

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ FILIPPE ESTEVES CUNHA

**Sáimos do nirvana? A operacionalização do argumento das capacidades institucionais no
STF**

Rio de Janeiro
2017

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ FILIPPE ESTEVES CUNHA

**Sáimos do nirvana? A operacionalização do argumento das capacidades institucionais no
STF**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do professor Fernando Ângelo Ribeiro Leal, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro
2017

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Sáimos do nirvana? A operacionalização do argumento das capacidades institucionais no STF

LUIZ FILIPPE ESTEVES CUNHA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV
DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Prof. Fernando Ângelo Ribeiro Leal (orientador)

Prof. Eduardo Ferreira Jordão

Prof. André Rodrigues Cyrino

Assinaturas:

Fernando Ângelo Ribeiro Leal

Eduardo Ferreira Jordão

André Rodrigues Cyrino

Nota Final: ____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2017.

RESUMO

O trabalho realiza uma revisão da literatura sobre capacidades institucionais, identificando no argumento proposto por Sunstein e Vermeule uma metodologia que lhe é particular, que exige a escolha de estratégias decisórias com base em análises institucionais comparativas e sistêmicas. Isso ocorre a partir da verificação de elementos empíricos e contextuais tais como os custos de erro e de decisão de cada instituição e das consequências globais de cada abordagem que poderia ser adotada por juízes. Além disso, o argumento envolve pressupostos estruturais, metodológicos e epistêmicos sem os quais a utilização da expressão “capacidades institucionais” não estaria sendo usada da forma proposta pelos autores. A partir disso, exploram-se as limitações à operacionalização do argumento, notando-se que a aplicação de análises institucionais comparativas e sistêmicas pode ser tarefa excessivamente exigente a juízes de carne e osso, que estão sujeitos a diversos tipos de limitações cognitivas e informacionais, o que pode levar a dificuldades em realizar as análises empiricamente informadas e comparativas exigidas pelo argumento e em seguir posturas decisórias. Entende-se ser possível, assim, que a utilização por juízes reais de um argumento proposto para orientar decisões de forma a lidar com incertezas na aplicação do direito tenha o efeito contrário, aumentando tais incertezas, ao ser operacionalizado de forma retórica e pouco transparente. Realizou-se, com base nesses achados teóricos, uma pesquisa dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em que as expressões “capacidade institucional” ou “capacidades institucionais” aparecem. O estudo dos votos dos Ministros que recorreram às expressões revelou que há pouquíssimos que chegaram a descrever as razões pelas quais certas instituições estariam melhor posicionadas para dar a resposta a problemas jurídicos particulares. Porém, mesmo nesses casos, não há descrições empíricas sobre o funcionamento das instituições, limitando-se a enunciações de capacidades em tese. Além disso, percebe-se que há usos do argumento de formas que são criticadas pelos autores que propõem a sua utilização, especialmente o recurso a idealizações sobre o funcionamento das instituições, bem como o emprego do rótulo “capacidades institucionais” para designar teorias muito diferentes.

ABSTRACT

The paper reviews the literature on institutional capacities, identifying an unique methodology in the argument proposed by Sunstein and Vermeule that demands the choice of decision strategies based on comparative and systemic institutional analysis. That is done through the assessment of empirical and contextual elements such as error and decision costs and the global consequences of each approach judges could adopt. Moreover, the argument involves structural, methodological and epistemic assumptions, without which the use of the expression “institutional capacities” would not be in accordance to the authors’ proposal. From this, we turn to the limitations to the operationalization of the argument, noting that the application of comparative and systemic institutional analysis can be excessively burdensome to flesh and blood judges, who are subject to various cognitive and informational limitations that can lead to difficulties in carrying out the comparative and empirically informed analysis the argument entails and in following decision approaches. It is thus possible that the utilization by real judges of an argument created to guide decisions in a way as to cope with uncertainties in the application of law has the opposite effect, increasing such uncertainties as it is operationalized in a rethoric and non-transparent way. Based on these findings, we conducted a research of the cases tried by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in which the expressions “institutional capacity” and “institutional capacities” appear. The study of the votes of the Ministers who resorted to the expressions revealed that there are very few of them where the reasons why certain institutions are better placed to answer particular legal problems are explained. However, even in those cases, there are no empirical descriptions of the performance of such institutions. Instead, there are mere enunciations of capacities in abstract. Furthermore, some of the uses of the argument were expressly criticized by the authors who proposed its utilization, in special regarding idealizations about the performance of institutions and the usage of the label “institutional capacities” to designate very different theories.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	CAPACIDADES INSTITUCIONAIS	11
2.1	A “VIRADA INSTITUCIONAL” DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CRÍTICAS DE SUNSTEIN E VERMEULE ÀS TEORIAS E PRÁTICAS JUDICIAIS QUE IGNORAM CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E EFEITOS SISTÊMICOS 11	
2.2	O ARGUMENTO DAS “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS”	16
2.3	CONCLUSÕES PRELIMINARES: O QUE ENTENDEMOS SER E NÃO SER ARGUMENTAR COM “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS”	20
3	ALGUNS PROBLEMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO	22
3.1	AS LIMITAÇÕES DO ARGUMENTO	22
3.2	CONTRACRÍTICAS E RESPOSTAS	28
3.3	FIM DOS PROBLEMAS? A RECEPÇÃO DO ARGUMENTO PELA DOUTRINA E PELO JUDICIÁRIO.....	29
3.4	CONCLUSÕES PRELIMINARES: AS LIMITAÇÕES PERSISTENTES DO ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS	32
4	O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NO STF.....	34
4.1	METODOLOGIA.....	34
4.1.1	<i>Variáveis buscadas na análise qualitativa dos casos encontrados</i>	<i>35</i>
4.1.2	<i>Possíveis limitações da metodologia empregada</i>	<i>37</i>
4.2	RESULTADOS.....	39
4.2.1	<i>Deferência e agências administrativas</i>	<i>41</i>
4.2.2	<i>Interpretação constitucional e decisões legislativas</i>	<i>48</i>
4.2.3	<i>Casos envolvendo outras instituições</i>	<i>53</i>
5	CONCLUSÃO	56
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59
	ANEXO I – TABELA DE ACÓRDÃOS ENCONTRADOS	62
	ANEXO II – TABELA DE DECISÕES MONOCRÁTICAS ENCONTRADAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

É possível notar preocupação crescente em relação a questões institucionais nas formulações de propostas sobre o papel do Judiciário, e alguns autores reconhecem que a teoria do direito passou por uma “virada institucional”¹. Em trabalhos acadêmicos, constitucionalistas e administrativistas brasileiros têm apontado a importância de se analisar fatores institucionais para que as teorias de justificação das decisões judiciais sejam informadas pelas práticas reais das instituições. Nesse sentido, podem-se citar estudos que identificam as limitações enfrentadas por juízes ao analisar questões técnicas, propondo soluções para problemas reais de judicialização de medidas regulatórias,² estudos que buscam adequar as propostas de como juízes deveriam decidir com base nas limitações pretensamente reais que os cercam,³ e análises críticas das limitações do Legislativo em dar as respostas aos anseios da sociedade.⁴

Uma parte essencial dessa “virada institucional” consiste na proposta metodológica defendida, entre outros autores, por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, de que as teorias sobre interpretação e justificação das decisões judiciais deveriam levar considerações institucionais a sério. Para tanto, dois elementos são essenciais. Deve-se ter atenção (i) às capacidades institucionais, o que exige respeito às habilidades e limitações das instituições ao tomar decisões, de forma empiricamente informada e contextual; e (ii) aos efeitos sistêmicos, que consistem nas consequências, para o sistema como um todo, da atribuição de poder decisório para uma ou outra instituição.⁵ O uso do argumento (conhecido como simplesmente “capacidades institucionais”)

¹ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 63.

² Por exemplo, essas considerações sobre as limitações judiciais estão na raiz das propostas de um *amicus curiae* regulatório no direito brasileiro. CYRINO, André Rodrigues. “Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um *amicus curiae* regulatório”. REDAE, nº 20, 2010, p. 15: “Não é possível conceber uma teoria do controle judicial da Administração Pública sem que se levem em consideração as capacidades institucionais e os reflexos sistêmicos de uma dada decisão de controle da regulação. O problema é a falta de informação e conhecimento. Pode-se dizer que o ingresso de elementos não jurídicos no discurso dos aplicadores do direito pretende transformar, ao menos teoricamente, o jurista em cientista social, economista, sociólogo, capaz de entender todas as engrenagens pertinentes para o deslinde de uma controvérsia⁴³. Terão os nossos juízes tamanha capacidade empírica? Parece-nos que não”.

³ SARMENTO, Daniel. “Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2008, p. 317: “Uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romântica do juiz pode produzir resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização”.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 5, 2, 2015.

⁵ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretations and Institutions”. *Mich. L. Rev.*, nº 101, 2003.

teria como resultado a tomada de metadecisões – decisões sobre como decidir – concretas e contingentes, a serem seguidas consistentemente pelos juízes na persecução dos objetivos que entendem ser juridicamente relevantes.

No Judiciário, é possível perceber um recurso crescente a esse tipo de argumento em casos de grande repercussão. Em 2016, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a julgar um caso de grande atenção midiática no país. Tratava-se de uma medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Associação Médica Brasileira em face da Lei nº 13.269/2016, que autorizara o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com câncer, muito embora não tenham sido realizados testes clínicos – conforme demanda a Lei nº 6.360/1976 –, tampouco registro na ANVISA. O caso recebeu especial atenção nacional após a divulgação de relatos sobre a possibilidade de o medicamento curar diversos tipos de câncer – daí seu apelido de “pílula do câncer”. Foi concedida medida cautelar para suspender a eficácia da lei impugnada sob os argumentos centrais de violação ao direito à saúde, pois não havia estudos capazes de subsidiar a venda do medicamento, e de violação à *reserva de administração*.

Ambos os argumentos centrais estão dentro do esperado, pois são compatíveis com os pedidos dos requerentes. Porém, a leitura atenta do acórdão revela o recurso recorrente a uma expressão por alguns Ministros: “capacidades institucionais”. Para um leitor que desconhece o conceito cunhado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule,⁶ o acórdão de julgamento do caso da “pílula do câncer” não deixa de modo algum claro o que isso significa. O Ministro Roberto Barroso, por exemplo, vota no sentido de que “*a vigilância e o registro sanitário de medicamentos são, pela sua natureza, procedimentos de caráter tipicamente administrativo, reservados ao Poder Executivo*”,⁷ afirmando que haveria um “domínio legítimo” de atuação administrativa insuscetível de controle até mesmo pelo legislativo devido ao desenho institucional feito pelo constituinte – que atribuiria uma reserva de atuação exclusiva à administração nesses casos. Para ele, as razões dessa deferência estão relacionadas a análises comparativas de “*capacidades institucionais*”, porque a ANVISA estaria dotada de *expertise* e “aptidão operacional” para as análises necessárias.⁸

⁶ *Id.*

⁷ ADI 5501-MC, p. 46 do inteiro teor do acórdão.

⁸ “28. As razões que impõem essa deferência são simples. 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 complexidade⁹. Por isso, também à luz da análise comparativa das capacidades institucionais dos diferentes Poderes, não seria legítimo transferir do

O hipotético leitor do acórdão poderia concluir, a partir do voto do Ministro Barroso, que a noção de capacidades institucionais seria apenas uma nova forma de se referir à especialização funcional e à existência de competências fixas e imutáveis traçadas pelo constituinte, ideias tradicionais do direito constitucional. Porém, a referência, por parte do Ministro, à aptidão operacional da agência – que conota algum tipo de avaliação fática – torna a conclusão duvidosa. E essa dúvida retornaria após a digressão feita pelo Ministro Luiz Fux em seu voto, ao afirmar que uma questão fundamental “*é a ausência de capacidade institucional de o Poder Judiciário regular essa questão*”, o que levaria, na sua visão, à necessidade de se convocar audiências públicas.⁹ Seria possível questionar-se: então o argumento das capacidades institucionais é compatível com eventual decisão de matérias técnicas como essa pelo Poder Judiciário, se informado por audiências públicas? A resposta fica ainda menos clara ao se ler o parágrafo seguinte: “*por outro lado, e aí um aspecto mais doutrinário do que legal, é o problema da falta de capacidade institucional não do Poder Judiciário, mas a falta de capacidade institucional do Poder Executivo, porque a edição de uma lei dessa precisa, efetivamente, passar por estudos aprofundados*”.¹⁰

Esse caso ilustra o problema enfrentado pelo presente trabalho, que pode ser assim sintetizado: como o argumento das capacidades institucionais é operacionalizado na tomada de decisão por juízes de carne e osso à luz dos pressupostos metodológicos do argumento? Mais especificamente, indaga-se se os juízes, ao suscitarem o argumento das capacidades institucionais, operacionalizam-no de forma a orientarem suas decisões por comparações de capacidades institucionais com atenção a efeitos sistêmicos, ou se usam o argumento de forma incompleta ou meramente retórica.¹¹

Estuda-se a hipótese de que os juízes utilizam o argumento das capacidades institucionais de modo meramente retórico. Isso porque se espera que não haja, nos casos a serem analisados, efetiva elaboração dos argumentos de forma a colher e discutir *elementos empíricos*, realização das *comparações* necessárias para verificação de quais estratégias de decisão trazem os melhores efeitos globais, ou deixando de avaliar os *efeitos sistêmicos* da adoção de determinada estratégia de decisão.

Poder Executivo para o Legislativo a decisão sobre a autorização de uso de substância que não passou pelo crivo da autarquia responsável” (ADI 5501-MC, p. 47 do inteiro teor do acórdão).

⁹ ADI 5501-MC, pp. 53-54 do inteiro teor do acórdão.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Como se verá abaixo, alguns autores têm identificado usos banais, redundantes e absurdos do argumento. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, 2011.

Espera-se, nesse sentido, encontrar um acentuado problema de *redundância*,¹² isto é, a expressão “capacidades institucionais” será usada para se referir, de forma pouco clara, a conceitos jurídicos e teorias já existentes, de forma não uniforme, como mostra o exemplo da fosfoetanolamina. Além disso, acredita-se que dificilmente os votos a serem analisados demonstrarão análises com base no funcionamento *na prática* das instituições. Pelo contrário, espera-se encontrar votos com meras enunciações de normas e objetivos jurídicos associados às instituições, sem análises da real capacidade de os atingir. Adicionalmente, quando (ou *se*) os juízes efetivamente enfrentarem os requisitos argumentativos da teoria, estuda-se a hipótese de que eles dificilmente decidirão munidos de dados necessários para atender às demandas epistêmicas exigidas pelo argumento desenvolvido por Sunstein e Vermeule. Dessa forma, espera-se encontrar um uso reiterado de recursos a *intuições* sobre o funcionamento de instituições, *comparações assimétricas* e *dificuldades em manter consistência na aplicação das regras de decisão*.

Em suma: ao invés de tirar a aplicação do direito do nirvana¹³, é possível que o recurso às capacidades institucionais por juízes tenha o efeito oposto. Esses problemas de operacionalização do argumento, como se irá mostrar, não estão necessariamente ligados a críticas específicas aos juízes brasileiros que o aplicam. O que se objetiva é revelar limitações do próprio argumento das capacidades institucionais proposto por Sunstein e Vermeule. Tal argumento, segundo parte da literatura, traz prescrições excessivamente exigentes sobre como os juízes devem decidir. Como consequência, problemas de operacionalização, que marcam a aplicação da teoria, podem levá-la a agravar o problema que ela foi pensada para minimizar: a incerteza na aplicação do direito.

Nesse sentido, o trabalho se justifica, em primeiro lugar, pela quantidade de argumentos que vem surgindo com o rótulo de “capacidades institucionais” na doutrina e no Judiciário brasileiros, o que torna importante que se faça uma análise das limitações teóricas à operacionalização desse argumento conforme a literatura especializada. Em segundo lugar, pela necessidade de verificação do real dos problemas causados por várias limitações que o argumento das capacidades institucionais pode enfrentar ao ser aplicado por juízes de carne e osso. Essas limitações foram identificadas pela literatura nos últimos anos, porém elas carecem de um teste empírico.¹⁴ Em outras palavras, com vista dos diversos desafios teóricos à operacionalização do argumento, é necessário se verificar, no

¹² O problema, bem como outros que podem incidir sobre o uso do argumento, será explicado no item 3.1 deste artigo.

¹³ Como se verá ao longo do trabalho, Sunstein e Vermeule criticam teorias sobre decisões judiciais alheias à realidade institucional dos tomadores de decisão, que estariam, por isso, em um estado de “nirvana”.

¹⁴ ARGUELHES e LEAL (2011).

plano dos fatos, como os juízes fazem análises institucionais. Essa verificação poderá mostrar se as preocupações dos críticos se justificam, e esse tipo de análise realmente traz exigências informacionais e cognitivas grandes demais para permitir qualquer avaliação minimamente consistente de capacidades institucionais. Mais ainda, uma teoria relativamente nova no direito brasileiro pode se beneficiar de um mapeamento empírico dos problemas enfrentados, por permitir uma melhor orientação dos aplicadores do direito sobre o uso do argumento e até mesmo para se repensar a adequação da sua importação ao contexto judicial do país.

O objetivo da pesquisa é, assim, verificar a operacionalização do recurso às capacidades institucionais como forma de tomada de decisões sobre interpretação jurídica e, dessa forma, contribuir com as discussões sobre as dificuldades teóricas desse argumento.

Para responder o problema proposto, será realizada uma revisão bibliográfica dos limites desse argumento e uma análise dos casos do STF que utilizaram a expressão como razão de decidir. Para tanto, no capítulo 2, serão traçadas as premissas quanto à natureza do argumento das capacidades institucionais. Buscar-se-á entender *o que é*, bem como *o que não se entende por*, decidir com base em capacidades institucionais, delimitando os pressupostos do argumento que embasarão as investigações que seguirão sobre as dificuldades de operacionalização do argumento. Basear-se-á, nesse esforço inicial de reconstrução do argumento das capacidades institucionais, (i) na análise das críticas que Sunstein e Vermeule tecem a teorias que, na visão deles, ignoram análises institucionais ou as fazem de forma incompleta, e (ii) na reconstrução dos pressupostos do argumento. Em seguida, o capítulo 3 trará uma revisão do debate sobre as limitações do argumento, concluindo que é possível que soluções encontradas para lidar com as incertezas – particularmente, no caso, o argumento das capacidades institucionais – possam, paradoxalmente, *agravar* as incertezas na aplicação do direito. O capítulo 4 analisa as decisões do STF coletadas, aplicando-se-lhes os conceitos discutidos nos capítulos anteriores e analisando-se a verificação das previsões feitas pelas críticas na prática decisória do Supremo. Para fins de facilitação da exposição das conclusões da pesquisa, esse penúltimo capítulo trará análises das decisões pesquisadas com base em dois grandes grupos: aquelas em que a dúvida sobre a instituição mais capacitada era entre um ente administrativo e o Judiciário – *i.e.*, parâmetros de controle judicial da administração pública –, e aquelas em que o Judiciário era comparado ao Legislativo – *i.e.*, controle de constitucionalidade de leis, bem como uma breve análise de decisões que não se encaixam nesses grupos. O capítulo 5 conclui o artigo.

2 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

2.1 A “VIRADA INSTITUCIONAL” DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: CRÍTICAS DE SUNSTEIN E VERMEULE ÀS TEORIAS E PRÁTICAS JUDICIAIS QUE IGNORAM CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E EFEITOS SISTÊMICOS

Neste item, expor-se-ão as críticas feitas por Sunstein e Vermeule às teorias sobre a justificação das decisões judiciais que não levam a sério as capacidades institucionais dos tomadores de decisão e os efeitos sistêmicos associados à alocação de poder decisório com base nelas. Conforme se verá, as críticas dos autores são dirigidas a dois tipos de teorias: as que não consideram questões institucionais ao propor teorias sobre como os juízes devem decidir (como de Dworkin), e as que consideram *alguns* fatores institucionais (mas fazem-no mal ou de forma desequilibrada; como de Posner e de Waldron). Em outras palavras: com base no diagnóstico de que (i) muitas teorias de interpretação judicial ignoram fatores empíricos institucionais (*i.e.*, são fundamentadas em *conceitualismos*), e (ii) as que o fazem são problemáticas por focarem apenas em algumas instituições e em apenas alguns dos elementos relevantes da análise institucional (*i.e.*, incorrem em problemas de *idealização*), Sunstein e Vermeule teceram críticas e elaboraram propostas para que a interpretação jurídica seja institucionalmente informada.¹⁵ As críticas se dirigem, assim, a dois grupos de teorias.

O primeiro grupo de críticas se dirige a teorias que, a despeito de buscarem orientar juízes reais, baseiam-se em premissas de alto grau de abstração, como afirmações sobre o sentido de *democracia*, *constitucionalismo* ou mesmo a *natureza* do direito, das leis e da linguagem.¹⁶ Essas teorias, que criam ideais de qual seria o resultado interpretativo socialmente mais desejável, estariam ignorando as consequências da adoção das suas proposições por juízes não ideais. É dizer: a especificação de critérios para definir o que é uma decisão judicial que atinge os melhores resultados a partir da interpretação é um esforço que diz muito pouco sobre qual é a instituição melhor posicionada para implementar os objetivos que se entende ser papel do intérprete promover.

¹⁵ SUNSTEIN e VERMEULE (2003).

¹⁶ VERMEULE (2006, p. 63): “One of my central claims will be that the high-level premises commonly brought to bear on interpretation, as we saw in Part I – premises about democracy, or constitutionalism, or the nature of law, of statutes, or of language – are fatally abstract (...) They typically lack the cutting power to resolve operational controversies at the ground level about what interpretive rules judges ought to follow”.

Nesse sentido, os autores afirmam que os esforços de defesa de teorias que são formuladas com base em visões de contextos idealizados e apoiadas em discussões conceituais abstratas têm pouca utilidade, uma vez que não são capazes de efetivamente orientar os juízes sobre o que fazer, em contextos de decisão não ideais, para atingirem o resultado esperado. A causa desse problema está na premissa falaciosa de que a melhor forma de agir, para operadores da teoria sujeitos a falhas e incapazes de atingir o desempenho ideal, é de tentativa de *aproximação* ao cenário idealizada. Ocorre que, conforme mostram as ciências econômicas, se não é possível atingir o resultado ideal (*first-best*), a estratégia capaz de melhor atingir os fins da teoria geralmente não é aquela que seria adotada pelo tomador de decisão ideal.¹⁷ Na verdade, a melhor estratégia, tomando em consideração os efeitos no sistema jurídico como um todo, dentro das restrições institucionais, pode ser outra – uma estratégia *second-best*.¹⁸

Assim, o fato de os juízes de carne e osso estarem sujeitos a limitações na consecução dos objetivos que julgam primários (ou ideais) faz com que as pretensões de universalidade de algumas teorias sejam questionadas. Esse questionamento deriva do fato de que o raciocínio que parte da premissa de que a otimização será obtida por estratégias *second-best* impõe atenção aos aspectos contextuais e empíricos do tomador de decisão e do mundo que o cerca. Isso significa dizer que qualquer proposição de regras de interpretação precisa levar em conta considerações sobre as limitações que cercam o contexto de decisão do intérprete e que o impedem de atingir o cenário ideal, sendo essencial, para tanto, considerar seriamente os elementos *empíricos* e *contextuais* sobre o funcionamento das instituições para orientar os tomadores de decisão.

Com base nessa perspectiva, teorias de interpretação como a de Dworkin, o qual assume que o direito deve ser aplicado como um conjunto de princípios coerente sobre justiça e devido processo, de forma a aplicar o direito para diferentes pessoas sob os mesmos critérios, sofrem dificuldades de operacionalização impossíveis de serem resolvidas sem considerações empíricas de segunda ordem. Isso porque, para o autor, o juiz deve decidir com base na sua visão sobre as políticas públicas e valores do ordenamento jurídico, mas Sunstein e Vermeule apontam que a melhor forma de promover o objetivo que para Dworkin é o *first-best* (ter o direito aplicado como um conjunto coeso de valores) não é necessariamente melhor atingido por decisões dos juízes sobre

¹⁷ VERMEULE (2006, p. 81): “So too, if an imperfect judge knows that he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible”.

¹⁸ V. SUNSTEIN, Cass; MARGALIT, Edna. “Second Order Decisions”. *Ethics*, vol. 110, 5, 1999.

quais são esses valores. Pode ser que o resultado de comparações de capacidades institucionais aponte que uma postura formalista (*i.e.*, subótima no caso concreto) atinja melhor o resultado final buscado por Dworkin (ou por qualquer intérprete que se proponha a elaborar teorias sobre o que constitui o *first-best*).¹⁹

O segundo grupo de críticas se dirige a teorias que levam alguns aspectos institucionais em consideração mas, para Sunstein e Vermeule, fazem-no de forma incompleta e até falaciosa, chegando a conclusões equivocadas. Essas teorias são defendidas por acadêmicos que têm focado no estudo de elementos institucionais, principalmente falhas como aquelas derivadas de problemas de ação coletiva que travam deliberações legislativas, e de efeitos *feedback* que decorreriam da estruturação de incentivos para que os legisladores formulem regras mais (ou menos) detalhadas, ou para que corrijam erros de maneira mais rápida. Autores norte-americanos como John Hart Ely, William Eskridge, Bruce Ackerman, Henry Hart e Albert Sacks, por exemplo, dedicaram-se a estudar as limitações institucionais e déficits democráticos de ramos não judiciais do governo.²⁰⁻²¹

Por exemplo, Posner (um dos autores cuja teoria pragmatista é criticado por Sunstein e Vermeule) sustenta que, no agregado sistêmico, os benefícios da adoção de uma postura formalista de decisão, como a maior previsibilidade e estabilidade sistêmicas, justificariam posturas formalistas em geral pelos juízes. Porém, o autor também acredita que, no contexto norte-americano, o Congresso tem pouquíssimos incentivos para atualizar leis que se tornam defasadas com o tempo, e estão sujeitos a diversos vieses de decisão coletiva. Ele também afirma que os juízes americanos, em especial os da Suprema Corte e de tribunais de apelação, são cidadãos escolhidos dentre aqueles acima da média de escolaridade e experiência, tornando-os capazes de tomar decisões “sensíveis”.²² Conclui, assim, que a adoção de uma postura “pragmatista cotidiana”²³ pelos juízes, que sempre devem dar suas próprias respostas aos problemas jurídicos quando os benefícios superarem os custos em uma perspectiva sistêmica, é adequada. Isso

¹⁹ SUNSTEIN e VERMEULE (2003, pp. 14-15).

²⁰ V. POSNER, Richard. “Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation”. *Mich. L. Rev.*, vol. 101, nº 4, pp. 952-971, 2003, p. 995.

²¹ Note-se que, ainda que Sunstein e Vermeule afirmem que as teorias sobre interpretação jurídica antes do trabalho por eles desenvolvido tenham sofrido de uma “cegueira institucional” (“*institutional blindness*”), concordamos com Posner que isso distorce a verdade. Diversos autores, como os citados aqui, discutiam fatores institucionais a sério na elaboração de suas teorias há muito tempo, ainda que por vezes de forma incompleta ou incorrendo em algumas falácias, como se explicará no seguir deste artigo.

²² *Id.*, p. 959.

²³ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

resultaria, para o autor, em uma atitude não formalista,²⁴ o que seria provado pela própria realidade norte-americana, de cortes que não hesitam em interpretar as leis criativamente para adequar as leis às demandas sociais.

Contudo, a abordagem institucionalista de interpretação do direito não segue uma metodologia consistente entre os seus proponentes. Enquanto alguns autores, como Jeremy Waldron, promoveram estudos detalhados da tomada de decisão do Poder Legislativo, ressaltando as consequências sociais positivas do processo legislativo e a importância do respeito ao seu resultado por parte dos juizes,²⁵ outros autores se dedicaram a estudar as falhas e dificuldades de realização de observações empíricas por parte dos juizes, como elementos a indicar uma necessidade parcimoniosa na atuação dos juizes.²⁶ Há, ainda, linhas de estudo, como a de John Hart Ely, que se focam nas limitações deliberativas do Legislativo e trazem a intervenção judicial como medida apta a corrigir as falhas no processo democrático, como captura do processo por grupos de interesse.²⁷

Para Sunstein e Vermeule, muito embora as análises institucionais levadas a cabo por autores como Posner, Waldron e Ely possam ser consideradas formas de descrever, de maneira pretensamente realista, as limitações dos tomadores de decisão, e, com base nisso, orientar os juizes a adotar uma postura decisória, elas deixam de considerar fatores essenciais para uma análise completa dos elementos relevantes para a escolha. Isso porque muitas dessas propostas sofreriam de uma “*miopia institucional*”, como quando tecem alongadas críticas aos processos de tomada de decisão do Legislativo, mas ignoram muitos dos problemas do Judiciário.²⁸ Também é o caso de trabalhos que exaltam as qualidades técnicas das agências reguladoras, ignorando as condições

²⁴ *Id.*

²⁵ V. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁶ Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009: “*Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça*”.

²⁷ ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: HUP, 1980.

²⁸ VERMEULE (2006, p. 65): “*It may be true that institutional failures will cause Congress to enact “rent-seeking” legislation that grants socially inefficient benefits to interest groups, or to update statutes with insufficient frequency. But from an institutional choice perspective we still need to ask whether the judges’ relative insulation and the resulting informational deficits might not cause them to err in other directions*”. Vermeule discute a proposta de que juizes deveriam interpretar as leis de forma a torná-las mais atualizadas em vistas das novas realidades sociais. Ele mostra que, embora a realidade mostre que o Congresso sofre com problemas deliberativos que o impedem de revisar as leis no ritmo necessário para adequá-las às mudanças sociais, é possível, por exemplo, que os juizes desconheçam a atual utilidade social da lei supostamente desatualizada, ou não entendam adequadamente as políticas públicas dos representantes eleitos, que podem ou não estar de acordo com a manutenção da previsão legal.

reais de tomada de decisão nesses órgãos administrativos. São igualmente problemáticas, para os autores, teorias que levam em conta fatores institucionais, inclusive comparativos, mas não consideram todos os efeitos sistêmicos da adoção de posturas decisórias.

Sendo assim, criticam-se teorias que ignoram efeitos *feedback* – por exemplo, de possível incremento na velocidade das alterações legislativas pela adoção de uma postura formalista que acabe gerando algumas decisões erradas, mas traga benefícios sistêmicos no longo prazo, a depender de um agregado de fatores institucionais.²⁹ Por exemplo, atacam o argumento de Posner, explicado acima, de que o fato de as cortes não serem formalistas nos Estados Unidos evidencia a ineficiência do Legislativo. Para Sunstein e Vermeule, uma consideração séria dos efeitos sistêmicos revelaria que outras explicações são igualmente plausíveis, levando a conclusões opostas à de Posner. Em especial, argumentam que é possível que o Legislativo só não reaja, e pareça “ineficiente”, porque as cortes já assumem a postura de corrigir erros (isto é, o *feedback* é invisível *a priori*), mas isso não significa que esse seja o melhor cenário possível a depender dos custos de decisão de cada instituição.³⁰

Um dos principais argumentos desenvolvidos nas críticas às teorias que levam em consideração aspectos institucionais é, dessa maneira, o que Sunstein e Vermeule chamam de *falácia do nirvana*: a análise de somente alguns elementos de apenas algumas instituições não é suficiente para que se tome uma decisão institucionalmente informada.³¹ Por exemplo, teorias que justificam posturas judiciais não formalistas descrevem exaustivamente os problemas de ação coletiva do Congresso, ignorando que o Judiciário também é uma instituição coletiva. Sobre esse ponto, Adrian Vermeule nota que muitos argumentos institucionais sobre interpretação legal e constitucional não levam a sério o caráter coletivo do Judiciário.³² Afinal, não é só o Legislativo que enfrenta problemas de ação coletiva – conforme mostra o autor, o caráter coletivo do Judiciário não pode ser ignorado por uma teoria que busque fazer prescrições não idealizadas. Acontece que as teorias e argumentos judiciais que tratam do Judiciário como um ente unitário incorrem em duas

²⁹ Esse raciocínio está na raiz da alegação de Cass Sunstein de que o formalismo jurídico é possivelmente adequado no contexto britânico, em que o Legislativo monitora erros na aplicação do direito e corrige-os em velocidade suficiente para compensar os eventuais erros, mas provavelmente não no contexto norteamericano, em que o Legislativo tem mais limitações e dificilmente responderia em velocidade adequada aos incentivos de *feedback*. V. SUNSTEIN, Cass. Must Formalism Be Defended Empirically? *University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper* n.º. 70, 1999, NR 23, p. 8. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=155435>.

³⁰ SUNSTEIN e VERMEULE (2003, p. 22).

³¹ *Id.*, p. 16.

³² VERMEULE, Adrian. “The Judiciary is a They, Not an It: Two Fallacies of Interpretive Theory”. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 49, 2003.

falácias. Primeiro, cite-se a *falácia da divisão*, que ocorre sempre que se supõe que, dado que uma estratégia decisória seria benéfica se adotada por todos os juízes, ela *deve* ser adotada por um juiz particular. O argumento é falacioso porque ignora que o fato de que a adoção dessa estratégia, por um juiz individual, será a melhor alternativa de decisão *se e somente se* os outros juízes a adotarem.³³ Ademais, o caráter coletivo das instituições judiciárias implica problemas de coordenação, que são potencialmente grandes tendo em vista o caráter difuso do Judiciário.³⁴ Segundo, a visão unitária das instituições judiciais também traz consigo a *falácia da composição*, que consiste no erro de considerar que se uma estratégia interpretativa é a melhor para determinado juiz, também será a melhor, devendo ser adotada, para todo o Judiciário. O problema, aqui, é que uma diversidade de abordagens interpretativas pode ter boas consequências para o sistema jurídico, não se podendo afirmar, *a priori*, que a coordenação será sempre positiva.³⁵ Esse estudo mostra que as análises institucionais precisam ser *comparativas*, e levar em conta as realidades fática e normativa de todas as instituições capazes de dar uma resposta ao problema.

2.2 O ARGUMENTO DAS “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS”

Com base na identificação dos diversos problemas comuns às teorias sobre a função judicial acima descritos, o argumento das “capacidades institucionais” foi formulado com o intuito de fazer proposições sobre tomadas de decisão com os “pés no chão” – focando nas consequências da adoção de cada teoria no mundo real –, em trabalhos dos já citados juristas Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em diversos estudos que culminaram no artigo “Interpretations and

³³ *Id.*, p. 5: “Analytically, the premise that it would be best for all judges to coordinate on a given approach does not, without more, yield the conclusion that any particular judge ought to adopt that approach. Whether that is so depends upon what other judges do. Empirically, it is often costly or simply infeasible for the judiciary to coordinate upon a particular course of action, and to sustain that coordination to the degree necessary to affect the behavior of other institutions and actors”.

³⁴ Ainda que Vermeule estivesse escrevendo sobre a realidade norteamericana, é inegável que os problemas de coordenação são consideráveis na realidade brasileira. O Judiciário brasileiro, além de não ter tradição de precedentes que gerariam alguma pressão de coordenação de cima para baixo (embora isso não resolva inteiramente os problemas de coordenação, segundo Vermeule), possui estrutura altamente fragmentada dentro das próprias Cortes, que frequentemente adotam teses jurídicas completamente distintas a depender das turmas recursais em questão.

³⁵ VERMEULE (2003, p. 24): “Why might interpretive approaches be desirable at the margin but not globally? The basic reason, which we may express in several different ways, is the possibility that a diversity of interpretive approaches has good consequences for judicial institutions and for the lawmaking system as a whole. To fall into the division fallacy is to overlook that sustained judicial coordination on a uniform interpretive approach may be infeasible; to fall into the composition fallacy is to overlook that judicial coordination on a particular approach may be affirmatively harmful”.

Institutions”.³⁶ No artigo, são feitas muitas das críticas expostas acima (item 2.1), e os autores trazem uma proposta metodológica para avaliar e guiar as decisões judiciais, baseada em *capacidades institucionais*, que impõem uma atenção especial às habilidades e limitações das instituições ao tomar certos tipos de decisões, e em *efeitos sistêmicos*, que consistem nas *consequências* de estratégias decisórias, em especial no grau de *incerteza* introduzido no sistema jurídico.³⁷

Nesse sentido, os autores formulam uma proposta sobre como argumentar de forma institucionalmente adequada sobre a justificação das decisões judiciais. Em especial, sugerem que o foco dessas discussões se redirecione para questões do tipo *second-best* sobre desempenho institucional. Sustentam que, dado que os juízes do mundo real são sujeitos a erros e a custos de decisão, a melhor forma de lidar com essas limitações não é promover a maior aproximação possível do juiz com o seu ideal (aproximação das condições do cenário “*first-best*”) – mas sim pensar em um cenário como condições de decisão diferentes, mas que promova um resultado melhor no agregado. Em outras palavras, uma estratégia que em condições ideais não atingiria os melhores resultados (em relação a uma teoria sobre o que é o melhor resultado) pode ser superior quando consideradas as limitações do mundo real. É necessário, por isso, que os juízes tomem metadecisões – decisões sobre como decidir – informadas pelas condições e limitações do mundo real na consecução dos objetivos de qualquer teoria sobre a justificação de decisões judiciais.

As limitações a que estão sujeitos os juízes são diversas, e as variáveis relevantes são potencialmente infinitas, mas os custos delas decorrentes podem ser sintetizados de maneira geral em (i) custos dos erros, que derivam de limitações como vieses cognitivos e decorrerem de julgamentos que resultam em (a) falsos positivos ou (b) falsos negativos; e (ii) custos das decisões

³⁶ SUNSTEIN e VERMEULE (2003).

³⁷ SUNSTEIN e VERMEULE (2003, p. 886): “By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?” If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues. A great deal turns as well on the attentiveness of the relevant legislature. The second issue involves the dynamic effects of any particular approach—its consequences for private and public actors of various sorts. If a nonliteral interpretation of the phrase “induce cancer” would introduce a great deal of uncertainty into the system, and reduce Congress’ incentive to make corrections, it might well be sensible to deny exceptions in cases involving trivial risks. By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues”.

judiciais, que podem envolver desde tempo e recursos financeiros até culpa e remorso.³⁸ Mas não basta analisar os custos de decisão do intérprete isolado. Para que o argumento das capacidades institucionais esteja completo, também é necessário comparar os custos de cada instituição que poderia dar uma resposta ao problema e avaliar os efeitos dinâmicos da escolha da estratégia de decisão. Tais efeitos dinâmicos dependem de inúmeras variáveis, como a reação que os outros atores institucionais terão diante da adoção de uma teoria interpretativa – por exemplo, a rapidez e eficácia das correções feitas pelo Legislativo em normas que se mostrem, na aplicação, sobre ou subinclusivas³⁹ – e a criação de incertezas sistêmicas derivadas da abordagem escolhida. Por fim, todos esses custos e efeitos dinâmicos devem ser avaliados *no agregado*, de forma a comparar os efeitos totais de cada estratégia de tomada de decisão judicial.

Reconstruindo os pressupostos do argumento das capacidades institucionais, Arguelhes e Leal⁴⁰ apontam que o uso do argumento desenvolvido por Sunstein e Vermeule depende de (i) avaliações empíricas e contingentes das capacidades institucionais. Esse primeiro ponto exige que a decisão de segunda ordem (decisão sobre como decidir) tomada por juízes sejam feitas “com os pés no chão”, isto é, com base nas capacidades *reais* das instituições, não se limitando à enunciação de normas e conceitos jurídicos abstratos para defender capacidades e aceitando o fato de que uma instituição só está melhor posicionada para decidir alguma questão dentro de certas circunstâncias fáticas. Além disso, o argumento deve (ii) avaliar custos e benefícios de se alocar poder decisório a determinada instituição com base em comparações com os custos e benefícios de se ter outra instituição decidindo a mesma questão. Por fim, é necessário (iii) olhar para os efeitos agregados da adoção generalizada de cada estratégia decisória, inclusive com atenção aos efeitos dinâmicos e reativos das diferentes instituições.

³⁸ VERMEULE, Adrian. “Three strategies of interpretation”. *San Diego L. Rev.*, vol. 42, 2005, p. 614.

³⁹ Toda regra é, em alguma medida, sobre- e subinclusiva, na medida em que o formulador não antecipa todos os casos que podem surgir no corpo do texto. Uma análise casuística da justificação subjacente à regra revelaria que alguns casos que deveriam estar incluídos na regra não estão – hipótese da subinclusão – e outros, que não deveria estar com campo de incidência da regra, estão – hipótese da sobreinclusão. A questão aqui é saber qual é a reatividade do formulador da regra (no caso, o legislador) e adequar o texto aos novos casos que surgem, mitigando o problema da inclusividade. Se o Legislativo é capaz de resolver esses problemas rapidamente, então pode haver, *ceteris paribus*, um argumento institucional para uma atitude formalista por parte dos juízes. Sobre a inclusividade das regras, v. SCHAUER, Frederick. *Think Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2009, capítulo 2, p. 28: “at least some degree of both over- and underinclusiveness is an inevitable part of governing human behavior by general rules”.

⁴⁰ ARGUELHES e LEAL (2011).

Arguelhes e Leal também identificam pressupostos institucionais estruturais, epistêmicos e metodológicos do argumento.⁴¹ Quanto aos pressupostos institucionais estruturais, notam que o argumento das capacidades institucionais pressupõe, primeiro, uma concepção de separação de poderes e de desenho institucional constitucional que envolve a alocação de funções às instituições que melhor possam exercê-las.⁴²⁻⁴³ Segundo, entende-se que o argumento tem como premissa um compromisso interinstitucional na consecução de objetivos comuns, em uma “concorrência harmônica” entre as instituições em busca de coordenação e equilíbrio, e é sustentada pelo ideal regulativo de unidade estatal na perseguição de seus objetivos.⁴⁴ Em suma, o argumento das capacidades institucionais pressupõe uma leitura funcionalista da separação dos poderes e um ideal regulativo de unidade dos poderes na consecução de fins estatais unitários.

Quanto aos pressupostos epistêmicos do argumento, nota-se que, ao se argumentar com base em capacidades institucionais, reconhece-se que a determinação da correção das escolhas institucionais envolve uma margem insuperável de incerteza. Essa incerteza é causada, em grande parte, por limitações e vieses cognitivos que incidem na aplicação do direito e pelas formas como essas instituições podem dar uma resposta ao problema.⁴⁵ Cada instituição, nesse contexto, está dotada de aparatos normativos (*e.g.*, inamovibilidade dos juízes) e fáticos (*e.g.*, quantidade de processos e capacidade de trabalho dos assessores) para lidar com essa incerteza, que podem se mostrar superiores ou inferiores aos aparatos de outras instituições a depender da questão em jogo.

Os pressupostos metodológicos do argumento, por fim, são apresentados, pelos autores, em três grupos. Primeiro, o argumento pressupõe uma estrutura consequencialista de raciocínio,

⁴¹ ARGUELHES e LEAL (2011, pp. 16 e ss.).

⁴² Os autores apontam, todavia, para o fato de que “*Essa noção de especialização é, por certo, uma idealização. Mesmo supondo que, na elaboração do texto constitucional original, tenha-se de fato tentado distribuir poderes entre diferentes instituições com base em um critério de especialização – o que em si já é exigir bastante da realidade –, a realidade de um sistema constitucional minimamente complexo é dinâmica. Há um movimento inicial para alocar poder entre instituições, mas: (a) essa alocação pode ser ambígua, permitindo que diversas questões sejam reconduzidas às esferas de atuação legítima de mais de uma instituição; e (b) as instituições podem usar sua dotação inicial de poder para oferecer leituras transformadoras da alocação inicial supostamente expressa no texto constitucional*” (*Id.*, p. 17). Ainda assim, consideram que o ideal de separação de poderes pela especialização pode ser útil para a construção teórica e para a orientação de comparações institucionais.

⁴³ No mesmo sentido, CYRINO (2011, p. 7), apoiado em Bruce Ackerman (ACKERMAN, Bruce, “The new separation of powers”, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000): “*Em síntese: uma concepção moderna de separação de Poderes é inseparável da existência de órgãos profissionalizados insulados da política. Os políticos devem se preocupar com a configuração de valores básicos da sociedade e não com a implementação das normas, a qual depende de considerações e análises multifacetadas – geralmente de pouco apelo eleitoral – de conteúdo técnico*”.

⁴⁴ ARGUELHES e LEAL (2011, p. 18).

⁴⁵ ARGUELHES e LEAL (2011, p. 19).

porque considera que a melhor alternativa é aquela capaz de melhor promover determinado fim.⁴⁶ Já vimos, acima, que o argumento das capacidades institucionais envolve argumentar com base em consequências, e Arguelhes e Leal especificam que o raciocínio consequencialista envolvido no argumento das capacidades institucionais é “*limitado a uma área específica, circunscrita por normas jurídicas que impedem um pleno e irrestrito compromisso em obter as melhores consequências possíveis a cada oportunidade de escolha*”.⁴⁷ Seria algo próximo ao que Schuartz denomina consequencialismo do tipo *fraco*,⁴⁸ por conta das limitações trazidas pelo arranjo normativo que o intérprete deve observar. Segundo, cite-se a premissa do repúdio às tentativas de aproximação com o cenário ideal, devendo o intérprete adotar estratégias do tipo *second-best*, conforme já explicado no tocante às críticas de Sunstein e Vermeule às teorias tradicionais sobre a função judicial.⁴⁹ Terceiro, e finalmente, note-se que uma das premissas essenciais diz respeito, como já notado acima, à necessária comparação das capacidades de cada instituição envolvida e à análise detida dos efeitos dinâmicos da adoção de uma estratégia de decisão, devendo-se analisar os efeitos líquidos globais da adoção de estratégias decisórias, e ignorando os eventuais erros em casos pontuais. Em suma, é preciso considerar como requisitos para a argumentação com base em capacidades institucionais não apenas a utilização de elementos *empíricos*, contextuais e contingentes, mas também a construção de argumentos *comparativos* e a análise dos efeitos *dinâmicos* e *agregados* de cada abordagem decisória.

2.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES: O QUE ENTENDEMOS SER E NÃO SER ARGUMENTAR COM “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS”

Com base nas concepções delineadas neste capítulo, é possível traçar as premissas que orientarão o restante deste estudo. As críticas de Sunstein e Vermeule às teorias sobre a função judicial (item 2.1) nos ajudam a entender o que *não é* o argumento das capacidades institucionais por eles desenvolvido; já a identificação dos pressupostos dos autores, apoiada na reconstrução

⁴⁶ ARGUELHES e LEAL (2011, pp. 24-25).

⁴⁷ ARGUELHES e LEAL (2011, p. 26).

⁴⁸ SCHUARTZ, Luís Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 248, 2008, p. 131: “A concepção particular que se propõe a defender as valorações de consequências enquanto elementos constitutivos da fundamentação de decisões judicantes, que devem no entanto ser inseridas e contempladas no âmbito dos processos decisórios com peso no máximo igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas, caracterizará então o tipo “fraco” de consequencialismo jurídico”.

⁴⁹ V. tópico 2.1 *supra*.

proposta por Arguelhes e Leal (item 2.2), auxiliam na formulação de algumas premissas elementares sobre o que é argumentar com base em capacidades institucionais. Essas premissas serão essenciais na discussão sobre os casos concretos, e podem ser assim sintetizadas:

1. O argumento das capacidades institucionais é incompatível com análises que buscam a maximização de um valor ou ideal com base em estratégias de *aproximação* desse ideal, pois, na impossibilidade de se alcançar o resultado tido como *first-best*, a maximização do tipo *second-best* dos mesmos ideais poderá exigir estratégia diferente;
2. Teorias que se focam em aspectos institucionais de apenas algumas instituições e chegam, daí, a conclusões sobre posturas judiciais ideais, são incompatíveis com o argumento das capacidades institucionais;
3. Não há atribuições ideais de competências para decidir qualquer questão – *e.g.*, não se pode dizer, com base no argumento, que questões técnicas seriam *idealmente* resolvidas por entidades administrativas especializadas, nem que o Congresso é o *locus* ideal de decisões políticas; a separação dos poderes é vista de forma *funcionalista* e com base no *ideal regulativo* de que todas as instituições estatais teriam fins unitários, passíveis de serem perseguidos por qualquer delas;
4. Análises assimétricas, que ignorem aspectos de algumas instituições capazes potencialmente de alterar decisões, como as que não levam em conta que o Judiciário também é uma coletividade, são condenáveis sob o ponto de vista da proposta metodológica de Sunstein e Vermeule;
5. O argumento das capacidades institucionais necessariamente envolve elementos empíricos, comparativos e sistêmicos, fazendo com que qualquer análise realizada sobre qual instituição deveria dar a resposta a um problema jurídico seja contingente.

3 ALGUNS PROBLEMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO

3.1 AS LIMITAÇÕES DO ARGUMENTO

Até aqui, foram expostas e analisadas as premissas teóricas do argumento das capacidades institucionais. Neste capítulo, serão estudados os problemas que um argumento como esse pode ter quando operacionalizado. Segundo Arguelhes e Leal, a utilização doutrinária e jurisprudencial do argumento é marcada por “*estruturas, pretensões e critérios estranhos a um modelo como o de Sunstein e Vermeule*”.⁵⁰ Isso ocorreria quando o recurso ao rótulo “capacidades institucionais” é *banal*, por se limitar a enfatizar a diferença entre o julgador ideal e o real (algo que várias outras teorias, como de Dworkin e de Alexy, já admitem); *redundante*, por se referir meramente a categorias teóricas e dogmáticas já conhecidas (como “separação dos poderes” e “discrecionalidade técnica”);⁵¹ e *absurdo*, por não levar em conta as determinações de normas preexistentes (constituindo, assim, uma aplicação do consequencialismo jurídico em sentido forte).⁵²

Além disso, os autores, em outro artigo, chamam atenção para dois tipos de dificuldades relacionados à operacionalização do argumento.⁵³ Primeiro, existem problemas de *informação* e *idealização*, relacionados à *empiria insuficiente* no estudo das capacidades institucionais.⁵⁴ Nesse sentido, problemas de (i) informação ocorrem quando as análises institucionais permanecem no *plano das intuições* (por exemplo, por alusões ao suposto quadro técnico de uma agência reguladora sem efetivamente observar se a agência é capaz de realizar suas funções a custos baixos ou se essa capacidade é afetada por contingenciamentos ou esvaziamento de seus quadros) ou quando os argumentos são meramente conceituais (referências apenas a teorias normativas sobre desempenho institucional) e de (ii) idealização quando somente a performance de algumas instituições é

⁵⁰ ARGUELHES e LEAL (2011, p. 33).

⁵¹ Os autores citam como exemplo a afirmação de que o Judiciário tem menos “capacidades institucionais” para resolver questões políticas pois seus membros não são eleitos. Trata-se de um uso redundante pois os pressupostos do argumento das capacidades institucionais não estão atendidos (não há qualquer consideração empírica). *Id.*, p. 36.

⁵² Seria o caso de recurso ao argumento das capacidades institucionais para justificar que um tipo de decisão *deveria* ser tomada por uma instituição independentemente do contexto normativo aplicável.

⁵³ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. “Dois problemas de operacionalização do argumento das ‘capacidades institucionais’”. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, 1, 2016.

⁵⁴ *Id.*, p. 202.

empiricamente informada, enquanto o desempenho de outras é idealizado (*institucionalismo assimétrico*).⁵⁵

A relevância de problemas que advêm de juízos meramente *intuitivos* ou *assimétricos* sobre capacidades de instituições aparece nos argumentos de deferência às agências reguladoras. A defesa da autocontenção judicial com base em “capacidades institucionais” sem uma análise do desempenho real das instituições reproduz, de forma redundante, as relações tendenciais identificadas por Eduardo Jordão em estudo de direito comparado sobre os parâmetros de controle judicial da administração pública.⁵⁶ Nesse trabalho, o autor nota que é comum que a determinação do grau de intensidade do controle judicial venha associada a relações tendenciais, isto é, caracteriza-se as decisões administrativas em matérias *técnicas*, *políticas* ou *juridicamente sensíveis*, e modula-se a intensidade do controle judicial a depender da predominância de uma dessas matérias – mais intenso para a última e menos intenso para as duas primeiras. Essas relações tendenciais são fundadas em juízos prévios, pretensamente comparativos, e, a princípio, têm o objetivo de alocar competência decisória para a instituição que melhor está posicionada para dar uma resposta ao problema.⁵⁷ O autor mostra que as soluções baseadas em relações tendenciais tomam em conta apenas as características comuns e intuitivas das instituições. Todavia, com base em exemplos de inúmeros casos em que as relações tendenciais foram alteradas ou postas em xeque por conta de alterações nas capacidades institucionais, o autor evidencia que “*numa hipótese concreta é possível que as características reais da autoridade administrativa que emanou a decisão controlada e/ou do tribunal que promoverá o controle distem destas características usuais tomadas em consideração nas relações tendenciais*”.⁵⁸ Logo, pode ser problemático (e condenável à luz do argumento das capacidades institucionais) que as relações tendenciais e intuitivas continuem pautando o controle judicial em meio a essas alterações nas características reais das instituições.

Ainda assim, no Brasil, argumentos de deferência às agências reguladoras, por terem supostamente mais “capacidades institucionais” para decidir questões técnicas, costumam ser feitos

⁵⁵ Os autores citam trabalhos que apontam diversos vícios na decisão do Congresso, como problemas de decisão coletiva e captura por interesses especiais, enquanto idealizam as capacidades do Judiciário, especificamente BARROSO (2015).

⁵⁶ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2016.

⁵⁷ JORDÃO (2016, p. 165): “*Como se vê, as relações tendenciais apresentadas neste capítulo fundamentam-se sobre análises institucionais comparativas. O objetivo é alocar poderes decisórios para as instituições mais adaptadas a tomar uma dada decisão, tendo em vista sua natureza*”.

⁵⁸ JORDÃO (2016, p. 278).

apenas com menções às limitações do Judiciário e desacompanhados de uma análise detida da real capacidade das agências.⁵⁹ Ficam de fora das discussões sobre as capacidades institucionais, assim, os fatos como o loteamento político das agências, a vacância dos cargos de diretoria capaz de gerar paralisia decisória, e as severas limitações aos seus orçamentos, além de outras várias limitações fáticas ao exercício das competências desses entes especializados.⁶⁰ Ignorar esses elementos, portanto, é uma falha de operacionalização do argumento das capacidades institucionais, que “*exige comparações empiricamente informadas sobre as habilidades de juízes e administradores públicos*”.⁶¹

O segundo tipo de dificuldade de operacionalização do argumento das capacidades institucionais se relaciona com a sua *observância* e a *implementação* por juízes de carne e osso.⁶² Isso significa que as análises institucionais com base em empiria e efeitos dinâmicos podem se mostrar excessivamente exigentes (i) no momento da definição da estratégia decisória a ser adotada, por limitações cognitivas e dificuldades inerentes ao processamento de informações por indivíduos reais, o que gera algum grau de incerteza em qualquer análise institucional comparativa; e (ii) no momento de implementar a estratégia, em que incertezas também podem surgir de desvios e inconsistências no seguimento das regras de decisão adotadas.

Quanto às limitações cognitivas capazes de gerar incertezas nas análises comparativas realizadas por juízes, nota-se que pesquisas no campo da psicologia cognitiva podem contribuir com um melhor entendimento dos vieses a que estão submetidos os juízes ao argumentarem com base em elementos empíricos, comparativos e prospectivos. Não só estudos mais gerais sobre as dificuldades de realizar raciocínios prospectivos e preditivos, como os de Daniel Kahneman,⁶³ mas também estudos específicos sobre os problemas cognitivos no contexto judicial, foram feitos nas

⁵⁹ Os casos encontrados neste trabalho demonstram isso. Mas o problema se repete também na doutrina, conforme mostram ARGUELHES e LEAL (2016, pp. 202-203), citando SARMENTO (2009, p. 319): “*Os poderes Executivo e Legislativo – sobretudo o primeiro – possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área [concretização de políticas públicas], que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas*”. Essa análise ignora todos os problemas que envolvem as agências reguladoras, traçando uma imagem idealizada do Executivo. Arguelhes e Leal notam, assim, que a discussão fica no plano das intuições, incompatível com o argumento das capacidades institucionais.

⁶⁰ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em 3 passos simples”. *Jota*, 01/11/2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/como-desestruturar-uma-agencia-reguladora-em-3-passos-simples-01112016>. Acesso em 05/06/2017.

⁶¹ ARGUELHES e LEAL (2016, p. 203).

⁶² ARGUELHES e LEAL (2016, p. 205 e ss.).

⁶³ KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

últimas décadas e evidenciam que juízes estão sujeitos tanto aos vieses já identificados para qualquer outro tomador de decisões, quanto a vieses que decorrem especificamente da estrutura de decisão do Judiciário.⁶⁴

O argumento das capacidades institucionais envolve, no mínimo, três juízos principais a serem desenvolvidos pelo intérprete: deve-se ser capaz de (i) *observar, coletar e processar* informações sobre cada instituição; (ii) *comparar* as capacidades de cada uma delas em dar uma resposta aos problemas enfrentados; e (iii) realizar essa comparação com observância aos *efeitos sistêmicos* da alocação de poder decisório a cada instituição. Existem vieses que incidem em cada uma dessas etapas de raciocínio.

Na primeira etapa – coleta de informações sobre as instituições –, os juízes lidam com dificuldades inerentes à observação empírica. É possível, aqui, que incidam vieses como a *ancoragem*, por meio do qual há um apego irracional a parâmetros numéricos com os quais o observador teve contato prévio.⁶⁵ Como exemplo, alguns estudos indicam que os valores das indenizações concedidas por juízes norteamericanos podem ser influenciados por pedidos ou menções a valores.⁶⁶ Além disso, o *viés da confirmação* pode fazer com que juízes busquem, ao analisar informações novas sobre instituições, confirmar suas visões de mundo e intuições previamente concebidas, ignorando ou minimizando o efeito de informações que seriam potencialmente relevantes sobre a capacidade de uma instituição para resolver um problema, mas que, na visão pré-concebida do juiz, é a que detém menos capacidades institucionais.⁶⁷ Por fim, o viés da saliência, causado pela heurística da disponibilidade, pode fazer com que juízes supervalorizem as informações que obtêm de casos particulares que chegam a ele.⁶⁸

⁶⁴ V. ZAMIR, Eyal; RITOV, Ilana. “Loss aversion, omission bias, and the burden of proof in civil litigation”. *The Journal of Legal Studies*, v. 41, n. 1, p. 165-207, 2012; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. “Inside the judicial mind”. *Cornell L. Rev.*, vol. 86, p. 777, 2000; CHAPMAN, Gretchen B.; BORNSTEIN, Brian H. “The more you ask for, the more you get: Anchoring in personal injury verdicts”. *Applied Cognitive Psychology*, v. 10, n. 6, p. 519-540, 1996; e RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. “Let’s find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations”. *Journal of Investigative Psychology*, vol. 7, 3, pp. 231-146, out. 2010.

⁶⁵ TVERSKY, Amos; KAHNEMANN, Daniel. “Judgment under uncertainty: Heuristics and biases”. *Science*, vol. 185, 4157, 1974.

⁶⁶ V. GUTHRIE, RACHLINSKI e WISTRICH (2000) e CHAPMAN e BORNSTEIN (1996).

⁶⁷ Sobre o viés da confirmação (*confirmatory bias*), ver RABIN, Matthew; SCHRAG, Joel. “First impressions matter: a model of confirmatory bias”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 114, 1, pp. 37-82, fev. 1999. Especificamente em relação a inquéritos e processos judiciais, ver RASSIN, EERLAND e KUIJPERS (2010).

⁶⁸ VERMEULE (2006, p. 156).

Na segunda etapa, de comparação entre as instituições, os juízes podem estar sujeitos, por exemplo, a um “viés egocêntrico” ao realizar análises sobre eles próprios, levando-os a supervalorizar o Judiciário e a intensificar o institucionalismo assimétrico. Isso pode, ademais, levá-los a acreditar que sua análise é melhor do que a dos demais juízes, o que justificaria uma ação não coordenada, intensificando os problemas de implementação. Em estudo realizado com juízes, a esmagadora maioria acreditou que ao menos metade dos outros juízes participantes do experimento possuíam taxas de reforma de sentenças maiores que as suas.⁶⁹ Outro viés que pode afetar esse tipo de comparação institucional é o viés do *status quo*, que ocorre quando se tem uma preferência irracional pela manutenção dos estados de mundo até então vigentes.⁷⁰ Esse viés pode, obviamente, prejudicar uma análise que se supõe *contextual* e *contingente*, como é o caso do argumento das capacidades institucionais, pois que incompatível com a manutenção do *status quo* sem justificativa informada na realidade. Já a heurística da disponibilidade, que faz com que se supervalorize a probabilidade de ocorrência de alguns eventos dos quais se tem imagem mental mais concreta ou recente,⁷¹ pode causar problemas comparativos, por exemplo, ao se subavaliar as capacidades do Congresso Nacional – marcado por escândalos recentes de corrupção alardeados na mídia – em relação às capacidades de agências que, apesar de poderem ser tão ou mais problemáticas que o Congresso, costumam receber menos atenção da mídia.

Por fim, ao realizar as comparações com o objetivo de observar os efeitos sistêmicos da atribuição da decisão a um ator institucional (isto é, ao se adotar uma estratégia de decisão específica), também há vieses que podem prejudicar a análise. Nesse caso, o raciocínio envolve um juízo *prospectivo*, sobre as *consequências* da adoção de determinadas posturas decisórias. Como mostra Kahneman,⁷² a análise de probabilidades sobre a ocorrência de futuros estados do mundo é influenciada por noções de perdas e ganhos, e não em valores esperados racionalmente calculados. Ocorre que, como as noções de perdas e ganhos são tomadas como referência do *status quo ante*, as pessoas tendem a atribuir maiores pesos para perdas do que ganhos da mesma magnitude. Além disso, a heurística da representatividade chama a atenção do tomador de decisão para aspectos do problema que não são matematicamente relevantes para a decisão porque não alteram

⁶⁹ GUTHRIE, RACHLINSKI, e WISTRICH (2000).

⁷⁰ ZAMIR e RITOV (2012).

⁷¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. “Availability: A heuristic for judging frequency and probability”. *Cognitive Psychology*, vol. 5, 2, pp. 207-232, set. 1973.

⁷² KAHNEMAN (2011).

probabilidades.⁷³ Já o chamado viés da retrospectiva (*hindsight bias*) faz com que juízes superestimem as suas capacidades de previsão de eventos dos quais já sabem os resultados.⁷⁴ Esses problemas de previsão podem indicar uma análise institucional feita pelo juiz individual que, ao contrário do que proposto por Sunstein e Vermeule, não seja baseada em uma análise de longo prazo com vista aos custos e benefícios agregados esperados, porque impedida por limitações cognitivas.

Já em relação ao segundo ponto, de problemas de implementação de estratégias decisórias, Vermeule aponta vários problemas de coordenação dos membros do Judiciário nas hipóteses em que seria interessante que eles decidissem em grupo, como os custos de coordenação e a inevitável contingência de concordância entre juízes de mesmos órgãos colegiados, como mostra o histórico da Suprema Corte americana.⁷⁵ Arguelhes e Leal notam, além disso, que um mesmo juiz pode não manter uma postura consistente de decisão ao longo do tempo, porque “*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*”.⁷⁶ Para esses autores, é irreal pensar que um juiz conseguirá manter uma estratégia interpretativa em todos os casos particulares – e, muitas vezes, difíceis – que encontrar.⁷⁷

Nesse particular, cumpre notar que a dificuldade na manutenção de uma estratégia pode derivar de variações pequenas para a obtenção de ganhos marginais. O cumprimento consistente de regras de decisão é constantemente ameaçado pela possibilidade de que desvios ocasionais aumentem ganhos marginais.⁷⁸ Isso ocorre porque a estrutura consequencialista da decisão de segunda ordem proposta por Sunstein e Vermeule faz com que nenhuma estratégia deva ser sempre seguida cegamente, mas deve-se atentar para alterações contextuais que tragam a possibilidade de mudanças de orientações. Supondo que um intérprete seja formalista por considerações de

⁷³ TVERSKY e KAHNEMAN (1974, p. 1124): “*The subjects used prior probabilities correctly when they had no other information (...). However, prior probabilities were effectively ignored when a description was introduced, even when this description was totally uninformative*”.

⁷⁴ GUTHRIE, RACHLINSKI e WISTRICH (2000), p.799-805

⁷⁵ VERMEULE (2003).

⁷⁶ ARGUELHES e LEAL (2016, p. 207).

⁷⁷ Os autores fazem menção ao caso *United States v. Locke*, no qual um pedido de renovação de concessão de uma propriedade fora protocolado no dia 31/12/1982, mas rejeitado pela agência competente com base no argumento de que a lei era clara ao dispor que esse tipo de pedido deveria ser protocolado antes do dia 31 de dezembro do ano. Ainda que se adote uma regra de decisão de deferência às agências administrativas com base em suas capacidades institucionais, é difícil imaginar que um juiz sensato não invalide essa decisão. O problema ocorre quando as particularizações se tornam endêmicas.

⁷⁸ GRANDCHAMP, Márcio. *The argument from Judging under Uncertainty*. Trabalho apresentado no Seminário de Pesquisadores da FGV DIREITO RIO em 03 de Setembro de 2008.

capacidades institucionais em quase todas as situações, nada impede que a aquisição de experiência e aprendizado o ensine que, em determinado tipo de caso, as melhores consequências sistêmicas são obtidas com uma postura não formalista. Com o passar do tempo, esses desvios marginais podem criar regras decisórias diversas para várias situações, fazendo com que a estratégia decisória uniforme, que parecia, à primeira vista, fácil de ser implementada por dar comando simples como “decida com base na interpretação mais óbvia a partir da leitura do texto legal”, passe a ser complexa o suficiente para dificultar ainda mais a sua implementação.⁷⁹

3.2 CONTRACRÍTICAS E RESPOSTAS

Boa parte dessas dificuldades não são ignoradas pelos acadêmicos norteamericanos que defendem a utilização do argumento por juízes. Pelo contrário: Vermeule discute extensivamente sobre os problemas da efetivação do seu argumento.⁸⁰ Para esse autor, o principal problema com o argumento das capacidades institucionais é de que a escolha institucional exige demais dos juízes em dois sentidos. Em primeiro lugar, há uma *incerteza* inescapável que deriva do fato de que os juízes não podem atribuir valores objetivos para as variáveis institucionais relevantes como custos de erros e de decisão ou os custos sistêmicos da coordenação judicial.⁸¹ Em segundo lugar, o problema da *racionalidade limitada* é uma constrição importante devido às limitações dos juízes para entender e usar as informações que possuem (v. item 3.1).⁸²

Ainda assim, Vermeule sustenta que os juízes precisam tomar decisões “aqui e agora” e, para isso, devem utilizar dos mecanismos disponíveis para fazer análises institucionais. Na verdade, Vermeule chega a ressaltar as qualidades do tipo de análise, oriunda da teoria de decisão, que busca métodos decisórios que funcionem minimamente sob condições de incerteza e racionalidade limitada. O autor defende que há diversos mecanismos para tanto. Entre eles, cite-se, primeiro, o “princípio da razão insuficiente”, que postula que, em situações de incerteza completa, os tomadores de decisão deveriam assumir que as probabilidades desconhecidas, de riscos em sentidos contrários,

⁷⁹ *Id.*, p. 19.

⁸⁰ VERMEULE (2006, cap. 6). “*Judges must make interpretive choices in the face of impoverished information, have only limited capacity to generate the needed information by postponing interpretive choices or by conducting experiments, and have limited capacity to accurately process the information they do obtain. These conditions make interpretive choice an exercise in choice under conditions of empirical uncertainty and bounded rationality*” (p. 158).

⁸¹ VERMEULE (2006, p. 155).

⁸² VERMEULE (2006, p. 156).

são iguais e anulam-se. Assim, ao invés de paralisia decisória, o desconhecimento de todas as probabilidades dos futuros estados do mundo não impede que se tome uma decisão.⁸³ Um segundo critério é o *maxmin*, consistente na busca de maximização do *payoff* mínimo, isto é, minimizar os possíveis resultados negativos, mas só funciona completamente quando se sabem os *payoffs*.

Um terceiro critério que se pode citar, dos elencadas pelo autor, é a denominada satisficente (*satisficing*).⁸⁴ Trata-se de uma estratégia pautada pela busca por opções até que se encontre alguma considerada boa o suficiente. É utilizada quando a tomada de decisão é vista de forma dinâmica, constituindo uma limitação na busca por mais informações. Já o quarto critério proposto, chamado de “*picking*”, visa orientar os tomadores de decisão a simplesmente escolherem um curso de ação ao invés de escolherem, evitando custos de oportunidade.⁸⁵ Apesar de que não seja comum declarar estar usando esse método, Vermeule afirma que ele tem benefícios, porque, por exemplo, muitas vezes as pessoas querem simplesmente saber se as regras do jogo estão sendo seguidas, ao invés de ver garantias de que são as melhores regras possíveis. Por fim, um quinto método envolve heurísticas “rápidas e frugais”. Por exemplo, a heurística chamada “*take the best*” faz com que tomadores de decisão utilizem apenas uma razão entre as várias existentes para decidir. Segundo Vermeule, a vantagem dessa estratégia é que, em muitas situações, buscar mais informações não é a melhor estratégia, e o indício mais saliente de qual é a alternativa de decisão correta geralmente apontará para as respostas certas.

Entretanto, muitas dificuldades permanecem.

3.3 FIM DOS PROBLEMAS? A RECEPÇÃO DO ARGUMENTO PELA DOUTRINA E PELO JUDICIÁRIO

Os processos de decisão sob incerteza propostos por Vermeule, como visto, fazem com que o intérprete se veja livre de preocupações com escolhas interpretativas ótimas com base em considerações institucionais – isto é, de maximização com restrições – e, assim, tome as melhores decisões de seu ponto de vista. No entanto, Schuartz nota que esses tipos de métodos têm problemas.⁸⁶ A diretriz que Vermeule fornece de tomada de decisões com base em regras simples

⁸³ Há duas condições para isso, no entanto: (i) deve haver vantagem informacional considerável quanto às informações às quais se atribuiu um peso, em comparação àquelas que se considerou imponderáveis; e (ii) o intérprete deve ter habilidade para discernir que a consideração a que foi dado peso é da mesma importância daquela descartada.

⁸⁴ VERMEULE (2006, pp. 177-179).

⁸⁵ VERMEULE (2006, pp. 179-180).

⁸⁶ SCHUARTZ (2008, pp. 140-141).

que não envolvam otimização só se justifica para uma decisão particular – isto é, localmente. Porém, uma análise global das decisões mostra que essa diretriz só será racional se houver um argumento de segunda ordem capaz de demonstrar que essa diretriz promove mais os objetivos do intérprete do que a otimização. Ou seja, deve-se demonstrar que a renúncia à otimização local, substituindo-a por métodos de decisão “frugais” (como os descritos no tópico anterior), tornará possível que se obtenha o máximo global.⁸⁷ Ocorre que demonstrar isso é uma tarefa tão ou mais complexa do que a diretriz de otimização que se busca evitar.

Com efeito, é difícil dizer que os problemas são eliminados pela adoção dos critérios propostos por Vermeule para a tomada de decisões que envolvam incerteza radical. Basta observar que os dois autores responsáveis pela disseminação da teoria discordam, entre eles, sobre qual seria a estratégia de decisão ideal no contexto institucional norte-americano: Sunstein, partindo exatamente das mesmas premissas de Vermeule, sustentou que uma postura não formalista é a melhor no contexto específico dos Estados Unidos,⁸⁸ enquanto Vermeule defende uma abordagem formalista, com limitação ao uso de fontes interpretativas de baixo custo e inflexíveis (inclusive excluindo o recurso ao histórico normativo) e seguindo precedentes ao pé da letra.⁸⁹ Essa divergência deixa claro que o recurso a capacidades institucionais para escolher estratégias de decisão enfrenta problemas no mundo real, e que as incertezas causadas pelo uso do argumento podem ser consideráveis.

Tudo isso leva a crer que estratégias pensadas para lidar com a incerteza, tendo em vista o contexto real que cerca o julgador, podem gerar *mais* incerteza. Sobre esse ponto, nota-se que teorias de justificação das decisões judiciais podem sofrer do problema denominado *paradoxo da determinação*, que ocorreria quando a percepção da prática judicial que embasa a formulação da teoria é dotada de algum grau de realismo pessimista, identificando-se problemas e patologias a serem controlados na tomada de decisão judicial, mas a orientação da prática decisória é feita com

⁸⁷ Nas palavras do autor, “*não é possível prescindir da ideia de maximização sem jogar for a o bebê (a perspectiva normativa) juntamente com a água de banho (uma concepção – de primeira ordem – de racionalidade excessivamente rigorosa)*” (*Id.*, p. 140).

⁸⁸ “(...) while formalism captures part of the territory, I believe that it is an inadequate approach to statutory and constitutional interpretation in the United States. In statutory interpretation, I would favor a presumption in favor of that species of formalism that emphasizes the natural meaning of statutory terms, taken in their context; but I would allow the presumption to yield where the result is absurd or where background principles, constitutional or otherwise, argue in favor of pressing the text in particular directions”. in SUNSTEIN, Cass. “Must Formalism Be Defended Empirically?”. University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper nº. 70, 1999, p. 8, nota de rodapé nº 23.

⁸⁹ VERMEULE, Adrian. “Interpretive Choice”. *NYU L. Rev.*, vol. 75, 1, 2000.

base em modelos idealizados.⁹⁰ Dessa maneira, motivações não ideais seriam objeto de diagnósticos de problemas cujas soluções prescritas seriam, paradoxalmente, baseadas em motivações ideais.⁹¹ Como consequência, as teorias e métodos de decisão, aí incluindo as metateorias institucionalistas, podem não trazer o resultado esperado. Como se viu, o argumento das capacidades institucionais objetiva lidar com incertezas decorrentes dos espaços abertos para decisões judiciais.⁹² Contudo, a inclusão, no rol de instrumentos à disposição do julgador, de mais uma estrutura teórica, pode aumentar os níveis de incerteza decorrentes do processo de solução de casos difíceis. Analogicamente, ao prescrever que a escolha sobre como decidir recaia sobre a análise de fatores institucionais comparativos e sistêmicos, deve-se levar em consideração o fato de que o conceito de “capacidades institucionais” se torne mais um artifício estratégico nas mãos de juízes reais, que podem, presumivelmente, recepcionar o argumento de maneira inadequada,⁹³ seja porque *não podem* fazê-lo devido às limitações cognitivas e informacionais individuais e estruturais (inerentes ao Poder Judiciário), seja porque *não querem* fazê-lo por razões estratégicas.⁹⁴

Sendo assim, antes de formular uma proposta de que teorias como aquela que embasa o argumento das capacidades institucionais devem ser observadas pelo Judiciário, é preciso levar em consideração a forma como o mesmo Judiciário recebe proposições teóricas prescritivas sobre como seus membros devem decidir. Se não o fizerem, os autores que propõem a utilização de elementos institucionais para a tomada de posturas decisórias por juízes – por exemplo, mais deferência às decisões das agências reguladoras por estarem mais institucionalmente capacitadas – estarão correndo o risco de verem seus argumentos se tornarem, paradoxalmente, utilizados pelo Judiciário de forma a intensificar os próprios problemas que levaram os mesmos autores a elaborar a proposta teórica, *i.e.*, a incerteza que cerca o trabalho do intérprete. Esse problema, por todo o exposto, incide de forma semelhante sobre o argumento das capacidades institucionais. Ele é *semelhante*, e não o *mesmo* problema, porque o paradoxo da determinação pode ocorrer em teorias que se dizem válidas para qualquer contexto. Esse não é, obviamente, o caso do argumento das capacidades institucionais, mas um problema muito parecido com o paradoxo da determinação ocorre com a proposta de

⁹⁰ LEAL, Fernando. “Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação”. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, nº 3, 2016, p. 219.

⁹¹ LEAL (2016).

⁹² V. item 2.2 *supra*.

⁹³ LEAL (2016).

⁹⁴ Sobre o ponto, v. RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. “Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, pp. 85-121, 2013.

Sunstein e Vermeule, ao potencialmente gerar mais incertezas em uma proposta de mitigação de incertezas.

No caso do Supremo Tribunal Federal, é nítido que propostas teóricas de orientação das decisões devem levar em conta as observações empíricas de que o uso de métodos decisórios tem sido feito de forma retórica e desparametrizada. Por exemplo, a regra da proporcionalidade vem sendo utilizada de forma retórica e vaga, impossibilitando qualquer tipo de controle das valorações e pesos atribuídos a cada princípio.⁹⁵ O uso de precedentes, além disso, vem sendo feito de forma estratégica e também desparametrizada.⁹⁶ É de se esperar, portanto, que uma teoria que busque orientar a tomada de decisões por uma Corte como o Supremo leve em conta a possibilidade de que a proposta se torne apenas mais um *topos*, capaz de ampliar ainda mais a incerteza na aplicação do direito e, ao invés de garantir que os juízes adotarão posturas decisórias capazes de gerar os melhores resultados sistêmicos, crie ela mesma mais incerteza e resultados piores.⁹⁷

3.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES: AS LIMITAÇÕES PERSISTENTES DO ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Por todo o exposto, tem-se que as críticas formuladas ao argumento das capacidades institucionais convergem ao afirmarem que esse argumento exige demais de juízes de carne e osso. Há vários problemas com a operacionalização do argumento, como limitações cognitivas relevantes capazes de questionar se o que se exige dos juízes é demais, e dificuldades de manutenção de consistência nas decisões por juízes individuais. Ainda que haja propostas, como a de Vermeule, de que se exija de juízes estratégias julgamentos mais simples sob a incerteza derivada de ausência de conhecimentos empíricos, como mostra Schuartz, dificilmente essas estratégias resolveriam os problemas.⁹⁸

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, nº 708, 2002.

⁹⁶ LEAL, Fernando. “Uma Jurisprudência que serve para tudo”. Disponível em: <http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em 20/10/2017.

⁹⁷ Seria possível sustentar que o problema estaria mitigado se os responsáveis pela análise de capacidades institucionais a serem utilizadas em proposições sobre como decidir fossem os acadêmicos, e não os próprios juízes. No entanto, a observação do próprio STF mostra que é difícil acreditar que os problemas estariam resolvidos dessa forma. Nota-se, por exemplo, que o projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio vem acrescentando diversos dados sobre as dificuldades de decisão do Supremo em meio a quantidade crescente de atribuições, mas não há notícias de que algum Ministro tenha utilizado esses dados para rediscutir a sua visão sobre as capacidades institucionais do Supremo frente às demais instituições.

⁹⁸ Além disso, parece claro que, se o argumento das capacidades institucionais for levado a sério, essas incertezas decorrentes da operacionalização do argumento devem ser levadas em conta por juízes. Até mesmo a possibilidade de

Persistem, portanto, alguns problemas na operacionalização do argumento que não foram levados em conta pelos proponentes de sua utilização por juízes reais, o que pode constituir um problema semelhante ao paradoxo da determinação. Parece muito provável que esses problemas sejam identificados em uma análise de decisões judiciais, e é o que se passa a fazer.

utilização vaga e retórica, decorrente do paradoxo da determinação, deveria ser colocada na balança. É por isso que Vermeule acredita que o argumento com base em capacidades institucionais frequentemente levará os juízes a adotarem posturas formalistas, dado o reconhecimento da incapacidade para avaliar todas essas questões. No entanto, se o argumento será usado de forma minimamente coerente, não sendo apenas mais um conceito vago capaz de incrementar incertezas ao invés de reduzi-las, é uma questão empírica. Apenas por meio da análise dos casos reais de operacionalização do argumento será possível verificar a ocorrência desses problemas na prática. Essa análise empírica, frise-se, não é incompatível com o argumento das capacidades institucionais, e qualquer tipo de constatação que eventualmente se faça em uma análise de julgados que se revele contrária à possibilidade de utilização do argumento por juízes de carne e osso pode ser ela mesma compatível com a estrutura do argumento das capacidades institucionais. Isto é, negar a utilização da teoria pode ser compatível com suas propostas fundamentais. Trata-se, portanto, de um paradoxo em que a utilização do argumento para tecer uma metacrítica à metateoria pode levar à sua rejeição.

4 O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NO STF

4.1 METODOLOGIA

Se as críticas debatidas até aqui estão corretas, é possível assumir que o argumento das capacidades institucionais não é utilizado de forma adequada quando tomado em relação à proposta metodológica de Sunstein e Vermeule. Mais ainda, espera-se que o argumento das capacidades institucionais se torne apenas mais uma expressão vaga utilizada, como tantas outras, para fundamentar decisões judiciais de forma pouco clara, a exemplo do que vem acontecendo com a regra da proporcionalidade⁹⁹ e com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁰. As limitações a que o intérprete está sujeito, bem como os usos estratégicos de argumentos, tenderiam a levar a usos redundantes, banais e absurdos do argumento. Em especial, espera-se que o argumento das capacidades institucionais se torne apenas um *reforço retórico* ao tratar de velhas figuras conhecidas da interpretação de normas, como a discricionariedade técnica, ou mesmo ao se referir a meras normas atribuidoras de competência.

Para verificar se essas hipóteses se sustentam, realizou-se uma busca por decisões que utilizassem o argumento das capacidades institucionais como razão de decidir no Supremo Tribunal Federal (STF).¹⁰¹ Buscou-se por decisões que contivessem as expressões “capacidades institucionais” e “capacidade institucional”, cruzando-se os resultados e eliminando-se aqueles duplicados, na plataforma de referência do projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio,¹⁰² o que resultou em um total de 51 resultados – 29 acórdãos (Anexo I) e 22 decisões monocráticas (Anexo II).

Os acórdãos encontrados foram os seguintes: ADC 33, ADI 4947, ADI 5963, ADI 4965, ADI 5020, ADI 5028, ADI 5030, ADI 4350, ADI 4627, ADI 4400, RE 848.826, ADI 5105, ADPF 291, ADPF 309-MC, ADPF 347-MC, AgRg em AI 400.336, Pet-Av na Ext. 1.085, RCL 11.243,

⁹⁹ Conforme o diagnóstico de SILVA (2002).

¹⁰⁰ Como reconhecido mesmo pelos principais autores que propõem sua utilização. V. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2016.

¹⁰¹ A escolha do STF se justificou por ser este tribunal competente para dar a última palavra, no Judiciário, sobre o sentido de normas constitucionais, e porque é o órgão máximo da justiça federal, onde, naturalmente, estão a maior parte dos entes administrativos especializados, por ser a União detentora do maior número de competências administrativas (art. 21, CRFB/88).

¹⁰² A plataforma é acessível no seguinte endereço: <<http://200.20.164.140/search>>. Optou-se pela sua utilização porquanto a ferramenta de busca do sítio eletrônico do STF se mostrou limitada, por não pesquisar no corpo dos textos dos acórdãos mais antigos.

Ext 1.405, HC 123.108, HC 123.533, HC 123.734, MS 33.340, RE 453.000, AgRg em RE 519.778, RE 592.581, RE 597.285, RE 723.651, ADI 3937-MC. Já as decisões monocráticas encontradas foram estas: Ext 1448, ADI 5326-MC, RE com Agravo 1.013.143, RE com Agravo 701.410, MS 31.816-MC, RE 776.105, RE com Agravo 1.027.779, RE com Agravo 693.088, RE com Agravo 709.476, RE com Agravo 758.404, RE com Agravo 823.895, RE com Agravo 842.838, RE com Agravo 854.681, RE com Agravo 857.698, RE com Agravo 919.651, RE 684.084, RE 709.872, RE 752.183, RE 777.511, RE 777.514, RE 777.509, RE 878.647.

O recurso a essa base de dados trouxe mais resultados do que a ferramenta de busca do próprio STF porque a plataforma utilizada permite a pesquisa no corpo do texto de casos mais antigos, que foram digitalizados. A pesquisa dos casos foi feita em 17.07.2017, sendo este o marco máximo de seu alcance. Decidiu-se pela eliminação de casos que se limitassem a citar a Lei nº 9.394/1996, que atribui às universidades o poder de “*fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio*” (art. 53, IV), por nada ter a ver com o argumento das capacidades institucionais na justificação das decisões judiciais.

4.1.1 Variáveis buscadas na análise qualitativa dos casos encontrados

Todos os 51 casos encontrados foram lidos, em busca das expressões procuradas e da forma de utilização das mesmas. Nos acórdãos, a leitura das decisões foi focada nos votos dos Ministros que utilizaram as expressões, mas também foram lidos os demais votos em busca de eventuais diálogos com os votos dos Ministros que utilizaram capacidades institucionais como razão de decidir.¹⁰³ Com o intuito de estudar o problema objeto deste trabalho e verificar a hipótese, decidiu-se por analisar os casos em busca de argumentos *banais*, *redundantes* e *absurdos*, nos sentidos definidos no item 3.1 acima. Além disso, foram buscados problemas de operacionalização do argumento das capacidades institucionais por meio da análise de se o emprego desse argumento é feito de forma incompatível com ele próprio. Isto é, se os Ministros utilizaram a expressão de Sunstein e Vermeule para argumentar com *conceitualismos* e *idealizações*. Ademais, buscou-se

¹⁰³ Buscou-se reafirmações ou rejeições desse tipo de argumento. Adiante-se, porém, que esse tipo de discussão foi rara no universo de casos analisados. Algumas exceções, no entanto, justificaram a importância da leitura atenta dos inteiros teores dos acórdãos. No caso da ADPF nº 309-MC, como explorado abaixo, uma interessante discussão foi travada entre os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux sobre o argumento. Já no caso da ADC nº 33, o Ministro Barroso se baseou na expressão “capacidades institucionais” para decidir, o que foi retomado pelo Min. Fux, em tom elogioso, como o argumento de Barroso tivesse sido “*certamente calcado nas lições de John Hart Ely*”.

saber se há algum grau de consistência no uso da expressão, ou seja, se o argumento é utilizado com resultados previsíveis – o que faria dele uma forma retórica de justificar a não modificação de decisões administrativas (questões técnicas) ou de justificar interpretações extensivas dos textos legais por intuições sobre o funcionamento do Congresso. Para tanto, o estudo dos casos foi feito com base nas seguintes variáveis:

- a) Menção a dados sobre a realidade do desempenho institucional;
- b) Menção a normas e procedimentos que tornariam certas instituições melhor posicionadas para tomar determinados tipos de decisão;
- c) Se há algum tipo de análise sobre a dados da realidade das instituições ou a normas e procedimentos habilitadores, verificou-se se essa análise foi *simétrica*, isto é, se foi feita em relação a todas as instituições que poderiam dar uma resposta ao problema;
- d) Verificação de existência de efetiva comparação entre as instituições com vista às consequências de cada abordagem decisória;
- e) Menção a normas de competência (com o objetivo de verificar a redundância dos argumentos de capacidades institucionais);
- f) Quais atores institucionais foram analisados como potencialmente capazes de dar uma resposta ao problema jurídico enfrentado; e de qual foi o ator institucional que o Ministro que utilizou o argumento das capacidades institucionais como razão de decidir julgou melhor posicionado a dar uma resposta ao problema (ex.: Legislativo v. STF, com decisão pela inconstitucionalidade da lei, o que se entende como uma decisão pelo melhor posicionamento do STF); essa variável é relevante em três dimensões:
 - i. a avaliação da relação entre o aparecimento do argumento das capacidades institucionais e o voto pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei pode indicar certas inclinações e convicções dos juízes sobre as capacidades institucionais do Congresso e do Judiciário;
 - ii. a relação entre o uso do argumento das capacidades institucionais e tomada de decisões a favor ou contra agências reguladoras e outras entidades federais especializadas; e
 - iii. a consistência de voto do mesmo juiz, no julgamento de vários casos, ao decidir as questões expressas em *i* e *ii* com base em capacidades institucionais;

- g) Por fim, verificou-se se o uso das expressões pesquisadas foi utilizado para argumentar não da forma proposta por Sunstein e Vermeule, mas com base em teorias diretamente criticadas por esses autores, como de Waldron ou de John Hart Ely.

Em suma, buscou-se averiguar se foram observados os pressupostos do argumento das capacidades institucionais que foram identificados no capítulo 2 e sintetizados no item 2.3.

4.1.2 Possíveis limitações da metodologia empregada

O recorte feito, é claro, não é livre de limitações e críticas, as quais devem temperar qualquer conclusão a que eventualmente se chegue sobre o uso do argumento das capacidades institucionais no STF. Em primeiro lugar, é possível que o argumento das capacidades institucionais seja utilizado por Ministros que não cite diretamente essa expressão, isto é, é possível que análises institucionais comparativas e sistêmicas sejam feitas para tomar decisões de segunda ordem sobre como decidir sem recurso ao rótulo do argumento. Assim, poder-se-ia argumentar que as conclusões da pesquisa estariam enviesadas por buscar apenas os casos em que o rótulo aparece e, por isso, haveria probabilidade de seu uso retórico, *nesses casos*, maior que a média. Entretanto, isso não desmerece o esforço empírico aqui realizado, porque buscamos apenas testar o diagnóstico de um problema, e não verificar qual é a sua real extensão. Além disso, parece pouco plausível que os Ministros do STF fariam análises comparativas de capacidades institucionais, analisando efeitos sistêmicos da adoção de estratégia decisórias, sem se referir à expressão que marca a proposta teórica de Sunstein e Vermeule.

Em segundo lugar, seria possível objetar os resultados da pesquisa sob o argumento de que as análises dos Ministros não utilizaram a metodologia proposta por Sunstein e Vermeule, mas sim um outro tipo de teoria sobre o papel das capacidades institucionais nas decisões judiciais. Contudo, deve-se ponderar que “capacidades institucionais” é um termo cunhado por Sunstein e Vermeule para embasar suas teorias sobre interpretação jurídica, e não é associado tão fortemente a nenhuma outra teoria com matriz institucionalista (como a de Posner) sobre justificação das decisões judiciais. Nessa esteira, uma objeção mais elaborada diria que, em alguns casos, é difícil dizer se o argumento utilizado pelos Ministros é ou não compatível com o argumento das capacidades institucionais. Por exemplo: um argumento para justificar uma postura judicial interventiva pontual

com o objetivo apenas de capacitar uma instituição para que futuramente tome esse tipo de decisão, por se acreditar que essa estratégia terá os melhores efeitos sistêmicos, é compatível com o argumento das capacidades institucionais?¹⁰⁴ É uma questão difícil, mas não é relevante tentar respondê-la neste artigo porque não nos deparamos com casos do tipo. Além disso, *“se a premissa é a de que o argumento seja útil como mecanismo para criticar e orientar inclusive a tomada de decisões judiciais, parece ser inadmissível que um agente institucional (um juiz, por exemplo) tente fundamentar as suas escolhas agindo expressamente contra a lei apenas com base na afirmação de que ‘seria melhor se o Judiciário lidasse com tal questão’”*.¹⁰⁵

Em terceiro lugar, e relacionado a esse segundo ponto, é possível criticar o fato de que o argumento das capacidades institucionais já estaria chegando aos Ministros de forma distorcida. Isto é: na verdade, eles não estariam aplicando mal um argumento, mas aplicando leituras equivocadas desse argumento feita por autores intermediários. É possível que isso seja verdade. No entanto, caso seja, isso não desmereceria os resultados da pesquisa. Pelo contrário, se propostas sobre como os juízes devem decidir passam por filtros doutrinários que distorcem o argumento levam a sua aplicação inadequada, é possível afirmar que isso é apenas mais uma limitação a um argumento, especialmente de um argumento complexo como o das capacidades institucionais. Ainda assim, é de se notar que nossa pesquisa encontrou diversas referências às obras de Adrian Vermeule e de Cass Sunstein, conforme revela o estudo dos trechos reproduzidos nos Anexos.

Por fim, é preciso notar que a plataforma de referências do projeto Supremo em Números apresenta algumas limitações. Ao longo da pesquisa, identificou-se que o sistema de reconhecimento óptico de caracteres (OCR, na sigla em inglês), que é responsável por ampliar o escopo da pesquisa em relação ao sistema de busca de jurisprudência do *site* do STF, traz alguns problemas. Verificou-se que algumas palavras se encontravam divididas por espaços ou que alguns caracteres estavam trocados. No entanto, esses problemas, apesar de potencialmente limitarem o universo de casos encontrados, não parecem limitar as conclusões da pesquisa, porque não a enviesaram: toda e qualquer pesquisa feita na base pode apresentar problemas semelhantes.

¹⁰⁴ Note que essa questão não é igual àquela, baseada na obra de John Hart Ely, de que o Judiciário deveria intervir no Legislativo quando necessário para assegurar as “regras do jogo” democrático. Neste caso, o argumento não é estruturado da forma proposta por Sunstein e Vermeule porque ignora a comparação sistêmica com as capacidades do Judiciário para tanto. O problema aqui é outro: trata-se de saber se argumentos que levam em conta todas as variáveis institucionais relevantes e avaliam efeitos sistêmicos, propondo intervenções “capacitadoras”, são compatíveis com o argumento das capacidades institucionais.

¹⁰⁵ ARGUELHES e LEAL (2011, p. 25, nota de rodapé nº 30).

4.2 RESULTADOS

De forma geral, é possível afirmar que em nenhum dos casos estudados (v. Anexos I e II) foi possível observar qualquer tipo de referência ao funcionamento fático das instituições. Em geral, o uso das expressões “capacidades institucionais” e “capacidade institucional” ocorre, nos casos pesquisados, sem desenvolvimento do que isso significa ou de quais são os elementos analisados para se chegar a juízos sobre as capacidades de cada instituição. Nos poucos casos em que há algum tipo de desenvolvimento do argumento, conforme detalhado abaixo, isso é feito de forma incompleta e assimétrica. Ademais, o recurso às expressões pesquisadas nem sempre significa, na nossa amostra, o uso do argumento tal qual proposto por Sunstein e Vermeule: ainda que esses autores sejam muito referenciados, é possível ver as expressões utilizadas para sustentar posturas diretamente criticadas por eles. A pesquisa resultou, em resumo, nas seguintes conclusões:

- a) Não há, no universo de casos analisados, qualquer menção a elementos fáticos sobre o funcionamento das instituições;
- b) São pouquíssimos os casos que de fato verificam elementos institucionais que potencialmente capacitariam certas instituições;¹⁰⁶ porém, quando o fazem, tal análise é assimétrica e incompleta, porque não analisa se essas normas capacitadoras são de fato seguidas ou se têm o efeito esperado; por exemplo, no RE 848.826, as normas habilitadoras do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará foram expostas, mas sem qualquer análise fática do funcionamento dessa entidade, e sem que se analisasse os benefícios de se dar a prerrogativa da decisão à Câmara de Vereadores;
- c) Nos votos que chegaram a esboçar uma tentativa de comparação entre as instituições,¹⁰⁷ foram utilizadas comparações assimétricas e com juízos intuitivos sobre o funcionamento das instituições; em alguns casos, há menção a normas de competência, com utilização redundante do argumento das capacidades institucionais, como no caso da extradição de Cesare Battisti (Pet-AV em Ext nº 1.085/2011);
- d) Quanto às decisões sobre quais instituições deveriam dar respostas aos problemas enfrentados, nota-se que, nos casos pesquisados, não é possível dizer, *a priori*, que o

¹⁰⁶ Os únicos casos que de fato discorreram sobre normas habilitadoras foram: Pet-AV em Ext nº 1.085, ADPF 309-MC e RE 848.826.

¹⁰⁷ Todos os casos que o fizeram estão discutidos nos subitens abaixo.

argumento das capacidades institucionais serviu para justificar mais ou menos deferência às decisões tomadas pelos administradores ou pelos legisladores. Entretanto, foi possível notar que, quando o argumento foi utilizado de forma baseada naquela proposta por Sunstein e Vermeule, ainda que assimétrica ou incompletamente – *i.e.*, tentativa de comparações sobre posturas decisórias e os efeitos globais da escolha institucional – houve *maior deferência* às decisões das agências administrativas, nos casos que envolviam essas instituições. Quanto às decisões que envolviam leis e atos do Legislativo, não foi possível encontrar relações tendenciais claras. Ocorre que, em muitos casos, falou-se de capacidades institucionais para justificar posturas muito diferentes, como na ADC nº 33, caso em que se defendeu intervenções judiciais para sanar falhas deliberativas do Legislativo, na linha de John Hart Ely, sem considerações sobre as capacidades do Judiciário para tanto, fato que dificultou a análise das tendências dos Ministros no uso da expressão e reforça a conclusão de que “capacidades institucionais” se tornou um rótulo capaz de ser utilizado para sustentar qualquer posição. Os casos que trazem tais confusões conceituais são discutidos com mais detalhes nos subitens abaixo;

- e) Em alguns dos casos analisados, as expressões pesquisadas foram utilizadas para designar estruturas argumentativas opostas ao argumento proposto por Sunstein e Vermeule;¹⁰⁸ por vezes, os Ministros citavam as capacidades institucionais como elemento justificador de atribuições *ideais* de competências, como fez o Ministro Barroso no RE nº 723.651.

Todas essas conclusões são baseadas na análise detida dos casos encontrados. Com o intuito de exemplificar os problemas, alguns casos serão discutidos a seguir, com base nas variáveis procuradas e nas conclusões dos capítulos anteriores sobre o que significa argumentar com base em capacidades institucionais e quais são os problemas de operacionalização comuns. Para facilitar a exposição e a análise feita neste capítulo, optou-se por segregar os casos em grupos, com base no critério de qual a instituição (ou as instituições) que foram comparadas ao STF como aptas a dar uma resposta ao problema jurídico enfrentado. Os casos que não serão analisados nos subitens a seguir são aqueles que (i) não chegaram a desenvolver o argumento de forma alguma, apenas citando as expressões buscadas. Isso os torna importantes para os resultados da pesquisa, mas não

¹⁰⁸ Isso fica claro nos seguintes casos: MS nº 33.340, ADC nº 33, RE nº 723.651 e na menção do Min. Fux à proporcionalidade na ADC nº 309-MC.

justifica a análise detida. Além desses casos, (ii) alguns simplesmente citaram votos já analisados aqui ou se limitaram a reproduzir os votos de outros casos, e também não serão analisados tão detidamente no corpo do texto. De todo modo, é possível verificar todos os casos que embasaram as conclusões da pesquisa, bem como os trechos que citam as expressões pesquisadas e desenvolvem algum tipo de argumento conexo, nos Anexos I e II.

4.2.1 *Deferência e agências administrativas*

Quando o argumento das capacidades institucionais é usado em análises que envolvam a possibilidade de revisão judicial de decisões tomadas por entidades administrativas, sejam aquelas integrantes da administração direta ou da indireta, os casos mostram que as capacidades institucionais são utilizadas como um recurso argumentativo para, em geral, justificar a deferência às decisões tomadas por essas entidades, mas também, em certos casos, justificar maior intervenção judicial. Não há, nos casos encontrados, elaboração das circunstâncias reais que levam à conclusão de que a deferência é a estratégia que produz os melhores efeitos sistêmicos. Além disso, em nenhum caso encontrado há qualquer referência às eventuais limitações das agências administrativas. Traça-se uma visão idealizada do Executivo, que seria capaz de fazer juízos complexos sobre matérias técnicas, e uma visão de que o Judiciário não é *nem poderia ser* capaz de dar a resposta a esse tipo de questão.

Dos casos em que essa questão foi discutida, o que mais aprofundou a discussão sobre as capacidades das instituições que poderiam dar uma resposta ao problema, mais assemelhando-se, assim, à proposta metodológica de Sunstein e Vermeule, foi o da ADPF nº 309-MC. Os Ministros depararam-se com o seguinte problema: uma portaria do Ministério das Comunicações fora editada para prever um cronograma, que deveria ser seguido pelas emissoras de televisão, para a implantação de audiodescrição¹⁰⁹ em suas programações. Após constatar a inviabilidade técnica de cumprimento do cronograma, o Ministério editou nova portaria, alterando a anterior e concedendo maior prazo às emissoras. Essa nova portaria foi questionada judicialmente, e foi finalmente julgada inconstitucional pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o que acarretou na edição de

¹⁰⁹ Trata-se da “*narração, em língua portuguesa, integrada ao som original da obra audiovisual, contendo descrição de sons e elementos visuais e quaisquer informações adicionais que sejam relevantes para possibilitar a melhor compreensão desta por pessoas com deficiência visual e intelectual*” (p. 4 do inteiro teor do acórdão da ADPF-MC nº 309).

uma terceira portaria que trouxe de volta o cronograma original. Ao enfrentar o problema, o Ministro relator Marco Aurélio Mello assim consignou:

A matéria envolve dificuldades empíricas e técnicas que exigem conhecimentos e informações específicas indispensáveis a chegar-se a prognósticos adequados. Dentro desse enfoque, a Portaria revela-se providência adotada por órgão revestido de capacidade cognitiva para investigar as condições materiais e de tempo imprescindíveis à implantação da medida de acessibilidade e definir o procedimento pertinente. Sob uma óptica realista, o Ministério das Comunicações está habilitado, diante do quadro de pessoal que possui e da função constitucional que desempenha, a tomar decisões complexas como a ora examinada, considerados aspectos essencialmente técnicos, diagnósticos tematicamente particularizados e necessidade de amplo domínio sobre as limitações fáticas e as perspectivas operacionais dos destinatários da política pública em jogo.

As múltiplas variáveis que motivaram a edição da Portaria não são imunes ao crivo judicial (...). No entanto, a complexidade requer cautela por parte dos magistrados e maior deferência às soluções encontradas pelos órgãos especialistas na área. Eis o que fiz ver, na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.937/SP, de minha relatoria, ao mencionar a capacidade institucional do legislador, entendimento inteiramente aplicável ao caso concreto no tocante ao Executivo: (...) Ressaltada a capacidade decisória do Ministério das Comunicações ante a conjuntura de incertezas, é possível assentar, em juízo de cognição inicial, que o afastamento das razões do órgãos do Executivo, lançadas na Portaria no 188, pode corresponder a imposições impossíveis de serem realizadas e à usurpação de competência do agente constitucionalmente legitimado para resolver questões dessa natureza, resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal, a eficiência administrativa e a “razoabilidade como congruência” considerado o dever de harmonia “das normas com suas condições externas de aplicação.”

Nota-se no voto do Ministro Marco Aurélio uma nítida preocupação em explicar por que as capacidades institucionais do Ministério das Comunicações qualificam esse órgão para dar a resposta ao problema. A expressão “capacidade institucional”, no caso, vem acompanhada de um argumento elaborado da forma como se esperaria – isto é, ao menos a princípio não se pode classificar o uso da expressão, aqui, como meramente retórico. Todavia, não há qualquer esboço de análise da capacidade de o STF dar uma resposta a esse problema, mas apenas uma constatação, pelo Min. Marco Aurélio em debate com o Min. Luiz Fux, de que “*após a aposentadoria como juiz, não serei consultor no setor!* [de radiodifusão]”. Ademais, em nenhum momento do acórdão fica claro por que razão o Ministério das Comunicações estaria

“habilitado, diante do quadro de pessoal que possui e da função constitucional que desempenha, a tomar decisões complexas como a ora examinada, considerados aspectos essencialmente técnicos, diagnósticos tematicamente particularizados e necessidade de amplo domínio sobre as limitações fáticas e as perspectivas operacionais dos destinatários da política pública em jogo”.

Qual é o quadro de pessoal e qual a sua especialização? Por que acreditar que as nomeações políticas dos cargos de chefia do Ministério não influenciariam a decisão de forma negativa, especialmente em vista da influência de políticos donos de emissoras de televisão, em comparação ao insulamento dos juízes?¹¹⁰ Por que as questões técnicas não poderiam ser esclarecidas em uma audiência pública no STF, que já decidiu causas que envolviam tecnicidades com recurso às audiências, como o financiamento de campanhas eleitorais e o aborto de fetos anencéfalos?¹¹¹ A questão envolve só matérias técnicas ou também de direitos dos deficientes, tema sobre o qual seria possível argumentar que o Supremo pode estar mais institucionalmente capacitado para decidir? Essas são apenas algumas das questões que permanecem sem resposta e poderiam, se levadas a sério, alterar completamente o resultado do julgamento, o que só evidencia a dificuldade de operacionalização do argumento das capacidades institucionais.¹¹² Mais ainda, tentar dar respostas a todas essas perguntas complexas seria impossível, ou inviabilizaria o exercício da atividade jurisdicional.

No mesmo caso, o Ministro Luiz Fux também notou, sobre as capacidades institucionais, que “*não se pretende um governo de juízes, até porque nos falta, dentre outras coisas, essa capacidade institucional que foi introduzida nesse debate sobre ativismo e judicialização das questões, dentre outros, pelo Professor Cass Sunstein, se não estou equivocado, de Harvard, e pelo Professor Adrian Vermeulle*” (sic). E concluiu que “*esse problema da ausência da capacidade institucional faz exatamente com que algumas decisões sejam completamente desproporcionais e irrazoáveis*”. Esta última frase mistura métodos de decisão que são, a princípio, incompatíveis – capacidades institucionais, de um lado, e proporcionalidade, de outro –, tornando o uso do argumento das capacidades institucionais ainda mais nebuloso. Dizer que uma decisão que não observa as capacidades institucionais é *desproporcional* torna a fundamentação da decisão extremamente vaga. Imagina-se que o Min. quis dizer que a não observância de capacidades

¹¹⁰ Em 2011, havia 56 parlamentares sócios ou com parentes no controle de emissoras de televisão. *Gazeta do povo, Lista mostra políticos donos de emissoras*, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/lista-mostra-politicos-donos-de-emissoras-5ax16d9lfv2odx3r0hced5cge>. Acesso em 02.11.2017.

¹¹¹ Respectivamente, ADI nº 4650 e ADPF nº 54.

¹¹² É interessante notar, também, que o Min. Marco Aurélio se refere, em seu voto, à decisão tomada na ADI nº 3.937, como se lá tivesse decidido com base em capacidades institucionais. Ocorre que, naquele caso, que *não* tratava do argumento das capacidades institucionais, o Min. bem asseverou que “*difícilmente há questão social que não envolva algum grau de incerteza cognitiva. Afirmar-se que o legislador não pode intervir em tais searas seria paralisar o Estado. Cabe à sociedade, portanto, por intermédio de seus representantes, adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza. Observem que não estou fazendo um juízo sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, mas relativamente à legitimação institucional para a tomada de decisão em contextos de incerteza*” (grifei).

institucionais gera *erros* evitáveis, mas isso não está de modo algum claro. Até porque, conforme Sunstein e Vermeule, erros, na construção do argumento de capacidades institucionais, só podem ser medidos a partir de um critério valorativo, e a regra de proporcionalidade com certeza não o é.

Um segundo caso interessante é o da extradição do italiano Cesare Battisti.¹¹³ Dessa vez, o Ministro Fux analisa as capacidades institucionais do Executivo para dar resposta ao problema, citando o corpo diplomático qualificado do Ministério das Relações Exteriores (MRE) que aconselha o Presidente e a experiência do presidente e do MRE em lidar com esses assuntos. Não fala nada específico sobre a falta de capacidade do Judiciário, e confunde desenho constitucional e legitimidade democrática com realidade fática das instituições: “*o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior*”. Além disso, o voto deixa claro que a decisão está fundamentada em um argumento sobre competências constitucionais, e o argumento das capacidades institucionais é usado apenas como um *reforço argumentativo* não fundamental para a solução da controvérsia.¹¹⁴ Em outro trecho, há uma mistura do argumento das capacidades institucionais com um argumento sobre discricionariedade administrativa decorrente de conceitos jurídicos indeterminados:

Conclui-se do exposto que, ainda que se entenda que o ato do Presidente da República é vinculado aos termos do Tratado de Extradição, apenas ele, como Chefe de Estado, dispõe de capacidade institucional para avaliar a existência dos requisitos autorizadores da não entrega, especialmente a expressão “atos de perseguição” – trata-se de ato político-administrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados. Nas palavras de Adrian Vermeule, ‘a revisão judicial da constitucionalidade de textos legais e os processos decisórios judiciais destinados à interpretação constitucional devem ser realizados à luz

¹¹³ Pet-AV em Ext nº 1.085/2011. Trata-se de petição de Cesare Battisti por meio da qual o italiano pede alvará de soltura ao STF, com base na decisão da Presidência de República de não o extraditar.

¹¹⁴ “*Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, o que é permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper no 28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>>, acesso em 27/05/2011) – o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior.*

Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão. Com efeito, é o Presidente da República que se encontra com Chefes de Estados estrangeiros, que tem experiência em planejar suas decisões com base na geografia política e que, portanto, tem maior capacidade para prever as consequências políticas das decisões do Brasil no plano internacional” (grifei).

das capacidades institucionais' (...) Não é da alçada do Judiciário envolver-se na política externa do país.

Isso mostra a dificuldade, na vida real, de utilizar um argumento que necessitaria estar informado por fatos, empiria e contexto. Juízes de carne e osso, como os Ministros do STF, enfrentam limitações, como de tempo, para analisar esses fatores. O resultado é que o argumento das capacidades institucionais, no caso, acabou se parecendo muito com um conceito do direito administrativo que nem sempre exige atenção a elementos empíricos e ao contexto, e por isso tem operacionalização mais simples no dia-a-dia decisional: a discricionariedade técnica.

Em outro caso que também recebeu muita atenção da mídia, e foi encontrado nessa pesquisa, é aquele em que o Supremo Tribunal Federal declarou que o sistema prisional brasileiro vive um “estado de coisas inconstitucional”, exigindo audiências de custódia em prazo máximo de 24 horas, liberação de valores do Fundo Penitenciário e ofícios para que União e estados encaminhem informações sobre o sistema prisional.¹¹⁵ Nesse caso, o Ministro relator Marco Aurélio afirma que não cumpre fazer uma análise comparativa e empírica das capacidades institucionais para lidar com a crise no sistema prisional, porque está muito claro que os Poderes eleitos não se abstiveram de exercerem suas capacidades, isto é, quedaram-se inertes. Para ele, isso justifica a atuação do Judiciário, sendo desnecessário haver maior discussão sobre as capacidades institucionais do STF para cumprir o papel de interventor.¹¹⁶ No entanto, reconhece a dificuldade

¹¹⁵ ADPF nº 347-MC.

¹¹⁶ “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 política pública 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. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las”.

que o STF teria de dar respostas específicas aos problemas, e limita-se a ressaltar o papel “catalisador” do Judiciário.

Sunstein e Vermeule provavelmente criticariam a proposta formulada nesse voto sob o argumento de que a análise do Min. Marco Aurélio ignora elementos sistêmicos fundamentais. Afinal, é falacioso assumir *a priori* que, porque os Poderes eleitos não tomaram todas as medidas necessárias para dirimir a crise no sistema prisional, haveria incapacidade de instituições, levando à conclusão de que “*a intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico*”. Ora, para que o raciocínio seja válido, é preciso considerar a possibilidade de que o Executivo e o Legislativo estariam inertes *justamente porque* o Judiciário assumiu uma postura interventiva – mais intervenção, portanto, poderia ter o efeito *feedback* de tornar os demais Poderes ainda mais inertes. Afinal, trata-se de uma questão nitidamente sem apelo eleitoral, sendo confortável para os parlamentares e gestores simplesmente relegá-la ao Judiciário, apenas investindo na melhoria das condições dos presídios em cumprimento a decisões judiciais. Logo, não necessariamente a conclusão do raciocínio, tomado dessa forma, deve ser por mais intervenção, e não menos. Esse tipo de variável sistêmica – ignorada no acórdão do estado de coisas institucional – é essencial no argumento desenvolvido pelos atores supracitados, e é parte fundamental da crítica que fazem à defesa de Posner ao não formalismo dos juízes norteamericanos descrita no item 2.1 deste artigo.

E a possibilidade de haver um efeito *feedback* ignorado fica demonstrada com ainda mais clareza ao se verificar que, em casos do controle difuso que dizem respeito a questões prisionais, há uma postura interventiva. No RE nº 592.581, que tratava da possibilidade de o Judiciário impor à Administração a obrigação de executar obras emergenciais em presídios, o Min. Barroso, apesar de notando que não acredita que “*o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo*”, vota no sentido de acompanhar o Ministro relator Ricardo Lewandowski no sentido de que a obrigação judicial de executar obras em presídios é possível. É interessante notar que o Min. Barroso usou considerações institucionais para temperar sua conclusão, que foi no sentido de que seria mais interessante que se realizasse uma intervenção de cunho procedimental, determinando-se que o Executivo apresente planos para sanar os problemas identificados. Porém, essas considerações vão de encontro à proposta de Sunstein e Vermeule sobre capacidades institucionais, na medida em que o Min. se refere a como

o Judiciário “*normalmente é preparado para fazer micro-justiça*” (grifei). Também utiliza a palavra “*ideal*” para descrever um sistema hipotético em que somente o Executivo resolvesse essas questões.¹¹⁷ Trata-se de linha de argumentação diametricamente oposta à ideia de capacidades institucionais para chegar a uma estratégia de decisão, pois esta perspectiva, como visto no item 2.1 deste artigo, é incompatível com idealizações e assume uma noção funcionalista da separação de poderes em que se pretende que todas as instituições objetivem fins estatais comuns, com uma alocação apenas contingente de poderes e competências.

Esses casos mostram que o argumento das capacidades institucionais, quando utilizado por juízes de carne e osso que se deparam com problemas reais de controle judicial da administração pública, vem sendo utilizado de forma incompatível com a metodologia proposta por Sunstein e Vermeule. Nos casos que envolvem algum tipo de matéria técnica, utilizou-se o argumento das capacidades institucionais para justificar a deferência, mas sem menção às circunstâncias fáticas nem a efeitos sistêmicos e com assimetria nas análises das capacidades de cada instituição. A expressão “capacidades institucionais”, nesses casos, poderia ser substituída por “discricionariedade técnica” sem grandes mudanças no sentido dos votos. Em dois casos que envolviam a intervenção judicial em competências administrativas relacionadas ao sistema prisional, o argumento das capacidades institucionais foi levando para ser afastado, como se o argumento tivesse um “lado” pré-definido, ou seja, fosse um argumento necessariamente vinculado

¹¹⁷ “E aqui eu chego à terceira e última fração do meu voto, que é a que considero mais importante, porque traz um componente para reflexão, embora não destoe da conclusão, nem da tese de Vossa Excelência. E aqui eu gostaria de dizer isso de uma forma bem explícita: eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias.

Presidente, diante dessa premissa, que considero relevante, e que diz respeito à separação dos Poderes e às capacidades institucionais de cada Poder, o Judiciário pode atuar quando haja inércia inconstitucional, quando haja omissão inconstitucional do Executivo, mas eu penso que, como regra geral – que excepciono neste caso para acompanhar Vossa Excelência –, a melhor intervenção do Judiciário, em situações como esta, é a seguinte: o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário – isso como regra geral e não no caso concreto, porque o caso concreto tem uma situação específica. Acho que essa é a forma adequada de convivência entre os Poderes e de um certo diálogo institucional, em que o Judiciário diz: *há uma inércia prolongada, a competência é sua, apresente um plano, e eu vou monitorar este plano*”; porque a ideia de, como regra geral, determinar-se a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais”.

à deferência. Além disso, as análises institucionais feitas nesses julgados ignoraram os efeitos sistêmicos, especialmente do tipo *feedback*, na proposta de maior intervenção judicial nesse tipo de caso.

Uma última observação é que, nos casos em que se desenvolveu argumentos de deferência, há ausência quase completa de verificação das limitações institucionais das agências administrativas. Pode-se dizer que esses casos denotam “*uma verdadeira presunção em razão do sujeito e de sua expertise em potencial*”,¹¹⁸ não demonstrada *in concreto*. A ausência de considerações empíricas sobre as situações das agências administrativas faz com que as análises das capacidades institucionais passem ao largo de considerações que poderiam ser extremamente relevantes, como o fato de que, em média, apenas 75% dos cargos nas agências reguladoras estão preenchidos (no caso da ANAC, apenas 60%), e a ANATEL, por exemplo, tem apenas 400 fiscais para regular um mercado composto por 271 milhões de acessos a telefonia móvel.¹¹⁹ Afirmarções como “*o Ministério das Comunicações está habilitado, diante do quadro de pessoal que possui e da função constitucional que desempenha, a tomar decisões complexas como a ora examinada*”,¹²⁰ diante desse quadro, dizem muito pouco.

E o fato de os Ministros não explorarem essas questões, repise-se, não é necessariamente algo que deva ser criticado por si só. É possível que a defesa da utilização do argumento das capacidades institucionais exija dos juízes mais do que se pode esperar deles, tendo em vista as diversas limitações cognitivas, epistêmicas e estruturais que envolvem a tomada de decisões no Judiciário.

4.2.2 Interpretação constitucional e decisões legislativas

O segundo grupo de casos é aquele em que o STF se viu diante de problemas de interpretação constitucional. Nesses casos, o argumento das capacidades institucionais seria

¹¹⁸ RIBEIRO, Leonardo Coelho. “Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial *a priori*: um mesmo rosto, atrás de um novo véu?”. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 22, ano 4, pp. 85-115. São Paulo: RT, jan/fev 2016, pp. 106-7. Quanto à conclusão do autor de que o argumento das capacidades institucionais para deferência “cega” a agências reguladoras está se tornando um mecanismo de gerar presunções sobre os atos administrativos, resgatando-se um argumento a muito tempo condenado na doutrina administrativista, nossa pesquisa revelou um uso suficientemente inconsistente do argumento para nos fazer questionar essa conclusão. Os problemas decorrentes do uso do argumento parecem se ligar mais à falta de transparência nos critérios e a seu uso retórico para justificar *qualquer* postura judicial.

¹¹⁹ RIBEIRO (2016, p. 108).

¹²⁰ ADPF nº 309-MC.

utilizado para decidir qual instituição – o Legislativo ou o Judiciário – deve dar a resposta à questão constitucional posta, em vista de análises contingentes, contextuais e empíricas comparativas e sistêmicas sobre os resultados de cada alocação possível – que se refletiria na adoção de estratégias decisórias que poderiam levar a mais ou menos declarações de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, no julgamento conjunto das ADIs nº 4.350 e 4.627, nas quais se questionou as alterações na sistemática do pagamento do seguro DPVAT em face dos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, e dos arts. 196, 197 e 199 da Constituição, o Ministro Fux afirmou em seu voto condutor do acórdão que o Parlamento acolheu estudos econômicos e contábeis para chegar aos critérios do DPVAT, dando a entender que o Judiciário não seria capaz de analisar esses estudos devido à sua “capacidade institucional”.¹²¹ No entanto, não explicou por que razão o Judiciário não poderia fazê-lo, nem por que o Parlamento possuiria maior capacidade institucional para analisar esses dados do que o Judiciário e essa atribuição traria melhores resultados agregados. Não é óbvio que o Legislativo tenha maior capacidade para processar argumentos técnicos que o Judiciário, pois, além dos vieses individuais que incidem sobre os juízes discutidos no item 3.1 deste artigo, parlamentares ainda possuem relevantes problemas de ação coletiva. É claro que a existência de comissões temáticas e audiências públicas podem mitigar esses efeitos, mas o Judiciário também possui mecanismos semelhantes para o ajudar nas decisões que envolvam questões técnicas e não é possível fazer qualquer juízo apriorístico sobre o tema.

A confusão conceitual, que se verificou nas decisões que envolviam revisão judicial de decisões administrativas, também se verifica nos casos de interpretação jurídica. Em 2014, uma questão envolvendo uma resolução do TSE que teria alterado o número de representantes na Câmara dos Deputados e nas Assembleias Legislativas Estaduais, por critério de “arredondamento”, gerando a discussão se o comando da Lei Complementar nº 78/2013 estabeleceria uma delegação para o TSE, e se essa delegação seria constitucional com base no art.

¹²¹ “O valor da indenização é aferível mediante estudos econômicos e contábeis acolhidos pelo Parlamento, a razão pela qual a observância da capacidade institucional do Judiciário e a deferência ao Legislativo sob o pálio da Separação dos Poderes impõe o desejável judicial self-restraint”. Em outro trecho, o Min. conclui que: “Consectariamente, não são inconstitucionais as novas regras legais que modificaram os parâmetros para o pagamento do seguro DPVAT, abandonando a correlação com um determinado número de salários-mínimos e estipulando um valor certo em reais. Além de a regra legal antiga, que adotava o salário-mínimo como critério, ser de duvidosa constitucionalidade, não existe proibição legal ou de índole constitucional quanto à fixação da indenização em moeda corrente”.

45 da Lei Maior.¹²² A questão até poderia ser debatida com base em capacidades institucionais, em que, por exemplo as capacidades do Judiciário para interpretar a norma constitucional seriam comparadas às do TSE, analisando-se os efeitos sistêmicos das alternativas de posturas passíveis de serem adotadas pelo STF. Porém, ao mencionar as capacidades institucionais, assim se posicionou o Min. Roberto Barroso:

O que se acaba de dizer se justifica, ainda, por outra razão. Este é o segundo ponto a ser destacado: as presentes ações dizem respeito à funcionalidade do processo democrático. Quando se discutem os critérios de atualização das bancadas parlamentares, o que está em jogo, em última instância, é o poder das maiorias políticas de conservarem ou aprofundarem o seu próprio poder, impondo limites à influência das minorias. Essa circunstância exige uma atuação especialmente cuidadosa por parte do Poder Judiciário, encarregado de zelar para que o peso político de determinados atores não seja utilizado para fechar ou direcionar os canais de representação segundo as suas conveniências. Nesse universo, a Justiça Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal apresentam melhores capacidades institucionais do que o sistema político, autointeressado nos resultados a que se pode chegar. A definição do espaço que cada corrente ocupará no processo político não pode se submeter ao controle absoluto ou total das maiorias parlamentares de cada momento. Afirmar o contrário seria admitir que o grupo que hoje está no poder tivesse em suas mãos os meios de moldar a representação democrática, podendo, assim, impedir ou dificultar o acesso de outros atores, partidos ou ideologias.¹²³

Trata-se de um tipo de análise institucional parcial foi expressamente rejeitada pelos proponentes do argumento das capacidades institucionais, conforme se notou na revisão das críticas de Sunstein e Vermeule no item 2.1 deste artigo. Isso fica ainda mais claro pela leitura do voto do Min. Barroso feita pelo Min. Luiz Fux, para quem Barroso está “*certamente calcado nas lições de John Hart Ely, no sentido de que talvez essas crises políticas, com relação ao sistema político,*

¹²² Tratou-se de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC; nº 33) visando declarar a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 424/2013, que sustou os efeitos da Resolução nº 23.389/2013 do TSE. Sustentou-se que o referido Decreto Legislativo foi editado por entender que o TSE, ao alterar o número de representantes na Câmara dos Deputados e nas Assembleias Legislativas Estaduais, por critério de “arredondamento”, extrapolou a delegação concedida pela Lei Complementar nº 78/2013. Outra discussão dizia respeito ao critério estabelecido na Lei Complementar sobre o número de deputados e a quem ele se dirigiria. Concluiu-se que não era uma delegação ao TSE. A Constituição determina que lei complementar trará o número total de deputados, mas a lei fala em “número máximo”, que foi definido pelo TSE. A ação foi julgada improcedente por unanimidade: “5. *Impossibilidade de alterar-se os termos de lei complementar, no caso, a LC 78/1993, pela via do decreto legislativo.* 6. *Ausência de previsão constitucional para a edição de decretos legislativos que visem a sustar atos emanados do Poder Judiciário. Violação à separação dos poderes.* 7. *O DL 424/2013 foi editado no mês de dezembro de 2013, portanto, há menos de 1 (um) ano das eleições gerais de 2014. Violação ao princípio da anterioridade eleitoral, nos termos do art. 16 da CF/88*”. Por conexão, seis outras ações foram julgadas em conjunto, com os mesmos fundamentos: as ADIs nº 4947, 5963, 4965, 5020, 5028 e 5030.

¹²³ P. 41 do inteiro teor do acórdão da ADC nº 33 (grifei).

realmente o Legislativo não seja o melhor centro de debates para essas questões”.¹²⁴ A expressão “capacidades institucionais” acabou sendo utilizada para justificar mais intervenção, ainda que tenha sido aplicada para falar de outra teoria.

Há vários casos que envolvem a aplicação redundante e retórica da expressão “capacidades institucionais”. Desde casos como aquele em que se discutiu a inconstitucionalidade das expressões “pederastia” e “homossexual ou não” na vedação à prática de atos libidinosos no Código Penal Militar¹²⁵ até casos em que se discutiu a possibilidade de o Judiciário intervir na definição do índice de correção monetária das dívidas judiciais.¹²⁶ Neste último caso, aliás, o recurso às capacidades institucionais para justificar a não análise de questões técnicas pelo Judiciário – que não seria, na visão do Min. Luiz Fux, capacitado para definir qual é o índice idôneo – mostra-se especialmente interessante, porque, ao decidir com base na regra da proporcionalidade (tendo-se parado na *adequação*), o Min. enumera e analisa diversos dados empíricos para justificar a adequação.¹²⁷

¹²⁴ “*Por outro lado, Senhor Presidente, eu também, de uma certa forma, tenho muita simpatia por essa posição jusfilosófica do Ministro Barroso, certamente calcado nas lições de John Hart Ely, no sentido de que talvez essas crises políticas, com relação ao sistema político, realmente o Legislativo não seja o melhor centro de debates para essas questões, porque, evidentemente, eles nunca irão propor algo que seja prejudicial a eles, e, várias vezes aqui nós - digamos assim -, nós preconizamos esse ensinamento, muito embora os juízes não sejam eleitos, mas talvez aqui no Supremo seja uma sede mais própria para esse debate*” (p. 75 do inteiro teor do acórdão na ADC nº 33).

¹²⁵ Na ADPF nº 291, impugnou-se a criminalização de atos libidinosos no Código Penal Militar (CPM). Decidiu-se que as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” do art. 235 do CPM são inconstitucionais, dando provimento ao pedido subsidiário. Barroso votou pela procedência do pedido principal com base na intervenção mínima do direito penal, mas depois que a maioria foi formada para dar provimento apenas ao pedido subsidiário, reajustou o voto e manteve a relatoria. O argumento das capacidades institucionais aparece em uma citação da obra de Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, que propõe “*parâmetros para a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade das leis (p. 460-463), e todos eles reforçam a conclusão de que o art. 235 do CPM é inconstitucional: (i) o grau de legitimidade democrática do diploma é nulo, haja vista as circunstâncias de sua edição, já analisadas acima; (ii) as condições de funcionamento da democracia são comprometidas pela norma, já que ela reduz as possibilidades de participação plural nas Forças Armadas; (iii) a proteção de minorias estigmatizadas não é favorecida pelo dispositivo, pelo contrário: ele aprofunda a discriminação e a estigmatização de homossexuais, como se eles fossem incapazes de exercer a atividade militar, o que não tem qualquer comprovação empírica; (iv) quanto à relevância do direito material em jogo, a orientação sexual liga-se à liberdade existencial do indivíduo, não se podendo exigir a modificação de um aspecto central de sua personalidade como condição para acesso ou permanência nas Forças Armadas, sob pena de violação à sua dignidade; (v) o Poder Judiciário não tem déficit de capacidade institucional em relação aos outros Poderes para se pronunciar sobre o tema, pois ele não demanda expertise técnica; e (vi) a época da edição do ato impugnado também não o favorece, uma vez que foi editado em contexto não democrático e reflete uma concepção de mundo ultrapassada*” (grifei). A citação feita aos autores trata o termo “capacidades institucionais” como um argumento que sempre levaria à deferência a qualquer questão que envolva matéria técnica, sendo apenas mais conceito vago – entre tantos – utilizado para a tomada de posição.

¹²⁶ Na ADI nº 4.400, diversos dispositivos que tratavam de precatórios, introduzidos na Constituição pela EC nº 62, em especial a correção monetária pela taxa de referência da poupança. Decidiu-se que essa correção é inconstitucional por inadequação.

¹²⁷ O argumento foi usado em discussão sobre a possibilidade de utilização da taxa de referência (TR) da poupança para fazer atualização monetária dos precatórios. Fux entendeu que isso era inconstitucional, mas que não se trata de definir judicialmente qual é a taxa correta, pois o Judiciário não teria capacidade institucional para tanto (o Legislativo teria?), mas sim porque a TR seria inadequada para o fim pretendido (correção de acordo com a inflação).

Além disso, ao declarar inconstitucional um índice, deixa-se para o futuro a questão de qual índice deverá suplantá-lo enquanto o legislado não decidir de novo – um tipo de interpretação analógica que também exigirá algum grau de análise empírica.

Ainda no contexto de utilizações redundantes e retóricas da expressão, cite-se o RE nº 723.651. Nesse caso, que discutia a possibilidade de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sobre importação de bens para uso próprio, o Min. Roberto Barroso assinalou que “*o que me parece fundamental é uma questão de capacidade institucional: quem é que tem a competência para fazer a seleção desse tributo seletivo? Acho que, em linha de princípio, é o Chefe do Executivo e o Congresso Nacional*”. Segundo o Min., há problemas “*típicos do dia a dia da condução da política tributária, que não cabe ao Poder Judiciário e deve ser desenvolvida na arena própria, por quem tem voto e capacidade institucional adequada para isso*”. Assim como os casos vistos até aqui têm evidenciado, esse trecho mostra (i) uma confusão conceitual baseada na mistura dos conceitos de competência e capacidade institucional, levando a elaboração de um argumento redundante, (ii) uma utilização da expressão acompanhada de raciocínios incompatíveis com a proposta de Sunstein e Vermeule, como quando afirma que quem deve dar uma resposta ao problema são o Chefe do Executivo e o Congresso Nacional *em linha de princípio*, e (iii) uma ausência completa de verificação das circunstâncias fáticas que embasariam um argumento de capacidades institucionais.

Há vários outros casos em que os mesmos problemas se repetem, e podem ser verificados no Anexos I e II. A utilização do argumento das capacidades institucionais na interpretação constitucional, portanto, também é feita de forma vaga e retórica, dificultando a análise de quais circunstâncias os Ministros realmente julgaram relevantes. A maioria dos casos encontrados envolvia interpretação de normas legais e a discussão sobre a possibilidade de realizar interpretações inovadoras com fundamento em normas constitucionais. Nesses casos, o uso das capacidades institucionais se mostrou retórico, e a estrutura argumentativa que se espera de um

Interessantemente, o Min. fez uma análise de dados públicos para chegar a essa conclusão: “*Corrobora essa conclusão reportagem esclarecedora veiculada em 21 de janeiro de 2013 pelo jornal especializado Valor Econômico. Na matéria intitulada “Cuidado com a inflação”, o periódico aponta que “o rendimento da poupança perdeu para a inflação oficial, medida pelo IPCA, mês a mês desde setembro” de 2012. E ilustra: “Quem investiu R\$1mil na caderneta em 31 de junho [de 2012], fechou o ano com poder de compra equivalente a R\$996,40. Ganham da inflação apenas os depósitos feitos na caderneta antes de 4 de maio, com retorno de 6%. Para os outros, vale a nova regra, definida no ano passado, de rendimento equivalente a 70% da meta para a Selic, ou seja, de 5,075%”. Em suma: há manifesta discrepância entre o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança e o fenômeno inflacionário, de modo que o primeiro não se presta a capturar o segundo. O meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é, portanto, inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período)*”.

intérprete que utiliza o argumento não foi esboçada em muitos deles. Pode-se dizer que o recurso à expressão “capacidades institucionais” foi utilizado como um *topos* nos casos que envolviam a discussão sobre autocontenção judicial diante das normas proferidas pelos representantes eleitos. Apesar de ser possível observar uma tendência de os Ministros utilizarem o argumento das capacidades institucionais para se referir à necessidade de deferência ao texto legal e às decisões tomadas pelos legisladores de maneira geral, pode-se notar uma inconsistência no uso do argumento, visto que ora se afirma que se deve ser deferente às capacidades do legislador (não só políticas, mas também – no caso da ADI nº 4.400 – técnicas), ora que o Legislativo sofre com problemas de captura e de ação coletiva que exigem interpretação mais extensiva. Isso pode ser explicado por uma confusão de conceitos e pela utilização de teorias interpretativas incompatíveis com o argumento das capacidades institucionais, como de Jeremy Waldron e de John Hart Ely.¹²⁸

4.2.3 Casos envolvendo outras instituições

Há casos que não se enquadram em nenhum dos grupos acima, porque não envolvem dúvidas a serem resolvidas por meio da alocação de poder de decisão entre STF e agências administrativas e STF e o Congresso Nacional.

Desses casos, aquele em que o argumento das capacidades institucionais foi mais desenvolvido foi o RE 848.826. Neste caso, o recorrente, ex-prefeito que fora julgado inelegível pelo Tribunal Regional Eleitoral do Ceará (TRE-CE) por ter sido condenado pelo Tribunal de Contas dos Municípios (TCM) daquele estado por sua gestão na Prefeitura, afirmava que o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará (TCM-CE) seria incompetente para apreciar as contas dos prefeitos municipais. A maioria decidiu pelo provimento do recurso, sob o argumento de que as Câmaras Municipais são os entes competentes e constitucionalmente legitimados, à luz dos *checks and balances*, para o julgamento das contas dos governos municipais.

O Ministro Luiz Fux divergiu, sendo o argumento das capacidades institucionais um dos principais em seu voto vencido. Para ele, “*o argumento das capacidades institucionais encerra um princípio informativo da atuação do magistrado eleitoral, segundo o qual deve reconhecer suas limitações cognitivas para adentrar no mérito de determinadas matérias que demandem alguma expertise, bem como analisar os possíveis efeitos sistêmicos de seus pronunciamentos, ancorado*

¹²⁸ Sobre as críticas de Sunstein e Vermeule às teorias desses autores, v. item 2.1 deste artigo.

na doutrina de Cass Sunstein”, consubstanciando-se um “vetor interpretativo” em casos de dúvida sobre o sentido das normas constitucionais.¹²⁹ Com base nisso, o Ministro realizou a seguinte análise:

Aplicando o argumento das capacidades institucionais ao caso vertente, tem-se que as Cortes de Contas possuem maior expertise e know-how para apreciar as contas pontuais de gestão, quando cotejada com as Câmaras Municipais. Em primeiro lugar, os requisitos quanto à *investidura* dos respectivos membros denunciam a falta, por parte do Legislativo local, da envergadura constitucional para apreciar e julgar temas tão complexos e sensíveis. De um lado, a Carta de 1988 exige, como pré-condição à assunção no cargo, que os postulantes a Conselheiros dos Tribunais de Contas possuam (i) mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, (ii) idoneidade moral e reputação ilibada, (iii) notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, (iv) mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos nos ramos do Direito, da Economia, da Contabilidade e da Administração. Além disso, esses critérios são aferidos por processo complexo de escolha, envolvendo os Poderes Executivo e o Legislativo. Percebe-se, com meridiana clareza que o constituinte exigiu que os Conselheiros fossem cidadãos dotados de experiência profissional e notórios conhecimentos especializados acerca dos temas sobre os quais se debruçarão no exercício de seu mister.

Por outro lado, essa preocupação não se verifica para o preenchimento das vagas no Legislativo local. Por imperativos democráticos, preenchidas as condições de elegibilidade, encartadas na Constituição e na legislação ordinária, qualquer cidadão poderá ocupar a cadeira na vereança, desde que eleito no escrutínio das urnas. Isso significa que, ao menos em tese, todos os vereadores podem possuir, inclusive, 18 (dezoito) anos de idade, circunstância que evidencia a ausência de *expertise* e de experiência desses agentes políticos para proceder ao exame da legalidade e da correição na gestão de recursos públicos.

Pois bem. O julgamento das contas de gestão envolve, como é sabido, a análise acerca da escoreita execução de despesas e contratos administrativos, das ordens de empenho, da observância às diretrizes contábeis, dentre outros aspectos, temas que reclamam, *a fortiori*, conhecimentos técnicos e especializados.

Ademais, ainda sob o ângulo das capacidades institucionais, não se pode olvidar, a propósito, que os Tribunais de Contas podem, constatadas irregularidades na prestação de contas de gestão, imputar débitos, com fulcro no art. 71, § 3º, da CRFB/88, providência que se revela proscria ao Legislativo local. Daí por que entendo que atribuir à Corte de Contas, e não à Câmara Municipal, a referida competência promove os incentivos corretos e os melhores resultados, imediatos e sistêmicos, em termos de probidade e moralidade da gestão dos recursos públicos, fortalecendo, por via de consequência, as instituições democráticas.

Assim como em outros casos vistos acima, o que se vê é uma enunciação das normas que tornariam determinadas instituições habilitadas e inabilitadas para cumprir suas funções. Trata-se de um argumento mais desenvolvido do que na maioria dos casos estudados, mas ainda incompleto, porque faltam elementos fáticos capazes de demonstrar essas capacidades e efeitos sistêmicos. Em um país em que cinco dos seis conselheiros do Tribunal de Contas de um de seus principais estados

¹²⁹ P. 111 do inteiro teor do acórdão no RE 848.826.

foram presos por cobrarem propina em troca de julgamentos favoráveis, é difícil acreditar que essas normas habilitadoras das Cortes de Contas locais tenham os efeitos pressupostos no voto do Ministro Fux.¹³⁰ Além disso, a avaliação proposta não leva em consideração, por exemplo, se os vereadores e conselheiros locais de fato estão incapacitados de análises do tipo, ou se a existência de comissões especializadas ou o auxílio do próprio Tribunal de Contas é suficiente para informá-los adequadamente.

Os outros casos que se inserem no grupo deste subitem não chegam a desenvolver um argumento de capacidades institucionais minimamente elaborado. Por exemplo, no AgRg em AI 400.336, que se tratava do julgamento de pedido de indenização por danos decorrentes do assassinato do irmão do agravante na chacina da Candelária, com base na responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro, a expressão apareceu na decisão no Ministro Joaquim Barbosa para justificar impossibilidade de novo exame de matéria fática, falando na capacidade institucionais de cada Corte – inferior e superior – de lidar com esse tipo de matéria.¹³¹ Trata-se de um exemplo de uso redundante do argumento, que se refere a uma figura há tempos já existente, e expressa na Súmula 279 do STF, sem qualquer elaboração. Já na ADI nº 5326-MC, em que se discute se processos envolvendo crianças que trabalham na televisão devem ser julgados pela Vara da Infância e da Juventude (Cível) ou pela Justiça do Trabalho, o Ministro Luiz Fux conferiu liminar considerando a questão de natureza cível, com recurso às normas constitucionais de competência aplicáveis. Ainda assim, afirmou, sem maiores explicações, que as Varas da Infância e da Juventude teriam maiores “capacidades institucionais” para lidar com a questão, *“ante o fato de ser dever fundamental “do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 227 da Carta da República)”*. A expressão, novamente, agrega indeterminação aos fundamentos da decisão.

¹³⁰ G1. “Presidente e 4 conselheiros do TCE do RJ são presos em operação”. Notícia de 29/03/2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/alvos-de-operacao-contrafraude-no-tribunal-de-contas-do-rj-sao-presos.ghtml>. Acesso em 16/11/2017.

¹³¹ “A ausência de suporte probatório, como sói acontecer, inviabiliza o exame pormenorizado da questão fática na esfera extraordinária, dada a insuficiente capacidade institucional desta Corte para examinar esse tipo de matéria”.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, buscou-se entender como o argumento das capacidades é operacionalizado por juízes de carne e osso. Partiu-se da hipótese de que as expressões “capacidades institucionais” e “capacidade institucional” teriam se tornado apenas rótulos vagos, utilizados de forma retórica na fundamentação das decisões judiciais. Esperava-se encontrar usos que não atendessem aos pressupostos metodológicos de Sunstein e Vermeule, da forma reconstruída neste trabalho – *i.e.*, ausência de coleta e discussão de elementos empíricos, falta de comparações institucionais ou realização de comparações assimétricas e idealizadas, com meras enunciações de normas e objetivos associados abstratamente a cada instituição, de forma descolada da realidade de desempenho institucional. Em outras palavras, a hipótese era de que a operacionalização do argumento das capacidades institucionais seria pautada pelo uso reiterado de *intuições e idealizações* sobre o funcionamento de instituições, *comparações assimétricas e dificuldades em manter consistência na aplicação das regras de decisão*. Além disso, esperava-se não encontrar análises de efeitos sistêmicos das abordagens decisórias possíveis, ou análises incompletas das consequências dessas abordagens.

Realizou-se uma revisão da literatura sobre capacidades institucionais, verificando-se que esse argumento tem a importante função de chamar a atenção dos teóricos e aplicadores do direito para as condições reais de implementação de propostas teóricas, em especial aquelas calcadas em conceitos vagos e aquelas que, apesar de pretensamente realistas e que desenvolvem análises institucionais, fazem-no de maneira incompleta. No entanto, também se viu que o argumento, ao ser aplicado por juízes reais, pode apresentar inúmeros problemas, decorrentes de limitações cognitivas e informacionais na utilização dos pressupostos do argumento. As propostas de diretrizes decisórias de Sunstein e Vermeule para lidar com incertezas, conforme se explicou, podem ter o condão de agravar tais incertezas na aplicação do direito ao fornecer ao intérprete apenas mais um conceito de utilização prática vaga e pouco transparente.

Os problemas de operacionalização do argumento das capacidades institucionais já tinham sido identificados pela literatura com base em exemplos de julgados,¹³² mas a verificação do diagnóstico ainda carecia de um teste empírico. Com base nisso, realizou-se uma pesquisa de casos no STF que tenham mencionado as expressões “capacidades institucionais” e “capacidade

¹³² ARGUELHES e LEAL (2011, 2016).

institucional”. Encontrou-se casos em que as expressões foram utilizadas de formas incompatíveis com os pressupostos do argumento. Mostrou-se que, de maneira geral, os Ministros que recorreram às capacidades institucionais o fizeram (i) de forma redundante, pois suscitam as capacidades institucionais para decidir com estruturas argumentativas próximas de conceitos como discricionariedade técnica, (ii) de forma absolutamente descolada de elementos fáticos para embasar juízos empíricos, (iii) com base em comparações assimétricas das capacidades das instituições que poderiam dar uma resposta ao problema em jogo, e (iv) com confusões conceituais, ficando pouco claro se estavam utilizando um argumento de capacidades institucionais ou argumentos baseados em concepções distintas, baseadas em idealizações e em preferências apriorísticas sobre qual instituição deve dar respostas a certos problemas. Somando-se a isso o fato de que não foi possível encontrar uma consistência clara no recurso à expressão, que foi utilizada para justificar tanto mais ou menos deferência às decisões das mesmas instituições, verifica-se que o argumento foi utilizado, ao menos nos casos analisados, como um rótulo capaz de justificar muitos tipos contraditórios de decisões e estruturas argumentativas.

Por isso, os resultados da pesquisa apontam para uma confirmação parcial da hipótese apresentada. Verificou-se que, de fato, a operacionalização do argumento torna as expressões buscadas rótulos vagos, capazes de justificar diferentes posturas de decisão e que não seguem os pressupostos básicos da proposta metodológica do argumento. O recurso às capacidades institucionais foi utilizado, no universo de casos encontrados, de forma não empiricamente informada, descontextualizada e sem análises minimamente estruturadas dos efeitos sistêmicos. Entre os resultados da pesquisa, salta aos olhos que *nenhum* caso fez menção ao funcionamento fático das instituições, limitando-se, *no máximo*, a enunciar normas potencialmente habilitadoras. Além disso, o rótulo foi utilizado para se referir a teorias opostas à proposta por Sunstein e Vermeule, como a de John Hart Ely, que justifica a intervenção judicial na correção de falhas da deliberação democrática, e foi explicitamente criticado por Sunstein e Vermeule por sofrer de *miopia institucional*.

Esses resultados podem ser consequência de no mínimo duas causas. Um primeiro problema possível capaz de justificar o uso do argumento das capacidades institucionais descrito neste trabalho é a simples recepção inapropriada de uma teoria complexa, que exige entendimento claro e aplicação consistente de seus pressupostos estruturais, metodológicos e epistêmicos. Não

seria a primeira teoria a ser recebida dessa forma no direito brasileiro.¹³³ Um segundo problema capaz de justificar esse resultado, que julgamos mais provável e foi amplamente debatido ao longo deste artigo, é a dificuldade de operacionalização *inerente* ao uso do argumento das capacidades institucionais. Esse problema, como se notou, é reconhecido, em parte, pelos próprios proponentes do argumento¹³⁴ e, como se discutiu no capítulo 3, em especial no item 3.3, é um problema *inevitável* seja qual for o critério adotado para fazer análises necessariamente empíricas, contextuais, comparativas e sistêmicas.¹³⁵

Como consequência, a utilização de um argumento proposto para orientar os juízes em meio à incerteza e, assim, controlá-la, pode ter o efeito contrário, *acrescentando* incerteza na solução de problemas jurídicos. Isso pode acontecer na utilização de teorias orientadoras de fundamentação judicial de forma alheia aos seus pressupostos. Como mostram os resultados da pesquisa, é isso que parece ocorrer com a operacionalização do argumento das capacidades institucionais, criado para orientar julgamentos “com os pés no chão”, mas que, na prática do STF, tornou-se apenas mais um rótulo vago, capaz de se tornar mais um reforço retórico para justificar decisões judiciais. Em síntese, há um grau de vagueza e idealização no emprego das expressões que lembra os argumentos que Sunstein e Vermeule afirmam que são feitos no *nirvana*. Fica mais claro que leitor hipotético do acórdão da ADI da “pílula do câncer” citado na introdução não teria mesmo como entender o significado dessa expressão.

¹³³ Para outro exemplo de recepção problemática, v. LEAL, Fernando. “O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil”. *Revista Direito GV*, vol. 10, nº 1, pp. 245-268, 2014.

¹³⁴ VERMEULE (2006, capítulo 6).

¹³⁵ No capítulo 3, notou-se que os problemas de operacionalização vão muito além daqueles reconhecidos por Vermeule em “*Judging under Uncertainty*”, e as soluções propostas pelo autor não parecem resolver todos os problemas associados às exigências epistêmicas do argumento. Ver, nesse sentido, SCHUARTZ (2009) e GRANDCHAMP (2008).

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce, “The new separation of powers”, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. “Dois problemas de operacionalização do argumento das ‘capacidades institucionais’”. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, 1, 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. “O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo”. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 5, 2, 2015.
- CHAPMAN, Gretchen B.; BORNSTEIN, Brian H. “The more you ask for, the more you get: Anchoring in personal injury verdicts”. *Applied Cognitive Psychology*, v. 10, n. 6, p. 519-540, 1996.
- CYRINO, André Rodrigues. “Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um *amicus curiae* regulatório”. *REDAE*, nº 20, 2010.
- Gazeta do povo, *Lista mostra políticos donos de emissoras*, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/lista-mostra-politicos-donos-de-emissoras-5ax16d9lfv2odx3r0hced5cge>. Acesso em 02.11.2017.
- GRANDCHAMP, Márcio. *The argument from Judging under Uncertainty*. Trabalho apresentado no Seminário de Pesquisadores da FGV DIREITO RIO em 03 de Setembro de 2008. Mimeografado.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. “Inside the judicial mind”. *Cornell L. Rev.*, vol. 86, p. 777, 2000.
- JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. “Como desestruturar uma agência reguladora em 3 passos simples”. *Jota*, 01/11/2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/como-desestruturar-uma-agencia-reguladora-em-3-passos-simples-01112016>. Acesso em 05/06/2017.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2016.

KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

LEAL, Fernando. “O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil”. *Revista Direito GV*, vol. 10, nº 1, pp. 245-268, 2014.

LEAL, Fernando. “Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação”. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, nº 3, 2016.

LEAL, Fernando. “Uma Jurisprudência que serve para tudo”. Disponível em: <http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em 20/10/2017.

POSNER, Richard. “Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation”. *Mich. L. Rev.*, vol. 101, nº 4, pp. 952-971, 2003.

POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RABIN, Matthew; SCHRAG, Joel. “First impressions matter: a model of confirmatory bias”. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 114, 1, pp. 37-82, fev. 1999.

RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. “Let's find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations”. *Journal of Investigative Psychology*, vol. 7, 3, pp. 231-146, out. 2010.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. “Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, pp. 85-121, 2013.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. “Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial *a priori*: um mesmo rosto, atrás de um novo véu?”. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 22, ano 4, pp. 85-115. São Paulo: RT, jan/fev 2016.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2016.

SCHAUER, Frederick. *Think Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2009.

SCHUARTZ, Luís Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 248, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, nº 708, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass; MARGALIT, Edna. "Second Order Decisions". *Ethics*, vol. 110, 5, 1999.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretations and Institutions". *Mich. L. Rev.*, nº 101, 2003.

SUNSTEIN, Cass. "Must Formalism Be Defended Empirically?". *University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper* nº. 70, 1999.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. "Availability: A heuristic for judging frequency and probability". *Cognitive Psychology*, vol. 5, 2, pp. 207-232, set. 1973.

TVERSKY, Amos; KAHNEMANN, Daniel. "Judgment under uncertainty: Heuristics and biases". *Science*, vol. 185, 4157, 1974.

VERMEULE, Adrian. "Interpretive Choice". *NYU L. Rev.*, vol. 75, 1, 2000.

VERMEULE, Adrian. "The Judiciary is a They, Not an It: Two Fallacies of Interpretive Theory". *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 49, 2003.

VERMEULE, Adrian. "Three strategies of interpretation". *San Diego L. Rev.*, vol. 42, 2005.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAMIR, Eyal; RITOV, Ilana. "Loss aversion, omission bias, and the burden of proof in civil litigation". *The Journal of Legal Studies*, v. 41, n. 1, p. 165-207, 2012.

ANEXO I – TABELA DE ACÓRDÃOS ENCONTRADOS

Caso	Ano	Resumo do caso	Relator	Voto(s) em que aparece a expressão	Trecho(s)
ADC 33	2014	ADC para declarar a constitucionalidade do Decreto Legislativo 424/2013, que sustou os efeitos da Res. 23.389/2013 do TSE. A Resolução foi mantida.	Gilmar Mendes	Roberto Barroso	"O que se acaba de dizer se justifica, ainda, por outra razão. Este é o segundo ponto a ser destacado: as presentes ações dizem respeito à funcionalidade do processo democrático. Quando se discutem os critérios de atualização das bancadas parlamentares, o que está em jogo, em última instância, é o poder das maiorias políticas de conservarem ou aprofundarem o seu próprio poder, impondo limites à influência das minorias. Essa circunstância exige uma atuação especialmente cuidadosa por parte do Poder Judiciário, encarregado de zelar para que o peso político de determinados atores não seja utilizado para fechar ou direcionar os canais de representação segundo as suas conveniências. Nesse universo, a Justiça Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal apresentam melhores capacidades institucionais do que o sistema político, autointeressado nos resultados a que se pode chegar. A definição do espaço que cada corrente ocupará no processo político não pode se submeter ao controle absoluto ou total das maiorias parlamentares de cada momento. Afirmar o contrário seria admitir que o grupo que hoje está no poder tivesse em suas mãos os meios de moldar a representação democrática, podendo, assim, impedir ou dificultar o acesso de outros atores, partidos ou ideologias."
ADI 4947 ADI 5963 ADI 4965 ADI 5020 ADI 5028	2014	Nas ADIs 4.947 e 5020, os requerentes pleiteiam seja declarada a inconstitucionalidade do art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei Complementar 78/1993. Por sua vez, as ADIs 5.020 e 5.028 impugnam a Resolução/TSE 28.389/2013, que alterou a representação dos Estados-membros na Câmara dos	Rosa Weber (p/ acórdão)	Roberto Barroso	Trata-se do mesmo problema do caso acima (ADC 33), e o Ministro Roberto Barroso utilizou o mesmo trecho.

ADI 5030		Deputados e em suas respectivas assembleias legislativas para a legislatura de 2015, com fulcro no art. 1º da LC 78/1993. Violações ao art. 45, § 1º da CF.			
ADI 4350	2014	Questionava-se as alterações na sistemática do pagamento do seguro DPVAT em face dos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, e dos arts. 196, 197 e 199 da Constituição.	Luiz Fux	Luiz Fux	<ul style="list-style-type: none"> "O valor da indenização é aferível mediante estudos econômicos e contábeis acolhidos pelo Parlamento, a razão pela qual a observância da capacidade institucional do Judiciário e a deferência ao Legislativo sob o pálio da Separação dos Poderes impõe o desejável judicial self-restraint." "Consectariamente, não são inconstitucionais as novas regras legais que modificaram os parâmetros para o pagamento do seguro DPVAT, abandonando a correlação com um determinado número de salários- mínimos e estipulando um valor certo em reais. Além de a regra legal antiga, que adotava o salário-mínimo como critério, ser de duvidosa constitucionalidade, não existe proibição legal ou de índole constitucional quanto à fixação da indenização em moeda corrente."
ADI 4627		O acórdão decidiu pela improcedência das ações diretas.			
ADI 4400	2013	Questionavam-se vários dispositivos sobre precatórios incluídos na EC nº 62. Foi julgada improcedente por falta de legitimidade ativa da autora (ANAMATRA).	Marco Aurélio (p/ acórdão)	Luiz Fux	"Destaco que nesse juízo não levo em conta qualquer consideração técnico-econômica que implique usurpação pelo Supremo Tribunal Federal de competência própria de órgãos especializados. Não se trata de definição judicial de índice de correção. Essa circunstância, já rechaçada pela jurisprudência da Casa, evidentemente transcenderia as capacidades institucionais do Poder Judiciário. Não obstante, a hipótese aqui é outra. Diz respeito à idoneidade lógica do índice fixado pelo constituinte reformador para capturar a inflação, e não do valor específico que deve assumir o índice para determinado período. Reitero: não se pode quantificar, em definitivo, um fenômeno essencialmente empírico antes mesmo da sua ocorrência. A inadequação do índice aqui é autoevidente."
RE 848.826	2016	O recorrente, julgado inelegível pelo TRE-CE por ter sido condenado pelo TCM-CE, afirma ser o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará (TCM-CE) incompetente para apreciar as contas dos Prefeitos Municipais.	Ricardo Lewandowski (p/ acórdão)	Luiz Fux	"Aqui, por oportuno, acredito que possa ser invocado o argumento das capacidades institucionais para justificar a adoção desse arranjo constitucional de competências. Consoante averbei, em sede doutrinária (FUX Luiz. Princípios Eleitorais. In.: NORONHA, João Otávio; PAE KIM, Richard. <i>Estudos em Homenagem ao Ministro Dias Toffoli</i> – prelo), o argumento das capacidades institucionais encerra um princípio informativo da atuação do magistrado eleitoral, segundo o qual deve reconhecer suas limitações cognitivas para adentrar no mérito de determinadas matérias que demandem alguma <i>expertise</i> , bem como analisar os possíveis efeitos sistêmicos de seus

					<p>pronunciamentos, ancorado na doutrina de Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. <i>Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Paper</i>, 2008, p. 1).</p> <p>Em outras palavras, a tese das capacidades institucionais pode – e deve – ser compreendida como um <i>vetor interpretativo</i> para subsidiar o aplicador sempre que existir <i>dúvida razoável</i> acerca da melhor exegese de uma dada disposição constitucional, precisamente a hipótese dos autos, em que se discute o sentido e o alcance dos arts. 31, § 2o; 71, I; e 75, todos da Carta Magna.</p> <p>Aplicando o argumento das capacidades institucionais ao caso vertente, tem-se que as Cortes de Contas possuem maior <i>expertise</i> e <i>know-how</i> para apreciar as contas pontuais de gestão, quando cotejada com as Câmaras Municipais. Em primeiro lugar, os requisitos quanto à investidura dos respectivos membros denunciam a falta, por parte do Legislativo local, da envergadura constitucional para apreciar e julgar temas tão complexos e sensíveis. De um lado, a Carta de 1988 exige, como pré-condição à assunção no cargo, que os postulantes a Conselheiros dos Tribunais de Contas possuam (i) mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, (ii) idoneidade moral e reputação ilibada, (iii) notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, (iv) mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos nos ramos do Direito, da Economia, da Contabilidade e da Administração. Além disso, esses critérios são aferidos por processo complexo de escolha, envolvendo os Poderes Executivo e o Legislativo. Percebe-se, com meridiana clareza que o constituinte exigiu que os Conselheiros fossem cidadãos dotados de experiência profissional e notórios conhecimentos especializados acerca dos temas sobre os quais se debruçarão no exercício de seu mister.</p> <p>Por outro lado, essa preocupação não se verifica para o preenchimento das vagas no Legislativo local. Por imperativos democráticos, preenchidas as condições de elegibilidade, encartadas na Constituição e na legislação ordinária, qualquer cidadão poderá ocupar a cadeira na vereança, desde que eleito no escrutínio das urnas. Isso significa que, ao menos em tese, todos os vereadores podem possuir, inclusive, 18 (dezoito) anos de idade, circunstância que evidencia a ausência de <i>expertise</i> e de experiência desses agentes políticos para proceder ao examine da legalidade e da correição na gestão de recursos públicos.</p> <p>Pois bem. O julgamento das contas de gestão envolve, como é sabido, a análise acerca da escorreita execução de despesas e contratos administrativos, das ordens de empenho, da observância às diretrizes contábeis, dentre outros aspectos, temas que reclamam, <i>a fortiori</i>, conhecimentos técnicos e especializados.</p> <p>Ademais, ainda sob o ângulo das capacidades institucionais, não se pode olvidar, a propósito, que os Tribunais de Contas podem, constatadas irregularidades na prestação de contas de gestão, imputar débitos, com fulcro no art. 71, § 3o, da CRFB/88, providência que se revela proscrita ao Legislativo local. Daí por que entendo que atribuir à Corte de Contas, e não à Câmara Municipal, a referida competência promove os incentivos corretos e os melhores resultados, imediatos e sistêmicos, em termos de probidade e moralidade da gestão dos recursos públicos, fortalecendo, por via de consequência, as instituições democráticas” (pp. 111/113).</p>
ADI 5105	2015	Foi aprovada EC que reduziavam prerrogativas para partidos recém-criados, como acesso a	Luiz Fux	Luiz Fux	<p>Citando Rodrigo Brandão: "Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis in your face), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos</p>

		tempo de TV e ao fundo partidário. Jurisprudência do STF já era contra esse tipo de medida. O Min Fux pautou seu voto condutor nos diálogos institucionais, deixando claro que até poderia haver mutação constitucional por EC contra o entendimento do STF, mas o Legislador teria um ônus argumentativo grande que, in casu, não foi observado. Além disso, Fux afirma que é dado ao Judiciário intervir para corrigir patologias que desvirtuem o sistema representativo e proteger interesses de grupos minoritários. Em termos práticos, Fux analisa a justificativa feita pelo Congresso para concluir que não houve apresentação de razões.			<p>novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional. Na lição irretocável de Rodrigo Brandão:</p> <p>“Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal com norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição.”(BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279).</p>
ADPF 291	2015	Impugnação da criminalização de atos libidinosos no Código Penal Militar. Decidiu-se que as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não" do art. 235 do CPM, dando provimento ao pedido subsidiário. Barroso votou pela procedência do pedido principal com base na intervenção mínima do direito penal, mas depois que a maioria foi formada para dar provimento apenas ao pedido subsidiário, reajustou o voto e manteve a relatoria.	Roberto Barroso	Roberto Barroso	<p>"56. Além disso, na obra acima, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento propõem parâmetros para a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade das leis (p. 460-463), e todos eles reforçam a conclusão de que o art. 235 do CPM é inconstitucional:</p> <p>"(i) o grau de legitimidade democrática do diploma é nulo, haja vista as circunstâncias de sua edição, já analisadas acima;</p> <p>(ii) as condições de funcionamento da democracia são comprometidas pela norma, já que ela reduz as possibilidades de participação plural nas Forças Armadas;</p> <p>(iii) a proteção de minorias estigmatizadas não é favorecida pelo dispositivo, pelo contrário: ele aprofunda a discriminação e a estigmatização de homossexuais, como se eles fossem incapazes de exercer a atividade militar, o que não tem qualquer comprovação empírica;</p> <p>(iv) quanto à relevância do direito material em jogo, a orientação sexual liga-se à liberdade existencial do indivíduo, não se podendo exigir a modificação de um aspecto central de sua personalidade como condição para acesso ou permanência nas Forças Armadas, sob pena de violação à sua dignidade;</p>

					<p>(v) o Poder Judiciário não tem déficit de capacidade institucional em relação aos outros Poderes para se pronunciar sobre o tema, pois ele não demanda expertise técnica; e</p> <p>(vi) a época da edição do ato impugnado também não o favorece, uma vez que foi editado em contexto não democrático e reflete uma concepção de mundo ultrapassada.""</p>
ADPF 309-MC	2014	Trata-se de ADPF para questionar Portaria do Ministério das Comunicações (332/A) que foi editada após decisão de Tribunal Regional no sentido de que a Portaria original, que prorrogava o prazo para implantação da Audiodescrição pelas emissoras, era inconstitucional (Portaria nº 188/2010). O cronograma original, traçado pela Portaria 310/2006, fora alterado após constatação da inviabilidade técnica do mesmo.	Marco Aurélio	Marco Aurélio	<ul style="list-style-type: none"> "A matéria envolve dificuldades empíricas e técnicas que exigem conhecimentos e informações específicas indispensáveis a chegar-se a prognósticos adequados. Dentro desse enfoque, a Portaria revela-se providência adotada por órgão revestido de capacidade cognitiva para investigar as condições materiais e de tempo imprescindíveis à implantação da medida de acessibilidade e definir o procedimento pertinente. Sob uma óptica realista, o Ministério das Comunicações está habilitado, diante do quadro de pessoal que possui e da função constitucional que desempenha, a tomar decisões complexas como a ora examinada, considerados aspectos essencialmente técnicos, diagnósticos tematicamente particularizados e necessidade de amplo domínio sobre as limitações fáticas e as perspectivas operacionais dos destinatários da política pública em jogo. <p>As múltiplas variáveis que motivaram a edição da Portaria não são imunes ao crivo judicial, (...). No entanto, a complexidade requer cautela por parte dos magistrados e maior deferência às soluções encontradas pelos órgãos especialistas na área. Eis o que fiz ver, na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.937/SP, de minha relatoria, ao mencionar a capacidade institucional do legislador, entendimento inteiramente aplicável ao caso concreto no tocante ao Executivo: (...) 'difícilmente há questão social que não envolva algum grau de incerteza cognitiva. Afirmar-se que o legislador não pode intervir em tais searas seria paralisar o Estado. Cabe à sociedade, portanto, por intermédio de seus representantes, adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza. Observem que não estou fazendo um juízo sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, mas relativamente à legitimação institucional para a tomada de decisão em contextos de incerteza.' Ressaltada a capacidade decisória do Ministério das Comunicações ante a conjuntura de incertezas, é possível assentar, em juízo de cognição inicial, que o afastamento das razões do órgão do Executivo, lançadas na Portaria no 188, pode corresponder a imposições impossíveis de serem realizadas e à usurpação de competência do agente constitucionalmente legitimado para resolver questões dessa natureza, resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal, a eficiência administrativa e a "razoabilidade como congruência" considerado o dever de harmonia "das normas com suas condições externas de aplicação".</p> <ul style="list-style-type: none"> "Digo a Vossa Excelência que, após a aposentadoria como juiz, não serei consultor no setor!"

				<p>Luiz Fux</p> <p>“Eu me refiro especificamente à questão das capacidades institucionais. Esse caso é um caso emblemático sob esse ângulo constitucional. Vossa Excelência sempre afirma que uma instância pode muito, mas não pode tudo, e isso se refere a todos os Poderes. Então, também não se pretende um governo de juízes, até porque nos falta, dentre outras coisas, essa capacidade institucional que foi introduzida nesse debate sobre ativismo e judicialização das questões, dentre outros, pelo Professor Cass Sunstein, se não estou equivocado, de Harvard, e pelo Professor Adrian Vermeulle.</p> <p>E exatamente essa questão da capacidade institucional faz com que o Ministro Marco Aurélio tenha evidenciado uma perplexidade: o que nós entendemos sobre isso? Evidentemente, que nós temos que fazer alguma análise jurídica. E, numa análise jurídica, prima facie, verifica-se, em primeiro lugar ... (...) O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Digo a Vossa Excelência que, após a aposentadoria como juiz, não serei consultor no setor!</p> <p>O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu também imaginei isso.</p> <p>Bom, mas, de toda sorte, Senhor Presidente, esse problema da ausência da capacidade institucional faz exatamente com que algumas decisões sejam completamente desproporcionais e irrazoáveis. E aqui é o que se revela. Quer dizer, é uma decisão, é uma norma secundária, que realmente reclama ADPF, mas que não passa nem pelo teste da proporcionalidade, nem pelo teste da eficiência e acaba, até mesmo, segundo anotações que eu fiz, violando a convenção sobre os direitos de pessoas com deficiência.”</p>
ADPF 347-MC	2015	Trata-se da ADPF na qual o Supremo reconheceu um "estado de coisas inconstitucional" no sistema prisional brasileiro, exigindo audiências de custódia em prazo máximo de 24 horas, liberação de valores do Fundo Penitenciário e ofícios para que União e estados encaminhem informações sobre o sistema prisional.	Marco Aurélio	<p>Marco Aurélio</p> <p>“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.</p> <p>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. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.</p> <p>Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros</p>

					<p>Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.</p> <p>Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las.”</p>
AgRg em AI 400.336	2011	2ª Turma. Trata-se do julgamento de pedido de indenização ao Estado do Rio de Janeiro por danos decorrentes do assassinato do irmão do agravante na chacina da Candelária, com base na responsabilidade civil do Estado.. Recurso não conhecido por envolver reexame de matéria fática.	Joaquim Barbosa	Joaquim Barbosa	<p>"A ausência de suporte probatório, como sói acontecer, inviabiliza o exame pormenorizado da questão fática na esfera extraordinária, dada a insuficiente capacidade institucional desta Corte para examinar esse tipo de matéria".</p>
Pet-Av na Ext. 1.085	2011	Trata-se de petição de Cesare Battisti por meio da qual o italiano pede alvará de soltura, com base na decisão da Presidência de República de não o extraditar.	Luiz Fux (p/ acórdão)	Luiz Fux	<p>“Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, o que é permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, No 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper no 28. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=320245>, acesso em 27/05/2011) – o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior.</p> <p>Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão. Com efeito, é o Presidente da República que se encontra com Chefes de Estados estrangeiros, que tem experiência em planejar suas decisões com base na geografia política e que, portanto, tem maior capacidade para prever as consequências políticas das decisões do Brasil no plano internacional.” Outro trecho: "Conclui-se do exposto que, ainda que se entenda que o ato do Presidente da República é vinculado aos termos do Tratado de</p>
RCL 11.243					<p>68</p>

					Extradicação, apenas ele, como Chefe de Estado, dispõe de capacidade institucional para avaliar a existência dos requisitos autorizadores da não entrega, especialmente a expressão “atos de perseguição” – trata-se de ato político-administrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados. Nas palavras de Adrian Vermeule, “a revisão judicial da constitucionalidade de textos legais e os processos decisórios judiciais destinados à interpretação constitucional devem ser realizados à luz das capacidades institucionais” (...) Não é da alçada do Judiciário envolver-se na política externa do país."
Ext 1.405	2015	Trata-se de caso de extradição do italiano Pasquale Scotti, que apenas cita trechos da ementa do acórdão da PET-AV na Ext 1085 como precedente.	Luiz Fux	Luiz Fux	Como razão de decidir, há apenas reprodução da ementa do acórdão da Pet-Av na Ext 1.085.
HC 123.108	2015	Trata-se de discussão sobre a aplicação do princípio da insignificância. O réu tentou furtar um par de sandálias. Houve longa discussão entre os Ministros sobre os contornos do princípio da insignificância, e certo consenso de que ele não pode ser usado para declarar a inconstitucionalidade in concreto de todo e qualquer crime de baixo potencial ofensivo. In casu, decidiram que a reincidência não necessariamente nega a insignificância.	Roberto Barroso	Luiz Fux	<p>"O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) – E tem mais uma outra coisa, se a resposta penal for uma sanção que não o encarceramento, mas que haja uma resposta penal, já será melhor.</p> <p>O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aí é que vou chegar. Se eu puder concluir, vou chegar exatamente. Me engrandece o fato de Vossa Excelência ter se adjuntado a essas razões de que há um desacordo moral na sociedade, em que a primeira consequência constitucional desse desacordo moral é o minimalismo judicial. Quer dizer, não somos nós, aqui, preconizarmos o princípio da insignificância, porque há aqui uma outra questão constitucional também séria, porque se o legislador, no estado democrático de direito, ponderou, já depois do Código Penal, sobre crimes de menor potencial ofensivo e submeteu-os a um procedimento mais ténue, com transação penal, inclusive, nesse estado democrático de direito, não cabe ao Judiciário descriminalizar condutas que foram eleitas pelos representantes do povo como crime. Nós não temos essa capacidade institucional, nós não somos eleitos.</p> <p>O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite uma pequeno aparte? Uma discussão que é recorrente entre nós e sobretudo na Segunda Turma: o legislador previu, inclusive, o furto privilegiado para atender a essas questões.</p> <p>O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É a isso que eu ia me referir. Veja, Vossa Excelência, o seguinte: no meu modo de ver, o art. 59, quando estabelece os parâmetros da dosimetria, e o próprio art. 155, no seu §3º ou 4º, ele dispõe que o juiz pode substituir por pena de multa, pode haver a aplicação de penas restritivas de direito. O que nós não podemos fazer é que, à luz do princípio da insignificância, consideremos atípica uma conduta que o legislador valorou e entendeu atípica. Então, vamos declarar inconstitucional o furto de bem de pequeno valor e, aí, atuaremos como legisladores positivos, porque não está escrito em lugar nenhum isso."</p>
HC 123.533					
HC 123.734					

MS 33.340	2015	Trata-se de MS impetrado pelo BNDES e pela BNDESPAR contra acórdão do TCU que determinara a prestação de informações sobre os destinos dos valores resultantes de contratos de financiamento e de debêntures conversíveis realizados com a JBS/Friboi. Decidiu-se que o TCU pode exigir essas informações, por terem os valores origem pública.	Luiz Fux	Luiz Fux	"Nesse contexto, a teoria da restrição das restrições legitima a exigência do TCU dirigida ao BNDES para o fornecimento de dados sigilosos, na medida em que o sigilo bancário e empresarial, mercê da condição de direito fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências."
RE 453.000	2013	Trata-se de discussão sobre a constitucionalidade do gravame da reincidência como elemento do cálculo de antecedentes da pena.	Marco Aurélio	Luiz Fux	"Nós não temos condições de saber da personalidade do agente, o porquê ele voltou a delinquir, se isso pode ser efetivamente imputável ao sistema carcerário. Nós não podemos esquecer que Lombroso, de há muito, afirmava a existência, é certo, do criminoso nato. Então, nós não temos capacidade institucional para verificarmos se efetivamente isso é uma imputação diretamente vinculada ao Estado, pelo seu fracasso do sistema carcerário."
AgRg em RE 519.778	2014	Trata-se de questionamento de lei municipal que suprimiu zona de proteção ambiental sem a realização de estudo prévio.	Roberto Barroso	Roberto Barroso	"20. Na hipótese em questão, há aspectos que apontam para a necessidade de uma postura de autocontenção judicial. A natural deferência ao legislador – decorrente do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da impossibilidade de se substituir a discricionariedade legislativa pela judicial –, é reforçada pelo caráter altamente técnico e complexo da análise ambiental da área, revelada pelos estudos juntados aos autos. Isso indica um déficit de capacidade institucional do Judiciário para decidir adequadamente a questão, já que haveria opiniões técnicas contrárias (e.g., fls. 227/229) e favoráveis (fls. 490/610) à lei impugnada. Seguem as conclusões dos dois estudos acima: (...)"
RE 592.581	2015	Trata-se de RE sobre a possibilidade de o Judiciário impor à Administração a obrigação de executar obras emergenciais em presídios. Foram discutidas questões de mínimo existencial e reserva do possível.	Ricardo Lewandowski	Roberto Barroso	"E aqui eu chego à terceira e última fração do meu voto, que é a que considero mais importante, porque traz um componente para reflexão, embora não destoe da conclusão, nem da tese de Vossa Excelência. E aqui eu gostaria de dizer isso de uma forma bem explícita: eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias."

					<p>Presidente, diante dessa premissa, que considero relevante, e que diz respeito à separação dos Poderes e às capacidades institucionais de cada Poder, o Judiciário pode atuar quando haja inércia inconstitucional, quando haja omissão inconstitucional do Executivo, mas eu penso que, como regra geral – que excepciono neste caso para acompanhar Vossa Excelência –, a melhor intervenção do Judiciário, em situações como esta, é a seguinte: o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário – isso como regra geral e não no caso concreto, porque o caso concreto tem uma situação específica. Acho que essa é a forma adequada de convivência entre os Poderes e de um certo diálogo institucional, em que o Judiciário diz: "há uma inércia prolongada, a competência é sua, apresente um plano, e eu vou monitorar este plano"; porque a ideia de, como regra geral, determinar-se a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais."</p>
<p>RE 597.285</p>	2012	<p>Nesse caso, o argumento das capacidades institucionais não aparece. O acórdão foi encontrado na pesquisa porque há citação da Lei nº 9394/96, que se refere à capacidade institucional da entidade de ensino superior como critério de fixação do número de vagas (art. 53, IV).</p>	Ricardo Lewandowski	N/A	<p>Caso eliminado.</p>
<p>RE 723.651</p>	2016	<p>Discutiu-se a incidência de IPI em importações de bens para uso próprio. Concluiu-se que há tal incidência.</p>	Marco Aurélio	Roberto Barroso	<p>"41. Esse, e outros problemas, são típicos do dia a dia da condução da política tributária, que não cabe ao Poder Judiciário e deve ser desenvolvida na arena própria, por quem tem voto e capacidade institucional adequada para isso. Nesse sentido, é importante lembrar que, pela feição extrafiscal que a Constituição atribuiu ao IPI, suas alíquotas podem ser zeradas por Decreto do Chefe do Executivo. Por sua vez, por não se tratar de matéria de iniciativa reservada, também o Congresso Nacional pode aprovar uma isenção para aqueles setores que considerem merecedores de um tratamento fiscal diferenciado. Nos dois casos o impacto da tributação pelo IPI na importação seria anulado, resolvendo-se o problema de forma pontual e sem comprometer a competitividade da indústria brasileira como um todo.. Outro trecho: "Agora, o que me parece fundamental é uma questão de capacidade institucional: quem é que tem a competência para fazer a seleção desse tributo seletivo? Acho que, em linha de princípio, é o Chefe do Executivo e o Congresso Nacional. Por isso, eu quase fiz a exceção para os equipamentos médicos, mas achei que era um avanço de sinal pelo Judiciário, porque, na verdade, nós estamos estabelecendo uma tese. Qual é a tese? Paga-se IPI na importação por não contribuinte, essa é a nossa tese."</p>

ADI 3937- MC	2007	Trata-se de referendo, pelo plenário, de liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio em 2007 que decidira pela suspensão da norma do estado de São Paulo que proibia o uso de amianto. No referendo, decidiu-se pela revogação da liminar.	Marco Aurélio (à época)	Marco Aurélio	Na liminar do Min., assim de expôs: “Assim o é por uma razão óbvia: dificilmente há questão social que não envolva algum grau de incerteza cognitiva. Afirmar-se que o legislador não pode intervir em tais searas seria paralisar o Estado. Cabe à sociedade, portanto, por intermédio de seus representantes, adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza. Observem que não estou fazendo um juízo sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, mas relativamente à legitimação institucional para a tomada de decisão em contextos de incerteza”.
-----------------------------	------	--	-------------------------	---------------	--

ANEXO II – TABELA DE DECISÕES MONOCRÁTICAS ENCONTRADAS

Caso	Ano	Resumo do caso	Ministro	Trecho(s)
Ext 1448	2017	Assim como no caso da Ext. nº 1405, apenas cita trechos da ementa do acórdão da PET-AV na Ext 1085 como precedente.	Edson Fachin	
ADI 5326-MC	2015	Trata-se de decisão monocrática em ADI que questiona a competência atribuída à Justiça do Trabalho, por lei ordinária, para tratar de matérias da infância e da juventude, especialmente a participação em eventos artísticos.	Marco Aurélio	“O Juízo da Infância e da Juventude é a autoridade que reúne os predicados, as capacidades institucionais necessárias para a realização de exame de tamanha relevância e responsabilidade, ante o fato de ser de fundamental “do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 227 da Carta da República). E, tendo conta a natureza civil do processo de autorização discutido, esse só pode ser o Juiz da Infância e Juventude vinculado à Justiça Estadual.”
RE com Agravo 1.013.143	2016	O Ministro não utilizou a expressão em sua decisão, apenas em sua reprodução dos argumentos da recorrente.	Edson Fachin	O Ministro apenas reproduziu os argumentos das recorrentes, mas não os utilizou como razão de decidir. “A parte ora Recorrente sustenta que “Em suma, o Poder Judiciário não deve ser tido como a instância preponderante para se discutir a política pública de defesa civil, pois carece da legitimidade da deliberação majoritária e o conhecimento técnico inerente aos órgãos administrativos que tratam do assunto. 49. Em síntese, o que se pretende defender é que a análise de uma decisão administrativa de natureza eminentemente técnica esbarra: (a) nas limitações inerentes às capacidades institucionais do Poder Judiciário; (b) na necessidade de se privilegiar as escolhas técnicas do Poder Executivo; e (c) nos limites inerentes à cognição sumária da tutela antecipada; razão pela qual a conclusão do acórdão recorrido pode prosperar”.
RE com Agravo 701.410	2016	Trata-se de um caso sobre intervenção judicial no Executivo, para obrigá-lo a adquirir decibelímetros para a Polícia Militar. Foi julgado improcedente por ser a ofensa à Constituição apenas reflexa.	Gilmar Mendes	A expressão aparece nas razões do Parecer da Procuradoria, não do Ministro: “Nesse sentido, também, opinou a Procuradoria-Geral da República: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SEGURANÇA PÚBLICA. COMBATE À POLUIÇÃO SONORA. FORNECIMENTO DE DECIBELÍMETROS À POLÍCIA MILITAR. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. 1. Tem repercussão geral a temática da possibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Executivo a implantar políticas públicas voltadas à saúde pública, pois a controvérsia detém relevância jurídica

				<p>e social e ultrapassa os limites subjetivos da causa. 2. Pode o Judiciário obrigar o Executivo a assegurar condições materiais mínimas à atuação das polícias locais quando constatadas inércia ou omissão administrativa do Estado. Constitui atuação jurisdicional direcionada à proteção do direito fundamental à segurança pública estatuído no art. 144 da Constituição da República, e não consubstancia violação à divisão funcional do poder. 3. Não cabe ao Judiciário definir ações específicas a serem adotadas para efetivação do direito fundamental à segurança, por constituir decisão da competência do Executivo, segundo suas capacidades institucionais e critérios de conveniência e oportunidade. 4. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário."</p>
<p>MS 31.816-1 MC</p>	2012	Trata-se de MS contra apreciação de veto do Presidente da República que não seguiu a ordem cronológica.	Luiz Fux	<p>"A bem de ver, a própria noção de questão política vem sendo revisitada pela moderna dogmática do direito público brasileiro, para reconhecer que os espaços de escolha próprios das autoridades eleitas configuram plexos de competências externos ao próprio ordenamento jurídico. A rigor, nos últimos anos viu-se emergir no pensamento jurídico nacional o princípio da juridicidade, que repudia pretensas diferenças estruturais entre atos de poder, pugnando pela sua categorização segundo os diferentes graus de vinculação ao direito, definidos não apenas à luz do relato normativo incidente na hipótese, senão também a partir das capacidades institucionais dos agentes públicos envolvidos. Com felicidade invulgar, Gustavo Binemburg esclarece o ponto: "as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que códigos dogmáticos para a delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração [e do legislador] e dos órgãos jurisdicionais". (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 226 – grifos no original)."</p>
<p>RE 776.105</p>	2016	Trata-se de caso sobre a intervenção do Judiciário em políticas públicas em vista de uma pretensa situação emergencial em cidade paranaense. Para Barroso, isso não ficou comprovado, e o recurso foi inadmitido por impossibilidade de se reexaminar fatos e provas.	Roberto Barroso	<p>"O Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros manifestou-se pelo não conhecimento do recurso extraordinário, caso assim não se entenda, pelo desprovimento do recurso, em parecer assim ementado:</p> <p>‘5. Não pode o Judiciário definir quais as ações específicas a serem adotadas para a efetivação do referido direito fundamental à educação, por constituir decisão da competência do Poder Executivo segundo suas capacidades institucionais e os critérios de conveniência e oportunidade.’"</p>
<p>RE com Agravo 1.027.779</p>	2017	Nesse caso, o argumento das capacidades institucionais não aparece. O acórdão foi encontrado na pesquisa porque há citação da Lei nº 9394/96, que se refere à	Marco Aurélio	<p>Caso eliminado.</p>

		capacidade institucional da entidade de ensino superior como critério de fixação do número de vagas (art. 53, IV).		
RE com Agravo 693.088	2014/ 2015	Trata-se de uma série de decisões monocráticas do Ministro Dias Toffoli que apenas citam o voto sobre DPVAT do Fux (ADI 4350 e ADI 4627, <i>supra</i>) para mostrar que o acórdão atacado está em linha com o posicionamento da corte.	Dias Toffoli	Reproduzem o voto sobre DPVAT do Fux (ADI 4350 e ADI 4627, <i>supra</i>) para julgar os recursos liminares improcedentes, por versarem sobre o mesmo objeto, contrário à jurisprudência da Corte.
RE com Agravo 709.476				
RE com Agravo 758.404				
RE com Agravo 823.895				
RE com Agravo 842.838				
RE com Agravo 854.681				
RE com Agravo 857.698				
RE com Agravo 919.651				
RE 684.084				

RE 709.872				
RE 752.183				
RE 777.511				
RE 777.514				
RE 777.509				
RE 878.647				