órgão está constitucionalmente autorizado para tanto (art. 71 da CRFB/88). Assim, em face da superveniente mudança da jurisprudência do STF sobre o tema, afirma haver maior razoabilidade em delegar ao próprio órgão de contas que reavalie a decisão, porém, em estrita observância às novas balizas construídas pela Suprema Corte. Ou seja, em tal decisão, apesar de reconhecer a capacidade institucional da corte de contas para decidir sobre atos de aposentadoria, o STF deu parcial provimento ao agravo interposto para determinar que o Tribunal de Contas da União apreciasse novamente o pleito do agravante, observando a nova orientação proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (RE n. 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020).

No Ag.Reg. no Recurso Extraordinário n. 1.083.955- DF o STF decidiu sobre a impossibilidade de revisar decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre prática lesiva tendente a eliminar potencialidade concorrencial de novo varejista, por consistir em mérito administrativo. Como razão de decidir a Corte invocou tanto a teoria das capacidades institucionais como a detenção de competência pelo CADE para decidir sobre o tema, de modo a afastar a atuação do Judiciário. De acordo com o relator,

o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Além disso, o processo judicial teria uma lógica decisória própria e diversa das decisões regulatórias, de natureza “prospectiva e multipolar” e, por isso, a Administração Pública ostentaria “maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação”. Por fim, o relator aduziu que o Tribunal *a quo* reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste),

Luís Roberto Barroso. Data do Julgamento 22 mai 2019). Já no voto do Min. Luiz Fux a capacidade institucional é associada à expertise (“a ANVISA deve fornecer remédios fora da sua tabela? Em princípio, nós aqui já assentamos que o Judiciário tem de ter uma deferência aos órgãos reguladores, porque nos falta capacidade institucional, que é igual a expertise. Foi assim que nós julgamos o caso, que agora a Ministra Rosa mencionou, da fosfoetanolamina, que era denominada pílula do câncer”).

razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário, conforme Súmula 279 do STF.¹⁰

Já no julgamento do Ag.Reg. em Mandado de Segurança n. 36.253-DF surge uma nova abordagem da teoria, acrescentando-se o dever de deferência e afirmando-se que este não é absoluto, cessando no momento em que há ilegalidade, abuso de poder ou teratologia:

De outra sorte, desde muito, venho ressaltando a relevância de não transformar este Supremo Tribunal Federal em revisor geral de toda atividade administrativa, regulatória e fiscalizadora dos órgãos técnico-especializados para tanto, sobretudo os com assento constitucional tais como o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional do Ministério Público. A deferência não é absoluta, cessa-se no momento em que há ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, porém é necessária, mercê de não ser correto desvirtuar o papel destinado ao Conselho pela própria Constituição, tampouco imiscuir esta Corte em função inadequada com sua capacidade institucional.

(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental em Mandado de Segurança 36.253. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 11 mai 2020).

Outro julgado importante sobre o tema é o da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42 DF, em que houve a apreciação pormenorizada das

¹⁰ “A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.

(...)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

(...)

O Tribunal *a quo* reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF (Brasil, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.083.955. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 28 mai 2019).

impugnações aos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012). Nesse caso percebe-se uma argumentação mais direcionada à deferência das escolhas do Legislativo:

A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que “a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos” (“Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data”).

(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 DF. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 28 fev 2018).

Nesse julgado, em que Sunstein e Vermeule são expressamente referidos, o relator afirma que “a capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas”.¹¹ Ademais, faltaria ao Judiciário a expertise necessária para a discussão sobre questões ambientais específicas, como a que define espaços a serem legalmente protegidos, não sendo o Judiciário “institucionalmente desenhado” para realizar tais análises técnicas.

O argumento da (in) capacidade institucional do STF para a análise de questões técnicas da área ambiental também aparece nos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli. Já a Ministra Rosa Weber aduz que “o argumento da capacidade institucional é critério interpretativo a ser levado em consideração na atividade jurisdicional (...) em contextos decisórios em que o problema jurídico subjacente é permeado por questões técnicas e de cenário de incertezas, decorrente da necessidade de inferências baseadas em consensos médicos e/ou técnicos especializados”. De todo modo, o Ministro Fachin pondera, neste mesmo julgamento, que a aferição das capacidades institucionais de juízes e da Corte não pode significar a negativa da possibilidade do controle jurisdicional das leis ou mesmo das políticas públicas.

Por fim, no julgamento da Ag.Reg. na Suspensão de Liminar n. 1.456 – SP o Min. Luiz Fux deferiu a suspensão dos efeitos de uma liminar deferida em ação popular que suspendera lei municipal que determinava a extinção de uma fundação

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 DF. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 28 fev 2018.

pública. Como argumentação, mais uma vez aparece a teoria das capacidades institucionais:

Neste cenário, cabe ao Poder Judiciário atuação em regra deferente em relação às escolhas alocativas realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, haja vista a sua óbvia ausência de capacidade institucional para a definição técnica acerca do meio mais adequado à prestação de determinado serviço público em um determinado caso concreto, cabendo-lhe, isto sim, zelar pela observância de normas legais claras que regem a atuação dos agentes administrativos, além de garantir diretamente a fruição de direitos sociais relativos ao mínimo existencial.

(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 1.456 SP. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 04 out 2021).

Em 2023¹² a teoria das capacidades institucionais foi empregada em 11 (onze) acórdãos de processos julgados pelo STF. Desses, temos no julgado da ADPF 347 (sobre o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro), publicado em 19 de dezembro de 2023, a representação de uma evolução no uso da teoria, evolução esta que vinha se demonstrando nos julgamentos da ADI 4757, do RE 1008166 (Tema 548)¹³ e da ADPF 983.

No acórdão de julgamento da ADI 4757¹⁴ a Min. Relatora Rosa Weber trouxe aspectos importantes sobre o uso da teoria das capacidades institucionais, não sobre a possibilidade ou não do Judiciário decidir em determinados casos, mas sobre a necessidade de verificação da capacidade de cada instituição com competência para a emissão de licenças ambientais:

A capacidade institucional, inclusive, não se contenta com o aspecto estrutural, em termos de espaço físico, mas também agrega o perfil

¹² Acórdãos publicados em 2023, porém com alguns julgamentos feitos em 2022.

¹³ Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute se é autoaplicável o inciso IV do art. 208 da Constituição Federal — dispositivo que trata do dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

¹⁴ A ADI 4757 fixou a interpretação a ser dada a dispositivos da Lei Complementar 140/2011 que tratam da renovação de licenças e da apuração de infrações à legislação ambiental. Restou decidido que em caso de omissão ou demora do órgão público de um ente federado para se manifestar sobre os pedidos de renovação, instaura-se a competência supletiva de outro ente federado, prevista no artigo 15 da lei. A decisão também previu que os estados podem desempenhar o papel caso não haja estrutura municipal para tanto, e, por fim, a União pode atuar, na ausência de órgãos capacitados em nível estadual e municipal, até que estes sejam criados.

técnico-pessoal e de infraestrutura tecnológica necessários para o adimplemento das funções administrativas. E, claro, esses dois perfis, técnico-pessoal e de infraestrutura tecnológica, serão comprovados a cada tipo de atividade e empreendimento a ser objeto de licenciamento. A preocupação com esse pressuposto da capacidade institucional não passou despercebido ao legislador, que no parágrafo único do art. 5º definiu órgão ambiental capacitado, nos seguintes termos: “Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no caput, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas.

(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 4757 Relatora: Min. ROSA WEBER, Julgamento: 13/12/2022)

Na ADPF 983, julgada em 03 de julho de 2023, cujo Relator foi o Min. Nunes Marques, indica-se a necessidade de atuação do Poder Judiciário se verificado o estado de bloqueio institucional, sem que isso represente afronta às capacidades institucionais de outros Poderes:

O reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de bloqueio institucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas, sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes (ADPF 742, ministro Marco Aurélio; e ADPF 709, ministro Roberto Barroso). Daí por que a intervenção judicial prudente, inclusive quando envolvidas escolhas orçamentárias, não representa fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício ou a omissão conforme vier se revelando desastrosa. Nesse contexto, incumbe ao Supremo superar bloqueios políticos e institucionais sem substituir-se ao Legislativo e ao Executivo nos processos de formulação e implementação das soluções necessárias.

(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 983. Relator Min. Nunes Marques. Data do Julgamento 03 jul 2023).

Contudo, na ADPF 347, tanto na decisão que deferiu a medida cautelar como no inteiro teor do acórdão, temos uma longa digressão voltada a afastar a teoria das capacidades institucionais como argumento de negativa da atuação jurisdicional. Nela, o Min. Barroso (redator do acórdão) destacou já na ementa que:

A promoção do diálogo interinstitucional e social legitima a intervenção judicial em matéria de política pública, incorporando a participação dos

demais Poderes, de especialistas e da comunidade na construção da solução, em atenção às distintas capacidades institucionais de cada um.
(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Redator(a) do acórdão: Min. LUÍS ROBERTO BARROSO Julgamento: 04/10/2023)

Ao longo do acórdão podemos observar uma preocupação em “virar a chave” do uso da referida teoria, rechaçando expressamente seu uso para fundamentar o afastamento do Poder Judiciário. O Min. Marco Aurélio, Relator, destaca em seu voto trecho da decisão cautelar proferida no bojo da ADPF, onde fica claro que:

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. *É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico.* Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. *O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade.* [...] (grifos nossos)

(Brasil, Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Redator(a) do acórdão: Min. LUÍS ROBERTO BARROSO Julgamento: 04/10/2023)

O que se pode observar das variações de emprego da teoria das capacidades institucionais pelo STF é que em todos os julgados publicados até 2022 ela foi utilizada para rechaçar a atuação do Judiciário com relação ao controle de algum ato administrativo ou lei impugnada, ou seja, como forma de restringir o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB). Vimos que, reiteradamente, vinculou-se – e ainda se vincula – a capacidade institucional ao fato de o órgão administrativo possuir atribuição constitucional ou legal para decidir sobre determinado tema, como se a capacidade institucional decorresse

diretamente das regras de competência, o que, como verificamos anteriormente, não se coaduna com a complexidade da teoria.

Percebe-se também que a natureza técnica da controvérsia, ou seja, sua natureza não estritamente jurídica, também surge como um frequente fundamento para o STF afirmar não possuir capacidade institucional para decidir sobre a matéria, sublinhando-se a capacidade institucional do órgão administrativo com competência e atribuição específicas para tal. Contudo, a ausência de expertise do Judiciário para decidir sobre questões técnicas de natureza não-jurídica não deveria ser um óbice intransponível a justificar a incapacidade institucional do STF para decidir casos dessa natureza, já que tais casos são cada vez mais comuns e o Judiciário pode se valer de peritos técnicos ou mesmo de audiências públicas¹⁵ para sanar a falta de expertise sobre outros campos do conhecimento científico, o que é comumente feito em causas ambientais, sanitárias e de engenharia, por exemplo.

Ainda sobre a associação do argumento científico ao argumento da (in) capacidade institucional, uma análise mais detida sobre a jurisprudência do STF demonstra que ela, em mais de uma oportunidade, enfrentou temas de natureza técnico-científica, como se verifica, por exemplo, nos julgamentos que trataram da possibilidade de aborto de fetos anencéfalos¹⁶ e da validade de pesquisas com células-tronco,¹⁷ muito embora em tais casos houvesse também um pano de fundo moral em questão (o conceito de dignidade da pessoa humana, o marco de início da vida etc).

Já a vinculação da competência do órgão administrativo com a teoria das capacidades institucionais merece uma reflexão mais detalhada. A teoria das capacidades institucionais, como visto, vai além da mera correlação entre o órgão com competência para decidir uma determinada questão e a consequente capacidade institucional para desempenhar tal competência. A pergunta “quem deve decidir isso?” não deve ter apenas por resposta “o órgão ou instituição que possua essa competência no seu rol de funções”, pois tal verificação deve ser feita a partir de um caso concreto e de suas circunstâncias, também concretas, o que indica que nem sempre a resposta, na perspectiva das capacidades institucionais, recairá sobre o órgão administrativo competente.

Naturalmente, não soa razoável que um órgão ou instituição sem competência para a tomada de determinada decisão seja chamado a fazê-lo, mas em

¹⁵ Por exemplo, na ADI 7088/DF, o Ministro Barroso convocou audiências públicas para a melhor compreensão da abrangência da cobertura dos planos de saúde, da previsibilidade de novos tratamentos, do impacto financeiro das condenações judiciais ao fornecimento de terapias não incorporadas e do processo de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, reconhecendo expressamente que “a matéria extrapola os limites do estritamente jurídico e exige conhecimento interdisciplinar apto a desvelar questões técnicas, médico-científicas, atuariais e econômicas”.

¹⁶ ADPF n. 54-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, julgada em 12.04.12.

¹⁷ ADI n. 3510-DF, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, Plenário, maioria, julgada em 29.05.08.

determinados casos, em temáticas em que haja muitos atores institucionais e sociais envolvidos e uma discordância relevante, não deve ser desprezada a capacidade institucional do Judiciário para incentivar os diálogos necessários à construção de soluções e à tomada de decisões por parte dos órgãos não jurisdicionais. Por exemplo, em hipóteses de uma legítima e legal escolha pública, feita, contudo, em inobservância a aspectos periféricos (transparência de informações, participação social, fundamentação das decisões etc), o Judiciário possui capacidade institucional para, ao mesmo tempo, preservar o mérito administrativo e determinar que a tomada de decisão seja feita em observância às regras que tangenciam a formação da *opinio* do Estado e que inúmeras vezes são inobservadas. Em tais situações, sobretudo quando há um bloqueio nos diálogos entre a Administração Pública e os demais atores envolvidos, a gerar a judicialização do mérito da escolha pública, é possível harmonizar a capacidade institucional do órgão administrativo investido de competência constitucional ou legal com a capacidade institucional de mediar conflitos sociais a partir da metodologia dialógica do direito.

Por fim, em nenhum dos casos analisados o Supremo Tribunal Federal se serviu de dados empíricos para a análise comparativa das capacidades institucionais do Judiciário e das instâncias administrativas, não havendo uma argumentação empiricamente sustentada acerca da maior eficiência em garantir a discricionariedade administrativa e vedar ao Judiciário a sindicabilidade de alguns temas. Esse é um importante problema, cujas causas são mais complexas e profundas, relacionadas a um certo desprezo do campo jurídico ao empírico, sua predileção acentuada pelo manejo de universais abstratos como fugas retóricas. Mas isso já seria tema para outro artigo.

4. CONCLUSÃO

O objetivo deste texto foi o de problematizar a utilização da teoria das capacidades institucionais pelo Supremo Tribunal Federal, num cenário de intensa judicialização da política e das relações sociais e a partir de demandas cada vez mais complexas e transdisciplinares, a gerar uma grande sobrecarga decisória e argumentativa ao Judiciário.

Da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal pode-se observar que o argumento das capacidades institucionais vinha sendo utilizado apenas para afastar a atuação do Judiciário quando há um órgão com competência definida na Constituição ou na lei para a tomada de determinada decisão, sobretudo em casos tecnicamente complexos, a exigirem expertises que juízes e tribunais não possuem.

No entanto, é forçoso reconhecer que numa constituição analítica como a brasileira, sempre – ou quase sempre - haverá um órgão constitucionalmente competente para a tomada de decisões, e tal órgão nunca será, expressamente, o Poder Judiciário, ressalvadas as hipóteses em que este atua no exercício de função administrativa.

Não se discute se cabe ao Judiciário avaliar o mérito das decisões administrativas, tampouco há aqui um elogio à judicialização da política ou ao ativismo judicial, fenômenos capazes de pôr em xeque o equilíbrio do já complexo arranjo institucional brasileiro. Mas, uma vez verificada, no caso concreto judicializado, e a partir de dados empíricos, que a capacidade institucional do órgão normativamente destinado à tomada de decisão está fragilizada (ou que simplesmente inexistente), cabe ao Judiciário decidir.

Idealmente, juízes e tribunais, em tais situações, podem, no mínimo, agir de forma a recompor a capacidade institucional ausente ou fragilizada, através de decisões periféricas, sem se imiscuir na tomada da decisão em si, agregando elementos que tornem a escolha administrativa mais legítima e, portanto, menos conflituosa (determinando, por exemplo, a transparência de informações, a participação social, a fundamentação das decisões administrativas etc.). Teríamos, em tais hipóteses, intervenções de natureza mais “minimalistas” e “procedimentais”. Foi o que ocorreu no julgamento do Ag.Reg. em Mandado de Segurança n. 36.869, em que o STF, ao delegar ao próprio Tribunal de Contas que reavaliasse a sua decisão, porém em estrita observância às novas balizas do próprio Supremo, reconheceu a capacidade institucional, em tese, da Corte de Contas para decidir sobre ato de aposentadoria. Ou seja, sem decidir sobre a revisão da aposentadoria em si – objeto principal da controvérsia – o STF decidiu que a capacidade institucional do TCU, naquele caso específico, não foi exercida da melhor forma. O problema é que mesmo neste caso, a conclusão do Supremo Tribunal Federal não contou com qualquer avaliação comparativa empiricamente rastreável, baseando-se na presunção da capacidade institucional do órgão dotado de competência constitucional para a prática do ato administrativo.

Contudo, no cenário dos julgados publicados em 2023 destacam-se decisões importantes em que se percebe uma evolução no uso da teoria das capacidades institucionais, enfatizando-se a atuação do Judiciário no sentido da promoção do desbloqueio das relações interinstitucionais e do fomento de diálogos entre os atores institucionais e sociais envolvidos, havendo inclusive longos trechos dos votos destinados a afastar o uso da teoria como vedação à atuação do Judiciário.

Assim, concluímos que tem havido um uso equivocado da teoria das capacidades institucionais pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente até 2022. Após, vemos uma evolução do uso da teoria, com o Supremo Tribunal Federal se valendo da sua vertente positiva, e não apenas da vertente negativa, que é a de afastar completamente a atuação do Judiciário, principalmente nos casos envolvendo políticas públicas ou decisões de órgãos especializados. Contudo, há ainda bastante espaço para incremento desse uso, tanto no desenvolvimento da vertente positiva, quanto na utilização de dados empíricos para a análise comparativa das capacidades institucionais do Judiciário e das instâncias administrativas.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, F. M. *Acesso à Justiça Administrativa e Ombudsman: Cidadão emancipado e efetividade do controle das instituições*. RJ: Editora EDS, 2021.

ALVES, R. P. *As prerrogativas da administração pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALVISI, E. Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XX, p. 77-95, 2009.

Andrade, J. C. V. de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARGUELHES, D; LEAL, F. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2011, pp. 6-50. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184/166>. Acesso em 16 mar. 2022.

_____. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, nº 1, 2016, pp. 192-213. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>. Acesso em 16 mar. 2022.

Bobbio, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 657.718. Redator para o acórdão Min. Luis Roberto Barroso. Data do Julgamento 22 mai 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental em Mandado de Segurança 36.869. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 22 mai 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.083.955. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 28 mai 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental em Mandado de Segurança 36.253. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 11 mai 2020.



BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 DF. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 28 fev 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 1.456 SP. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 04 out 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 4757. Relatora Min. Rosa Weber. Data do Julgamento 13 dez 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 983. Relator Min. Nunes Marques. Data do Julgamento 03 jul 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Data do Julgamento 04 out 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 04 out 2023.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2024. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. In: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>. Acesso em 09 de out. de 2024.

CANOTILHO, J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed., Livraria Almedina: Coimbra, 1999.

CARVALHO FILHO, J. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In: *Discricionariedade Administrativa*. Emerson Garcia (coordenador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

COSTA, P.; ZOLO, D. (organizadores). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DI PIETRO, M. S. Z. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da administração pública e a judicialização das políticas públicas. In: *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. Thiago Marrara e Jorge Agudo González (coordenadores). São Paulo: Almedina, 2016.

FONTE, F. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. (Trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.

MORAES, G. O. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

ORTEGATI, C. *Sociedade de Massa*, in *Dicionário de Política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (org.). Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12ª Edição. Brasília: Unb, 2004.

OTERO, P. *Instituições políticas e constitucionais*. Volume I. Edições Almedina: Coimbra, 2ª ed., 2007.

Santos, B. de S. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. *Interpretation and Institutions*. 101 Michigan Law Review, 885, 2003.

TATE, C. N. e VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press, 1995.

VASCONCELOS, M. S. L. O estado de direito e o poder judiciário: relato de uma migração conceitual. *Revista de Informação Legislativa* ano 50, n. 200, out-dez. de 2013, pp. 153-164.

VERMEULE, A. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2006.

VIEIRA, S. T. S. Ética e moralidade discursiva como limite da hiperdiscricionariedade na Administração Pública. *Revista de Direito TJRJ*, v. 109, p. 13-36, 2017.