

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E DEFERÊNCIA JUDICIAL EM MATÉRIA DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

**LUCAS ANTUNES BRAGA MACHADO DE OLIVEIRA**

**Rio de Janeiro**

**2018/2**

**LUCAS ANTUNES BRAGA MACHADO DE OLIVEIRA**

**CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E DEFERÊNCIA JUDICIAL EM MATÉRIA DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**.

**Rio de Janeiro**

**2018/2**

### CIP - Catalogação na Publicação

O48c Oliveira, Lucas Antunes Braga Machado de  
CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E DEFERÊNCIA JUDICIAL  
EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS / Lucas Antunes  
Braga Machado de Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2018.  
42 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves  
Bolonha.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Teoria das Instituições. 2. Capacidades  
institucionais. 3. Deferência judicial. I. Pereira  
das Neves Bolonha, Carlos Alberto, orient. II.  
Titulo.

**LUCAS ANTUNES BRAGA MACHADO DE OLIVEIRA**

**CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E DEFERÊNCIA JUDICIAL EM MATÉRIA DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**.

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2018/2**

## RESUMO

OLIVEIRA, L. A. B. M. Capacidades institucionais e deferência judicial em matéria de políticas públicas. 42 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho tem por objeto observar as limitações do Poder Judiciário para tomar decisões em matéria de políticas públicas que afrontem interpretações diversas por parte da Administração Pública. Como parâmetro, faz-se uma leitura das capacidades institucionais como conceito e argumento, bem como observa as vantagens inerentes a se aderir a um modelo que privilegia a Administração nessa temática e busca se livrar de estigmas criados para justificar uma postura judicial ativista mesmo quando essa opção resulta em desvantagem para o sistema sócio-político como um todo. O raciocínio nos leva a refletir se a deferência como mecanismo institucional pode trazer uma alternativa viável, mais justa e eficiente para a formulação e implementação de políticas públicas.

Palavras-chave: Capacidades institucionais – Deferência judicial – Políticas públicas – Discricionariedade da Administração Pública – Efeitos sistêmicos – Doutrina Chevron

## ABSTRACT

OLIVEIRA, L. A. B. M. Institutional capacities and judicial deference in matters of public policies. 42 pp. Monograph (Bachelor of Law) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2018.

The purpose of this study is to observe the limitations of the Judiciary to make decisions on public policies that face different interpretations by the Public Administration. As a parameter, a reading of institutional capacities as concept and argument is made, as well as observing the inherent advantages of adhering to a model that privileges the Administration in this field and seeks to get rid of stigmas created to justify an activist judicial stance even when it results in a disadvantage for the sociopolitical system as a whole. The rationale leads us to reflect on whether deference as an institutional mechanism can bring a viable, fairer and more effective alternative for the formulation and implementation of public policies.

Keywords: Institutional capacities – Judicial deference – Public policies – Administration discretion – Dynamic effects – Chevron doctrine

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: ORIGEM, CONCEITO E UTILIDADE .....	10
1.1 Interpretação e o argumento das capacidades institucionais .....	10
1.2 Esclarecendo o tema: uma passagem hipotética.....	13
1.3 Concretizando o argumento das capacidades institucionais.....	18
2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	24
2.1 A observação dos efeitos sistêmicos na tomada de decisão .....	24
2.2 <i>Accountability</i> das instituições .....	26
2.3 A discricionariedade administrativa como elemento das políticas públicas .....	28
3 A DEFERÊNCIA COMO CAMINHO .....	35
3.1 A doutrina Chevron .....	35
3.2 Aplicabilidade na realidade constitucional brasileira.....	37
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	41

## INTRODUÇÃO

O Estado é protagonista na sociedade moderna, e dele depende todo tipo de atividade, especialmente quando tratamos da resolução de problemas e conflitos. Essas questões são atacadas por meio de políticas públicas pensadas e direcionadas para cada área específica pela Administração Pública. Entretanto, esse poderoso ente é recorrentemente citado como exemplo de ineficiência e letargia. Como é possível que um organismo tão importante seja modelo a não ser seguido no quesito “agir”?

Vemos, para começar, que existe um problema de organização. Falamos especificamente sobre a ingerência entre poderes da República, que, mesmo bem-intencionada, cria uma situação levemente caótica e desfavorável. É o Estado agindo contra si próprio.

O cenário jurídico brasileiro discute há longa data sobre as virtudes e desvirtudes da expansão do âmbito de atuação judicial, porém mais recentemente vem ganhando corpo a leitura da teoria das capacidades institucionais para fazer uma análise das limitações da atuação dos Poderes do Estado.

A aplicação dessa teoria é particularmente interessante quando tratamos da revisão de atos administrativos de políticas públicas por parte do Poder Judiciário. O quanto de capacidade técnica, científica ou política os juízes detêm para tomar decisões que verdadeiramente reformulam práticas em curso da Administração?

A promulgação da Constituição de 1988 possibilitou uma vasta ampliação da atuação judicial, contando com respaldo técnico a partir do advento do neoconstitucionalismo e com respaldo popular em um momento de profundo descrédito nas instituições políticas. É chegado agora o momento de revisitar o tema no caminho inverso, identificando as limitações institucionais de se fazer política pelo Judiciário e observar as vantagens que a Administração Pública dispõe em seu favor.

Essa nova leitura parte da chamada *virada institucional*, enunciada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule<sup>1</sup>, a partir de que se entende que o problema da legitimidade decisória não mais se resume à teoria normativo-interpretativa. Por muito tempo os autores se restringiram a debater democracia e legitimidade numa esfera demasiadamente abstrata, e ignoraram questões práticas e relações institucionais determinantes para o resultado cognoscível desejável.

Agora que já temos a experiência de um modelo que empoderou o Judiciário<sup>2</sup>, podemos analisar o que deu errado, o que não dará certo e o que podemos trazer para aprimorar nossas instituições para que sirvam ao bom funcionamento das políticas públicas do Estado moderno.

Nossa hipótese é que um maior equilíbrio e sobriedade por parte da atuação judicial trará benefícios sensíveis na gestão pública. Vamos analisar as deficiências do Poder Judiciário para tratar de políticas públicas e identificar formas de alterar a maneira como este se porta perante determinados problemas na área de políticas públicas. Vislumbramos que a deferência judicial pode significar um salto de qualidade para a gestão da República.

A metodologia deste estudo funda-se em uma pesquisa qualitativa, descritiva, exploratória e indutiva, com base na bibliografia nacional e internacional e se valendo da interpretação de documentos, incluindo jurisprudência e decisões administrativas.

---

<sup>1</sup> O tema ganha especial relevância com SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

<sup>2</sup> É famoso o texto *Supremocracia*, de Oscar Vilhena Vieira. A popularidade desse termo nos dá um parâmetro do ponto em que chegamos na discussão sobre os limites do ativismo judicial. Ainda nos valeremos desse texto neste trabalho.

## 1 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: ORIGEM, CONCEITO E UTILIDADE

### 1.1 Interpretação e o argumento das capacidades institucionais

Interpretar possui, basicamente, três significados: (i) determinar com precisão o sentido de um texto; (ii) descobrir o significado obscuro de algo; (iii) dar determinado sentido<sup>3</sup>. Como se vê, interpretar não é tarefa privativa do direito. Porém, não há dúvidas que a interpretação realizada no âmbito do direito – mais especificamente no direito constitucional – possui algo especial.

Por muito tempo, os operadores do direito se valeram quase que exclusivamente dos elementos tradicionais<sup>4</sup>, desenvolvidos por Friedrich Savigny<sup>5</sup>, tais como o gramatical ou literal, o histórico, o sistemático e o teleológico. No entanto, assentou-se que eram insuficientes.

Os elementos tradicionais de interpretação são insuficientes, eis que as normas constitucionais possuem inúmeras peculiaridades, tais como: (i) a supremacia da Constituição, pois a Carta Magna é hierarquicamente superior em face das outras normas jurídicas, sendo fundamento de validade de todas elas; (ii) a natureza da linguagem, eis que a nossa Constituição tende a se valer da textura aberta das normas, que é construída propositalmente, pois estabelece o compromisso dilatatório<sup>6</sup>, ou seja, há uma concordância geral explícita na norma, mas as divergências específicas são postergadas, como forma de buscar o consenso e a pluralidade; (iii) o conteúdo das normas constitucionais, pois além das normas definidoras de direitos, ou normas de conduta – que vedam, impõem ou permitem certas condutas –, a Constituição possui também normas de organização que estruturam o Estado e normas programáticas que definem programas/finalidades que o legislador deve perseguir e a Administração Pública executar – como por exemplo, erradicar a pobreza, as desigualdades regionais e fomentar a cultura e, por fim, (iv) o caráter político e moral das normas constitucionais, eis que no âmbito político a Constituição tem a função primordial de instituir um Estado de Direito e, quanto ao

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ny8d5>>. Acesso em 15 jun. 2018.

<sup>4</sup> É essencial traçar a distinção entre elementos de interpretação e método de interpretação. Elementos de interpretação são as técnicas de que dispõe o intérprete para extrair a norma jurídica de um determinado enunciado normativo. Já o método de interpretação, trata-se do trajeto que o intérprete percorre para chegar à solução de um determinado problema. Para mais detalhes, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325.

<sup>5</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del diritto romano attuale**, 1886, v. 1, p. 225.

<sup>6</sup> A ideia do compromisso dilatatório foi desenvolvida, inicialmente, pelo jurista alemão Carl Schmitt, focalizando as questões morais concretas (atualmente, assuntos como o aborto, as cotas em universidades públicas e as uniões homoafetivas), notadamente controvertidas.

caráter moral, nota-se que o catálogo de direitos fundamentais é a reserva de justiça da Constituição.

Desta feita, as normas constitucionais demandam uma interpretação mais sofisticada e o estudo da hermenêutica toca num ponto ao que se denominou “virada institucional”<sup>7</sup>. O fenômeno pode ser resumido na ideia de serem insuficientes as técnicas de interpretação do direito que não considerem os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela decisão<sup>8</sup>. Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos, é razoável afirmar que o tema ganhou voz com o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, publicado há 15 anos (em 2003), intitulado *Interpretation and institutions*<sup>9</sup>.

Tal movimento contemporâneo, que possui adeptos e críticos, é chamado de teoria das capacidades institucionais. O tema tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, na brasileira. Esse debate dedica-se à necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional.

Dessa forma, o foco das questões relativas à interpretação jurídica deixa de ser *como a norma deve ser interpretada* para ser *quem deve interpretar*. Ou seja, a interpretação ideal é pautada mais na instituição concretamente do que na leviana tentativa de desvendar uma teoria aplicável abstratamente.

---

<sup>7</sup> Essencial trazer as palavras de André Cyrino. Confira-se: “A proposta da virada institucional é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão”. CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira, Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 215. No mesmo sentido: CYRINO, André Rodrigues. **Separação de poderes, regulação e controle judicial**: por um amicus curiae regulatório. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes-regulacao-e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>>. Acesso em 15 jun. 2018.

<sup>8</sup> “Temos argumentado que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais. Uma extraordinária variedade de pessoas ilustres tem explorado estratégias interpretativas sem atentar para o fato de que tais estratégias, inevitavelmente, serão usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos sistêmicos que vão muito além do caso em questão. Dois mecanismos parecem principalmente responsáveis por esta cegueira institucional. Um deles é uma armadilha relacionada a quem desempenha o papel: os teóricos interpretativos se perguntam ‘como eu decidira o caso, se eu fosse um juiz?’ – uma pergunta cuja forma muito suprime a questão fundamental de que as regras interpretativas relevantes serão utilizadas por juízes, em vez de teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como professores de Direito, criticam opiniões monocromáticas emitidas por juízes generalistas em casos particulares, desconsiderando que os mesmos juízes poderiam muito bem ter feito muito pior, ao longo de uma série de casos, na tentativa de emular a abordagem dos especialistas. No geral, a questão chave parece ser ‘como juízes perfeitos decidem os casos?’ ao invés de ‘como juízes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordem privada e pública?’”. SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Michigan Law Review**, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003

<sup>9</sup> Cass Sunstein e Adrian Vermeule formulam o arcabouço em: SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Michigan Law Review**, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

O tema ganha ainda mais destaque no controle judicial dos atos praticados pela Administração Pública, um dos grandes temas do Direito Administrativo<sup>10</sup>. Aqui, fazemos um recorte: a atuação do magistrado em demandas envolvendo o controle de políticas públicas<sup>11</sup>.

A revisão judicial dos atos administrativos sempre se desenvolveu, ao longo da história, por meio de debates enfocando a possibilidade de sua incidência e os parâmetros de intensidade de seu exercício<sup>12</sup>. A saber, em favor da atividade administrativa foram classicamente concebidas presunções, com a finalidade de garantir a continuidade e a boa administração.

Essas presunções, de certa forma, são empregadas como guias à atividade revisional do Poder Judiciário. Por muitas vezes, de maneira distorcida do seu original propósito, assim sendo, atualmente, o debate sobre o assunto circunda o tema da capacidade das instituições como critério para definir qual delas seria a mais apropriada para tomar determinada decisão.

A discussão está inserida em contexto de profunda preocupação com o movimento de judicialização e ativismo judicial<sup>13</sup> afeiçoado em nosso país. Definindo o fenômeno, Luís Roberto Barroso assinala que

---

<sup>10</sup> Sobre o assunto, confira-se: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 10, n° 39, pp. 9-36, out./dez. 2012.

<sup>11</sup> Sem a pretensão de adiantar o próximo tema, seja consentido remeter aos ensinamentos de Felipe de Melo Fonte, pois são essenciais: “O controle judicial das políticas públicas não se resume à simples aplicação da hermenêutica constitucional ou à mera defesa de princípios abstratos. A bem da verdade, deve-se analisar a capacidade das instituições públicas de concretizar o direito, bem como o modo de tomada de suas decisões”. In: FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>12</sup> 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**: São Paulo, ReDAC, v. 4, n. 22, p. 85-115, jan./fev. 2016.

<sup>13</sup> O ativismo judicial contempla múltiplos comportamentos decisórios, no que Carlos Alexandre de Azevedo Campos denomina de caráter multidimensional do ativismo judicial. Em obra sobre o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, intitulada *Dimensões do Ativismo Judicial do STF* e que se originou da dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o autor identifica cinco dimensões do ativismo judicial praticado pelo Eg. STF, a saber: (i) Dimensão metodológica: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas; (ii) Dimensão processual: autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e suas decisões; (iii) Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos; (iv) Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas; (v) Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Por outro lado, o *ativismo judicial* é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva<sup>14</sup>.

No arranjo institucional atual, o Supremo Tribunal Federal tem exercido um papel de proeminência, configurando o fenômeno de “Supremocracia”, nas palavras de Oscar Vilhena<sup>15</sup>. Muito embora o enfrentamento desse fenômeno não possa ser feito exclusivamente com base na teoria das capacidades institucionais, sem dúvidas ela pode fornecer aportes teóricos que ajudarão o aplicador do direito a identificar as ocasiões em que o Judiciário será, ou não, a instituição capaz de tomar a melhor decisão para a controvérsia que esteja examinando. Assim, o argumento das capacidades institucionais assume o propósito de devolver a tomada de decisão para outras instâncias que não o Poder Judiciário. Vejamos uma passagem hipotética.

## 1.2 Esclarecendo o tema: uma passagem hipotética

Antes de adentrarmos especificamente no tema das capacidades institucionais, precisamos adotar a seguinte premissa: *não existem legisladores ou juízes perfeitos*<sup>16</sup>. Tampouco

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Revista (Syn)Thesis**, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 15 jun. 2018.

<sup>15</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, Vol. 4, nº 2, pp. 441-463, jul. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em 15 jun. 2018.

<sup>16</sup> Essa constatação remete ao pensamento de Madison, ainda no início do constitucionalismo americano, quando disse: “se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos”. Acontece que nem os homens nem os governos podem ser perfeitos”. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, **Os Artigos Federalistas**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

administradores públicos podem ser perfeitos. As pessoas são de carne e osso! Para tornar o ponto mais claro, seja consentido discorrer sobre a seguinte passagem hipotética<sup>17</sup>.

Suponha-se que vivamos num Estado cujas instâncias representativas funcionam, tendo altos níveis de aprovação popular e representando de forma universal e justa a população em geral, incluindo-se aí uma representação substancial e mecanismos institucionais de proteção às minorias. Suponha-se, ainda, que nesse Estado o Poder Legislativo é composto pelos cidadãos mais sábios, virtualmente alheios a equívocos ou a negligências, enquanto o Judiciário é composto por indivíduos de capacidade técnica questionável em função de procedimentos de seleção insatisfatórios.

Imagine agora outro Estado. Neste, as instâncias eleitorais funcionam de forma significativamente imperfeita, gerando déficits representativos consideráveis e elegendo indivíduos despreparados e sem conhecimentos técnicos que os qualifiquem para criar normas razoáveis e completas. Nesse mesmo país, há um Judiciário formado exclusivamente por indivíduos dedicados e de qualidade técnica incontestável, todos especialistas em filosofia moral, política e economia, o que lhes confere índices altíssimos de aprovação popular.

Nos dois Estados imaginados temos duas conjecturas inteiramente distintas. Em um mundo onde eles existissem, nenhuma teoria interpretativa poderia ser aplicável universalmente. A adoção indiscriminada de um modelo causaria embaraços à legitimidade e operacionalidade de um ou de outro – quando não de ambos os Estados.

No entanto, como André Tosta bem coloca, nenhum deles existe na prática, sendo impossível a existência de um Judiciário ou de um Legislativo desprovidos de limitações institucionais. A realidade é bem diversa. A capacidade institucional envolve habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico<sup>18</sup>. É tida

---

<sup>17</sup> As ideais pertencem ao André Tosta e foram desenvolvidas no âmbito de sua dissertação de mestrado em Direito Público defendida no Programa de Pós Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. PPGD UERJ. TOSTA, Ribeiro André. Inovação Institucional e o Direito Público: empirismo, experimentalismo e uma proposta de modelo de análise, 2018 (mimeo).

<sup>18</sup> Segundo Rodrigo Brandão, “a supremacia judicial tende a se fundar na crença de que o Judiciário apresenta uma capacidade institucional superior à do Legislativo para a interpretação da Constituição. Com efeito, diversos argumentos desta natureza podem ser colhidos na teoria constitucional. Dentre os principais, cite-se a maior propensão de o Judiciário (i) proteger “minorias insulares” do processo majoritário; (ii) zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito; (iii) preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição em face de maiorias transitórias que logrem aprovar leis; (iv) garantir o respeito ao Estado de Direito; (v) ser um Guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao

como uma teoria hermenêutica que tenta fornecer critérios de comportamento judicial a partir da observação do arranjo institucional estabelecido pela própria Constituição.

Como mencionado, Cass Sunstein e Adrian Vermeule cunharam o termo em *Interpretation and Institutions*<sup>19</sup> e observaram que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial, e, neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais. Em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder estaria mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria<sup>20</sup>.

De modo panorâmico, a tese das capacidades institucionais formulada pelos autores detém as seguintes características: a busca por uma releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Poder Judiciário. Os diferenciais da teoria das capacidades institucionais estão na preocupação institucional, na promoção da teoria dos acordos incompletamente teorizados, na opção por *decisões de segunda ordem* e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos<sup>21</sup>.

---

Parlamento; (vi) promover um processo deliberativo guiado pela razão, e não pelas pressões de política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo. In: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2012, pp. 202-203.

<sup>19</sup> SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Michigan Law Review**, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003. No Brasil, a questão institucional como elemento da teoria da interpretação inspirada em Cass Sunstein e Adrian Vermeule é abordada essencialmente por Fernando Leal (LEAL, Fernando. **Decidindo com normas vagas**. Estado de direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação de mestrado apresentada no PPGD UERJ, Rio de Janeiro, 2006); e Diego Werneck Arguelhes (ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de mestrado apresentada no PPGD UERJ, 2006).

<sup>20</sup> Nesse aspecto, por exemplo, podem-se observar casos que envolvam matéria regulatória, em que o próprio legislador delegou competência, por se considerar inapto à tamanha técnica. No âmbito do Poder Judiciário, Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino destacam que “o Poder Judiciário, acostumado a lidar com casos concretos, com argumentos marcadamente dogmático-jurídicos, nem sempre dispõe de meios para rediscutir políticas econômicas, por vezes baseadas em estudos e análises sistêmicas, levados a cabo pelos agentes eleitos, ou, ainda, por órgãos técnicos criados para a regulação de determinados setores da economia. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. *O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2010, pp. 997-1007.

<sup>21</sup> Tais categorias são trabalhadas e submetidas a críticas pelo professor Clèmerson Clève. Ele procura apontar os limites da teoria das capacidades institucionais, a insuficiência do textualismo e do consequencialismo, a impossibilidade de uma simples deferência do Judiciário perante o Executivo, a inafastabilidade dos fatores políticos e normativos sobre a decisão. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica**. In: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SAN-

Para os autores da teoria, a saída para resolver questões concretas seria recorrer à “*second-best option*”<sup>22</sup> disponível. Essa conteria uma solução não necessariamente compatível com o estado de coisas ideal do intérprete, mas, ao menos, partiria de dados e concepções derivados exclusivamente da realidade. Na resolução de um embate concreto, ao invés de discutir qual é esse estado de coisas ideal, o intérprete deve reconhecer a ausência de ligação causal direta entre seu método interpretativo e o terreno institucional subjacente, contextualizando e adaptando seus métodos de acordo.

Com efeito, a capacidade institucional confere enfoque nos elementos que interferem nas habilidades cognitivas dos atores institucionais. De modo a esclarecer o argumento, a literatura jurídica<sup>23</sup> assinala que a capacidade institucional pode ser subdividida em *jurídica* e *epistêmica*. No primeiro caso, a referência direta é ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional para certa instituição. No segundo caso, elas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações e dados, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento das informações e a utilização como fundamentos de suas ações.

Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza – sem violar o desenho constitucional – é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais. Para Fernando Leal e Diego Werneck, a ideia de capacidade institucional é acompanhada por uma concepção de separação de poderes e de desenho das instituições. Elas procuram distribuir funções e realizar seu exercício dentro da logística institucional de acordo com sua correspondente especialidade. Nesses termos, a Constituição é comparada a uma planta da arquitetura institucional que procura ramificar e potencializar a realização de seus objetivos<sup>24</sup>.

---

TOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Hermenêutica, constituição, decisão judicial, estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2016, pp. 373-403.

<sup>22</sup> Sunstein e Vermeule se utilizam dos conceitos originalmente econômicos de *first* e *second-best option* para sustentar a tese de que, caso não seja possível se pôr em prática a teoria interpretativa tida como ideal (*first-best option*) – que, como se procurou mostrar, é o caso, –, seria mais benéfico partir para uma alternativa inteiramente distinta – *second-best option* – do que simplesmente fazer ajustes muitas vezes irreconciliáveis na teoria tida como ideal.

<sup>23</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan.-jun. 2011, pp. 6-50. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 jun. 2018.

<sup>24</sup> “A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um “arquiteto institucional”, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos,

Nesse momento, é de suma importância levantar um ponto trazido por Adrian Vermeule<sup>25</sup>: a esfera mais reduzida de desenho institucional se apresenta como uma saída democrática mais estratégica e eficaz do que a alcançada com alterações em arranjos de maior escala, como por exemplo, rupturas institucionais ou profundas reformas. Isso será também um norte neste trabalho.

Ao realizarmos uma comparação, é possível constatar que em alguns casos determinada instituição – como o Congresso Nacional, a Presidência da República e as Agências Reguladoras – pode oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, “maior capacidade institucional”<sup>26</sup> para resolver a questão, em virtude de sua expertise técnica e de sua habilidade para lidar com o elemento político envolvido. Em outros casos, porém, será exigida uma atuação proativa dos juízes<sup>27</sup>. A teoria já foi utilizada em nosso país. Confira-se no próximo tópico.

---

ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan.-jun. 2011, pp. 6-50. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 jun. 2018.

<sup>25</sup> VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy**: Institutional Design Writ Small. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

<sup>26</sup> Mesmo quando o argumento é estruturado de forma adequada, Fernando Leal e Diego Werneck afirmam que é possível falhar na sua aplicação de ao menos duas formas, confira-se: “Primeiro, o que chamamos de “problemas de informação”. Um dos méritos anunciados das comparações institucionais para a definição das capacidades de certas instituições é o seu aspecto empírico. As capacidades de instituições específicas devem ser definidas concretamente, dentro de um arranjo institucional específico, não abstratamente. Isso exige que se produza informação – necessariamente contingente – sobre as capacidades concretas de todas as informações envolvidas. (...) Segundo, chamamos a atenção para “o problema da observância”. Há duas possíveis dificuldades para o cumprimento fiel de todos os pressupostos do argumento mais geral do qual a consideração das capacidades institucionais é uma parte decisiva. O ponto central da crítica está relacionado às considerações de segunda-ordem orientadas nos efeitos sistêmicos das alternativas decisórias que o argumento exige. As dificuldades de observância, nesse caso, aparecem se for possível sustentar que as condições tanto para a definição de estratégias de decisão e de posturas institucionais como para a aplicação, em um caso concreto, de uma resposta que possa ser a menos indicada em função dos seus efeitos dinâmicos, mas se mostra pontualmente a mais indicada, são excessivamente exigentes”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, nº 1, 2016, pp. 192-213. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>> Acesso em 16 jun. 2018.

<sup>27</sup> Sobre o riscos da argumentação, Fernando Leal e Diego Werneck assinalam “O risco é o de que “capacidades institucionais” se torne o novo “mantra” dos constitucionalistas brasileiros, sem que as implicações efetivamente originais e úteis do argumento sejam de fato incorporadas no debate”. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan.-jun. 2011, pp. 6-50. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 jun. 2018.

### 1.3 Concretizando o argumento das capacidades institucionais

No âmbito da teoria do direito e da teoria constitucional, como escrevem Carlos Bolonha e Rafael Bezerra de Souza, “o Poder Judiciário, sem dúvidas, apresenta-se como um ator destacado da defesa e garantia de direitos fundamentais. Todavia, em sociedades complexas e pluralistas não se pode atribuir *estaticamente* a apenas um Poder Constitucional a definição do sentido da constituição, bem como desconsiderar a dimensão prática do funcionamento e do comportamento das instituições políticas, seus processos decisórios e seus rebatimentos em outras esferas de interesse”<sup>28</sup>.

Para concretizar a teoria até aqui estudada e antes de deixá-la (ou não) ao controle de políticas públicas, convém fazer uso de alguns exemplos. A Reclamação nº 11.243 é um deles. Trata-se da ação em que a República da Itália pediu o cumprimento do acórdão do pedido de extradição de Cesare Battisti (Ext 1.085/STF), julgado em que o Supremo Tribunal Federal havia decidido, em 2010, que Cesare Battisti poderia ser extraditado pelos supostos crimes cometido há mais de trinta anos em contexto político conturbado na Itália. Entretanto, o Poder Executivo brasileiro, à época chefiado por Luís Inácio Lula da Silva, decidiu por não o extraditar, em movimento contrário ao julgamento realizado pelo STF. O Supremo, por maioria dos votos, não conheceu da reclamação e aqui, convém transcrever um ponto sensível à matéria:

O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, *in casu*, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule<sup>29</sup>.

O trecho transcrito foi retirado do acórdão da referida Reclamação. Trata-se da adoção do argumento das capacidades institucionais e, para além disso, os projetores da teoria foram nominalmente citados no julgado.

Vimos o campo da política. Agora, vamos ao da técnica. Para tal, é interessante analisar a APDF nº 309, cuja medida cautelar que suspendeu os efeitos de acórdão do Tribunal Regio-

<sup>28</sup> BOLONHA, Carlos; SOUZA, Rafael Bezerra de. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 43, jul.-dez. 2013, pp. 162-183. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373>>. Acesso em 16 jun. 2018.

<sup>29</sup> STF, DJe 05 out. 2011, Rcl. 11.243, Min. Rel. Gilmar Mendes.

nal Federal da 1ª Região que determinava o cumprimento imediato do cronograma original de implantação do recurso de audiodescrição na programação das emissoras de TV foi referendada<sup>30</sup>. No acórdão, o STF destaca que o magistrado deve estar atento às suas próprias capacidades institucionais. Diante de questões técnicas complexas, deverá adotar uma postura de deferência<sup>31</sup> às políticas setoriais. O Min. Luiz Fux chamou a atenção justamente para o fato de que, quando se tratar de matéria técnica, a atuação do Poder Judiciário deve observar os limites da especialização dos magistrados. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, o juiz deve saber dos seus limites cognitivos e institucionais. Veja-se:

Eu me refiro especificamente à questão das capacidades institucionais. Esse caso é um caso emblemático sobre esse ângulo constitucional. (...) 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 (...) de Harvard (...) Adrian Vermeule. E é exatamente essa questão da capacidade institucional que fez com que o Min. Marco Aurélio tenha evidenciado uma perplexidade: o que que nós entendemos sobre isso?<sup>32</sup>

Conforme demonstrado pelo próprio STF, temas envolvendo aspectos técnicos, científicos ou políticos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o decisor mais qualificado, por falta de legitimidade, informação ou conhecimento específico<sup>33</sup>.

Pensamos nas hipóteses em que a política (Presidente da República) e a técnica (agência reguladora) foram levadas em consideração de modo que, evidentemente, tais instituições detinham mais *capacidade* para tomar determinada decisão que a mais alta Corte do país.

---

<sup>30</sup> Segundo a norma brasileira, audiodescrição é a narração, integrada ao som original da obra audiovisual, contendo descrições 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. O cronograma, fixado pela Portaria 310/2006 do Ministério das Comunicações, previa a implementação do recurso em todas as emissoras no prazo de até 132 meses, mas foi alterado depois que o Ministério detectou dificuldades técnicas para sua implementação por todas as emissoras do país. Em seguida foi aberta consulta pública, sendo realizados estudos técnicos que embasaram a fixação de novos prazos por meio da Portaria nº 188/2010.

<sup>31</sup> O professor Gustavo Binbenboscum propôs *standards* para o controle jurisdicional dos atos administrativos que incorporam esta ideia em: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, pp. 235-237.

<sup>32</sup> STF, ADPF nº 309, referendo da liminar, em 25 set. 2014.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2018.

Agora, a proposta é que se faça o caminho inverso: concretizar uma hipótese na qual o Poder Judiciário<sup>34</sup> detenha capacidade institucional para decidir.

De modo que o caminho seja mais sereno, vamos analisar “as vantagens do Judiciário”. Cotejando as capacidades institucionais da classe política e da esfera jurisdicional, verifica-se que esta última possui vantagem institucional em dois campos: (i) o insulamento político, decorrente das garantias e vedações da magistratura, quais sejam, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e as atividades vedadas aos juízes, bem como as autonomias financeira e administrativa dos Tribunais e (ii) o dever de fundamentar as suas decisões, conforme disposto no art. 93, IX, da CF/88<sup>35</sup>.

Segundo Rodrigo Brandão, tais elementos confeririam aos juízes (mais especificamente, aos ministros da Suprema Corte) uma posição especialmente favorável para interpretar questões de natureza controversa, eis que propiciariam a sua desvinculação de interesses econômicos e/ou políticos e o seu compromisso imparcial com o direito. Nesse panorama, na visão do autor, o Supremo Tribunal Federal poderá agir na medida em que verificar a necessidade de, no âmbito do processo judicial, substituir a opção instrumental dos poderes políticos pela sua própria quando deixarem de atender aos comandos da Constituição. Um caso recente ilustra a temática.

Em novembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal banuiu o uso do amianto em todo o país. A questão começou a ser enfrentada nas ADIs nº 3.470 e 3.406. Em agosto, o Tribunal já havia apreciado o tema e decidido pela manutenção da lei paulista, que vetava o uso em São Paulo de “produtos, materiais, artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto”. Naquela data, por questões de quórum na análise da ADI nº 3.937, a partir da lei estadual, os ministros declararam de modo incidental a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995, que permitia o “uso controlado” do amianto utilizado principalmente na pro-

---

<sup>34</sup> Segundo Daniel Sarmiento, “o exame desta questão tornou-se crucial no Brasil de hoje, diante de um certo encantamento da doutrina constitucional brasileira em relação ao Poder Judiciário. A crise profunda das nossas instituições representativas e a justificada desconfiança em face da nossa incipiente teconocracia, em sinergia com os vetores do ‘neocostitucionalismo’ têm alimentado uma espécie de messianismo judicial, em que os juízes e tribunais são vistos e se vêem como os salvadores da pátria, protagonistas do processo de ‘resgate’ das promessas constitucionais”. SARMENTO, Daniel. **Interpretação constitucional, pré-compreensões e capacidades institucionais do intérprete**. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Souza Neto; BINENBOJM, Gustavo. Vinte anos da Constituição Federal de 1988 (coords.), Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2009, pp. 311- 322.

<sup>35</sup> 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. 203.

dução de telhados. A decisão, porém, deixou uma série de dúvidas sobre seu real efeito. Os próprios ministros do Supremo divergiram.

Alguns sustentavam que o uso do minério já estava proibido, eis que a declaração incidental valia para todo país, outros entendiam que a decisão só detinha eficácia para o estado de São Paulo. Com isso, em novembro, a principal discussão não foi o mérito da lei, mas os efeitos da decisão. O Min. Gilmar Mendes afirmou que o Supremo estava caminhando para algo inédito: declarar a inconstitucionalidade da matéria, e não do dispositivo legal específico. Por outro lado, o Min. Marco Aurélio divergiu e demonstrou forte incômodo com a decisão, afirmou que apesar do STF ter direito à palavra final sobre o direito positivo, isso deve ser considerado dentro das balizas definidas pela Constituição e que o entendimento adotado pela Corte impediria o Congresso de aprovar uma nova lei sobre amianto.

Aqui, ante o claro interesse econômico envolvido por trás da indústria do amianto e a consequente falta de olhar para o direito à saúde, podemos considerar que o STF cumpriu o seu papel e detinha ‘capacidade institucional’ para analisar a questão. Com efeito, antes de chegarmos ao fim desse capítulo, é interessante mais um ponto: a participação social nos processos judiciais<sup>36</sup>.

Há dois institutos que podem ser entendidos como canais de inclusão e participação do tecido social concebidos com a finalidade própria de elevar, por exemplo, as capacidades institucionais do Poder Judiciário. São eles (i) o *amicus curiae*<sup>37</sup> e (ii) as audiências públicas.

---

<sup>36</sup> Além dos dois institutos que trataremos mais adiante, deve-se destacar uma peculiaridade do sistema brasileiro: a transmissão ao vivo, em TV aberta, tanto das sustentações orais como dos debates e a deliberação entre os ministros e a proclamação dos votos. Nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso: “Há de muito particular em relação ao Supremo Tribunal Federal é a transmissão ao vivo pela televisão (e simultaneamente pelo canal do Tribunal no *youtube*). Há muitos críticos desse modelo, sob o fundamento de que a visibilidade dificulta a construção de consensos e traz o risco de politização indevida, na medida em que os ministros, de certa forma, podem ser influenciados pela opinião pública. (...) Apesar de existirem algumas desvantagens, penso que os benefícios são maiores do que as perdas. O Brasil é um país no qual o imaginário social supõe que por trás de cada porta fechada estão ocorrendo tenebrosas transações. Nesse contexto, a imagem de 11 juízes debatendo de forma intensa – e geralmente civilizada – para produzir uma solução faz bem para o sistema de justiça em geral. O aumento da visibilidade e um certo caráter didático das sessões de julgamento faz bem para a justiça do país”. In: BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>> Acesso em 17 jun. 2018.

<sup>37</sup> Atualmente, está previsto no NCPC, art. 138, caput. “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participa-

O primeiro é o “amigo da Corte” e representa uma espécie de manifestação de terceiro no processo judicial em razão de algum interesse sobre a questão em litígio. Destaca-se que é objeto de debates sobre as divergências quanto a sua natureza jurídica; se seria um terceiro interessado ou terceiro não interessado, pela lógica do interesse jurídico.

Quanto às audiências públicas, a Lei nº 9.868/1999, qual seja, lei do procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, afirma que os entes convidados a se manifestar em audiência pública atuam com o único e exclusivo interesse de esclarecer a matéria ou circunstância de fato ou prestar informações além das contidas nos autos<sup>38</sup>. O instituto não é imune a críticas.

Nas palavras de Carlos Bolonha, José Eisenberg e Henrique Rangel, “não há a figura institucional de um ente convocado a fornecer subsídios aos juízes para que estes construam, entre si, a decisão adequada. O decorrer das audiências sugere a tendência de uma situação participativa de deliberação, na qual os atores tratam de se associar a uma das partes litigantes e passam a representar interesses extrajurídicos – políticos, econômicos, filosóficos, teológicos, entre outros – de natureza particular”<sup>39</sup>.

Quanto ao tema, mais uma vez utilizaremos o Eg. Supremo Tribunal Federal como ponto de partida. No julgamento sobre o novo Código Florestal, o Ministro Luiz Fux convocou uma audiência pública. Na ocasião, o ministro agradeceu aos expositores e elogiou o alto nível científico das apresentações, que segundo seu entendimento, *foram suficientes para 22eixá-lo plenamente habilitado para julgar a causa*. Entre as dezenas de expositores, havia representantes de movimentos sociais e da sociedade civil, diversos acadêmicos, pesquisadores e representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental. Para o ministro, a audiência pública é uma resposta à crítica que existe quanto à falta de capacidade institucional da magistratura para o julgamento de determinadas questões de maior complexidade.

---

ção de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

<sup>38</sup> Lei nº 9.968/1999, art. 9º, § 1º. “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>39</sup> BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais no constitucionalismo contemporâneo. **Direitos fundamentais & Justiça**. Ano nº 5, nº 17, pp. 288-309, out./dez. 2011.

O ministro citou o posicionamento de Cass Sustein sobre a incapacidade eventual de o juiz de direito decidir sobre determinadas matérias, contrapondo-o:

Eu poderia contradizer o que o professor Cass Sustein afirma dizendo que hoje eu me sinto perfeitamente habilitado a decidir essa causa diante da tamanha contribuição que todos os senhores forneceram.

Como visto, uma boa teoria não é aquela que parta da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseie numa visão realista sobre as suas capacidades institucionais. A expertise técnica e habilidades para lidar com a discussão envolvida precisa ser levado em consideração de modo a definir se o Congresso Nacional, a Presidência da República, as Agências Reguladoras ou o Poder Judiciário pode oferecer uma melhor resposta, possuindo, portanto, “maior capacidade institucional”.

Assim, o foco das questões relativas à interpretação jurídica deixa de ser em *como a norma deve ser interpretada* para ser em *quem deve interpretar*. Nas palavras de Carlos Bologhina e Rafael Bezerra de Souza, “deve-se manter vigilante para que a compreensão da tarefa de investigação do papel das instituições jurídicas e de concretização da constituição não reedite o estado de deslumbramento diante daquilo que vem de fora e do “novo”, nem o debate academicista, de cunho teórico”<sup>40</sup>.

Dessa forma, é preciso saber se diante da discricionariedade administrativa na efetivação de políticas públicas é possível aplicar a capacidade institucional como parâmetro de deferência. Deve-se considerar que as políticas públicas compreendem um vasto domínio de questões políticas, técnicas e jurídicas, de modo que a discussão sobre em que medida a teoria das capacidades institucionais pode ajudar na compreensão do papel dos juízes no controle judicial dos programas de ação do Poder Público é essencial. Trata-se disso mais adiante.

---

<sup>40</sup> BOLONHA, Carlos; SOUZA, Rafael Bezerra de. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 43, jul.-dez. 2013, pp. 162-183. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373>>. Acesso em 16 jun. 2018.

## 2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

### 2.3 A observação dos efeitos sistêmicos na tomada de decisão

A decisão sobre a implementação de políticas públicas também deve sempre levar em consideração o impacto no quadro de gestão como um todo. Efeitos sistêmicos, assim chamados por Vermeule e Sunstein, podem ser indesejados e imprevisíveis, o que exige uma postura cautelosa e deferente por parte do Poder Judiciário<sup>4142</sup>.

Como Barroso também aponta, por excelência, juízes atuam em casos concretos, praticando o direito na microjustiça<sup>43</sup>, cegos e alheios ao potencial impacto de suas decisões sobre a prestação dos serviços públicos como um todo. A capacidade de fazer uma análise holística das consequências de implementar determinadas práticas no âmbito de políticas públicas só é possível a um gestor central que avalie a totalidade do quadro afetado.

Os juízes de direito não só se mostram incapazes de avaliar os efeitos sistêmicos, como não há mecanismos de responsabilização de decisões desastradas. O gestor público, por outro lado, é eleito justamente sob essa lupa, tendo o exercício de suas funções condicionado ao bom funcionamento das políticas públicas. Juízes podem decidir sem nem mesmo levar tais efeitos em consideração e não sofrer qualquer tipo de consequência, até porque são protegidos pelos mecanismos que garantem sua independência e imparcialidade.

Exemplo notório da atuação desairosa do Poder Judiciário é a área da saúde. Conforme mencionado por Barroso:

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Revista (Syn)Thesis**, vol. 5, nº 1, 2012, p. 30.

<sup>42</sup> Nesse sentido, Bolonha, Eisenberg e Rangel levantam: “No que tange aos efeitos sistêmicos, preocupa-se com os resultados que podem recair sobre pessoas, instituições públicas e instituições privadas; o que exige do processo de deliberação um rigor maior na interpretação, discussão e decisão do caso concreto. Desta forma, a partir das críticas encontradas nas chamadas questões institucionais, o processo de deliberação pode ocorrer, legitimamente, de maneira aprofundada e minuciosa, na medida em que for implementada a capacidade da instituição de lidar com o problema e previstas as decorrências sistêmicas de seu desfecho, sobretudo em relação aos seus reflexos sobre outras instituições. Do contrário, não deve a instituição arriscar-se em interpretações que muito se afastem dos termos legais, deixando as inovações para as instituições dotadas da respectiva capacidade exigida e para situações que elidam efeitos em sua dinâmica, incorporando um comportamento próprio das virtudes do formalismo, corroborando o que Bickel já cunhava de *passive virtues*”. BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais no constitucionalismo contemporâneo. **Direitos fundamentais & Justiça**. Ano nº 5, nº 17, p. 297, out./dez. 2011, p. 297.

<sup>43</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, **Revista de Direito do Estado** 3:17, 2006, p. 34.

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.<sup>44</sup>

A atuação jurisdicional pode ser salutar caso desempe um papel de controle da aplicação correta da lei por parte da Administração. No entanto, vê-se com frequência a reformulação de decisões administrativas com base em princípios fundamentais, como a famigerada dignidade humana, que podem ser interpretados de maneira ampla e frequentemente conflituosa com outros princípios. Note: isso ocorre não necessariamente como meio de remediar omissão do Estado ou fazer cessar ação inconstitucional, mas também para redesenhar opções feitas pelo gestor público. Caso a política pública em vigor implemente determinações constitucionais, determinações legais e seja de fato executada, a Justiça deve agir com cautela, sob o risco de transbordar a conhecimentos técnicos ou políticos que fogem de sua alçada.

Analisemos com mais cuidado o exemplo da saúde pública. A Constituição prescreve o direito universal à saúde como dever do Estado, por meio de políticas sociais e econômicas<sup>45</sup>. Sublinhe-se que tais políticas são objeto da atuação da Administração Pública, não de intervenções judiciais, ainda que por repetidas vezes o Judiciário intervém, e o faz com base no mesmíssimo referido trecho da Constituição. No entanto, como bem aponta José Afonso da Silva<sup>46</sup>, a prescrição constitucional se trata de uma *norma programática* de nossa magna carta, não apresentando, assim, uma obrigação jurídica do Estado, e sim um norte a ser observado pelo mesmo<sup>47</sup>.

Ao se aventurar em decidir como se Administração fosse, o Judiciário esbarra necessariamente na chamada *reserva do possível*, o que por sua vez tem outros desdobramentos. Em

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Revista (Syn)Thesis**, vol. 5, nº 1, 2012, p. 30.

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição da República (1988). Artigo 196.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 1999, pp. 83-4.

<sup>47</sup> No mesmo sentido: TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des Antonio Lindberg Montenegro: “Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Impropriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado”.

primeiro lugar, é questionada a legitimidade de juízes não-eleitos decidirem sobre a alocação de recursos arrecadados por impostos. A população elege governantes do Executivo com essa exata função. Em um cenário de escassez de recursos, confrontado o administrador público com escolhas de igual status, o que justificaria uma mudança em suas escolhas forçada por um juiz de direito? E da parte do juiz, decide-se em favor de quem pode levar suas demandas à Justiça com maior facilidade e recursos jurídicos?<sup>48</sup> Assim juízes de direito decidem não apenas sobre o que deve ser feito, mas ao obrigar a prestação de serviço pelo Estado, obriga também a falta ou a deficiência de outro serviço que a Administração havia decidido por oferecer devidamente, provavelmente ainda no mesmo setor. Portanto, o Judiciário não estaria decidindo pelo oferecimento da saúde, e sim por qual oferecimento de saúde.

O segundo ponto, corolário do supramencionado, é a desorganização provocada na gestão governamental em função das decisões judiciais. A Administração é impedida de se planejar devidamente em função de imprevisíveis e imponderáveis ordens enviadas da Justiça.

Para encerrar por agora a discussão sobre saúde pública, vamos adentrar um subtópico do tema, fazendo simultaneamente um retorno ao argumento dos efeitos sistêmicos. Examinemos a distribuição de medicamentos.

Apesar da distribuição de medicamentos, como política remediativa, não ser mais eficiente e ampla do que diversas políticas preventivas, dentre elas investimentos em saneamento básico, ainda é uma política que consome vultosos recursos públicos em relação àquelas. Ocorre que a concessão de medicamentos é conseguida pelo indivíduo, em oposição às políticas preventivas, que têm sujeitos passivos indeterminados. Juízes de direito analisam somente micro demandas, não o quadro como um todo. Afinal de contas, não podem nem mesmo avaliar o impacto de suas múltiplas decisões isoladas. Isso gera efeitos sistêmicos sobre os gastos públicos são sequer percebidos pelo Poder Judiciário.

## 2.2 *Accountability* das instituições

Um aspecto central da boa governança em políticas públicas é a responsabilização dos entes encarregados de formulá-las e implementá-las. A chamada *accountability* impõe o dever

---

<sup>48</sup> Questionamentos levantados por Fabiano Holz Beserra em comentário sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, **Revista de direito social** 18:110.

de instituições encarregadas de determinadas práticas justificarem e prestarem contas sobre estas, se sujeitando a sanções políticas, sociais, institucionais ou jurídicas no processo. A *accountability* pode se dar em sentido vertical, quando a sociedade sanciona os agentes estatais, ou horizontal, por meio do controle institucional entre órgãos do Estado.

Ocorre que os agentes estatais do Poder Judiciário são brindados com extensas garantias de independência. Trata-se do principal braço de poder responsável por aplicar sanções no controle horizontal, razão pela qual seus membros não são sujeitos ao controle político, com garantias como vitaliciedade e inamovibilidade. Essa configuração institucional impõe um desafio para se desenhar mecanismos de controle sobre o próprio Judiciário. Esse é um fator determinante pelo qual decidir sobre políticas públicas não deveria ser matéria judicial.

No sentido de traçar tais mecanismos, não apenas para o Judiciário, mas qualquer autoridade, apresenta-se como exemplo icônico a recente aprovação da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para acrescentar-lhe novos artigos. As inovações trazidas incluem a cobrança de motivações decisórias à interpretação e a aplicação de normas sobre gestão pública, fomentar a participação popular nas decisões e possibilitar a responsabilização subjetiva de agente público atuando em erro grosseiro ou dolosamente contrário ao interesse público.

Logo no primeiro novo artigo – 20 – estabelece-se a vedação a decisões com base em valores abstratos ou fórmulas genéricas sem que sejam levadas em conta suas consequências práticas<sup>49</sup>. No que pese o termo *consequências práticas* ser relativamente vago, é um indicativo da necessidade do agente decisor considerar fatores não apenas jurídicos, como sociais, éticos ou econômicos, que necessariamente impactam a sociedade de maneira colateral.

Uma crítica que pode ser feita ao novo dispositivo foi elaborada por José Nuzzi Neto, que afirmou:

Discordo do que se propõe porque será praticamente transformar a atividade judicial, ou de quem decide na esfera administrativa, que é a de ponderar a situação, na de

---

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/42. Artigo 20 (incluído pela Lei 13.655/18): “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo Único: A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

administrador em si. Em suma, para considerar consequências práticas da decisão, os juízes ou o Tribunal de Contas terão de se colocar no papel de administradores. A meu ver extrapola o campo de atividade de profissionais do Direito.<sup>50</sup>

Essa crítica falha em observar a oportunidade que a Lei 13.655/18 nos traz. A atividade judicial não deve assumir o papel de administrador em si, e esse é exatamente o ponto. Ao exigir que uma autoridade judiciária faça uma avaliação que ela é incapaz de fazer, demonstra-se, portanto, que ela não deveria decidir sobre a matéria. Os impactos colaterais, ou *efeitos sistêmicos*, são reais e sua ocorrência independe de serem observados na decisão que os gera. Cobrar que sejam previstos pelo juiz interventor é uma forma de abrir os olhos dessa autoridade para o fato de que não possui capacidade institucional para atuar na matéria, logo deve se abster de fazê-lo.

### 2.3 A discricionariedade administrativa como elemento das políticas públicas

Felipe de Melo Fonte descreve três elementos das políticas públicas<sup>51</sup>: o orçamento público, o planejamento público e a discricionariedade administrativa.

O orçamento constitui ferramenta essencial de controle do dinheiro público, por isso é determinante para a eficácia das políticas públicas no geral, e, como precisa ser debatido nas esferas deliberativas do poder político, é também um veículo da vontade democrática sobre recursos escassos. Remanejar esses recursos por vias externas à deliberação legislativa/executiva pode significar uma violação dessa vontade<sup>52</sup>.

O planejamento público, por sua vez, dita as diretrizes para a execução das políticas públicas<sup>53</sup>, com o propósito duplo de trazer transparência e racionalização. Como aponta Maria

---

<sup>50</sup> Comentário feito na matéria “Sancionada, LINDB ainda divide opiniões”, **Jornal do Advogado** n. 438, 2018, p. 9.

<sup>51</sup> Fonte aponta que a “discricionariedade administrativa e legislação orçamentária são os instrumentos por excelência de manifestação jurídica das políticas públicas, além das leis em sentido amplo. Dentre estas, avultam de importância as leis que cuidam do planejamento público”. FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.

<sup>52</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 78-80.

<sup>53</sup> Nesse sentido, a própria Constituição da República prevê a elaboração de iniciativa do Poder Executivo de planos plurianuais determinando diretrizes da Administração: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual (...) § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.”

Paula Dallari Bucci, para racionalizar o poder de forma transparente, é preciso disciplinar não apenas as decisões alocativas dos recursos, mas os processos e condições subjacentes a essas escolhas<sup>54</sup>.

O terceiro elemento, que dá nome a este subtópico, é a discricionariedade administrativa. Ainda que as políticas públicas sejam laureadas por normas específicas e regramentos do Poder Legislativo, este elemento é figura fundamental na implementação das políticas. Duas correntes explicam sua existência. A primeira, mais clássica, reforça a limitação de se produzir normas gerais que sempre se adequem aos casos concretos – a discricionariedade é necessária para atuar no âmbito do imprevisível.

A segunda explicação considera que as lacunas nas normas aplicadas são montadas deliberadamente para a Administração Pública exercer sua maior e mais vantajosa capacidade institucional. Essa escolha serve como parâmetro também para a deferência judicial às opções da Administração<sup>55</sup>. Por repetidas vezes, contudo, vê-se o Poder Judiciário se comportando no sentido oposto, para ler as normas em seu formato mais amplo e fazer uma leitura individual – a partir de cada juiz – dos deveres do Estado. Exemplo clássico já levantado neste estudo parte da efetivação de normas constitucionais programáticas.

O advento do neoconstitucionalismo no Brasil nos trouxe o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, combinado com o reforço do poder judicial, seja por meio da abertura da amplitude de ações de controle a um leque maior de legitimados ativos, seja pela maior proteção ao papel da Justiça, e a constitucionalização de diversos assuntos de duvidosa necessidade de serem positivados na Carta Magna. A Constituição de 88 também abarcou boa quantidade de princípios vagos e com grande poder de irradiação<sup>56</sup>. Esse conjunto de fatores vem legitimando a interferência do Poder Judiciário na agenda da Administração Pública de maneira descontrolada<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**, 2013, p.177.

<sup>55</sup> Este tema será melhor explorado no Capítulo III. Por ora, analisemos as razões que justificariam essa escolha.

<sup>56</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, pp. 6-7.

<sup>57</sup> Nas palavras bem ditas de Felipe de Melo Fonte: “a inclusão de normas programáticas no texto constitucional operou nítida ponte entre o direito e a política, legitimando e abrindo espaço para que o Poder Judiciário interfira na definição da agenda institucional do Estado brasileiro. Ao exortar os poderes políticos mediante apelos constitucionalizados, foi derrubada a barreira que separava o político e o jurídico, na compreensão tradicional desta divisão. Ora, nada impede que o discurso jurídico avance sobre temas legislativos e administrativos, mas a existência de normas constitucionais instituindo direitos tradicionalmente tratados de maneira coletiva, marcadas por sua baixa densidade normativa, serviu como um convite a que a barreira institucional fosse atravessada em ter-

Fato é que normas que positivam princípios – tome a dignidade da pessoa humana como exemplo novamente – não estabelecem parâmetros para sua própria aplicação<sup>58</sup>, e não é nada claro quais ações promovem, preservam, esvaziam ou deterioram sua fruição pelos indivíduos e pela sociedade. Não surpreende que o alcance dessas normas seja objeto de disputa tão ferrenha na doutrina e na prática judicial, simplesmente porque não há como obter respostas corretas. Pode se dizer, inclusive, que a disposição dessas normas no texto fundamental decorre de sua generalidade, pois instituem valores que a maioria das pessoas estão de acordo em algum nível.

Esse confronto traz também o problema democrático. Como delibera Sarmiento<sup>59</sup>, enquanto o próprio legislador é limitado pelas determinações constitucionais, a abertura das normas proporciona ao intérprete judiciário um poder sobre seu processo de criação, conferindo aos magistrados o status de poder constituinte permanente com mais força do que o Poder Legislativo! Fazem-no, ainda, conforme já demonstrado, sem mecanismos decentes de *accountability*, remodelando ideais constitucionais à revelia da vontade popular teoricamente manifestada no Congresso Nacional eleito.

As obras doutrinárias que endossam esse comportamento por parte da Justiça equivocadamente desconsideram as instituições reais. Vermeule<sup>60</sup> distingue três motivos para isso: (i) a análise excessivamente abstrata das instituições, desconsiderando elementos concretos das instituições reais que seriam determinantes ao trazer a teoria para a prática<sup>61</sup>; (ii) considerações estereotipadas sobre as instituições reais, como versões irreais de representação parlamentar, por exemplo; ou (iii) o chamado institucionalismo assimétrico, com análises preconceituosas e negativas sobre determinadas instituições – notadamente a Administração Pública – e fantasiosas e otimistas em relação a outras – notadamente o Judiciário<sup>62</sup>.

---

mos praticamente incontornáveis”. FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, p. 174.

<sup>58</sup> TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**, 2008, p. 78.

<sup>59</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, 2009, p. 12.

<sup>60</sup> VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: na institutional theory of legal interpretation**, 2006, p.16.

<sup>61</sup> Melo Fonte dá como exemplo hipotético um cenário em que dois tribunais com o mesmo número de membros e sessões semanais julga números díspares de casos por ano (50 e 50.000). Esses tribunais interfeririam em questões políticas em igual grau? FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 177.

<sup>62</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, p. 177-178.

Além do posicionamento doutrinário, o ativismo judicial encontrou respaldo popular nos tempos atuais, na leitura feita por Melo Fonte. O espaço eminentemente político decaiu em franco descrédito perante a opinião pública, conforme demonstrado repetidas vezes por meio de pesquisas de opinião. Tomando o Índice de Confiança Social<sup>63</sup> calculado pelo IBGE como parâmetro, observamos em 2018 a baixa recorde de instituições mais relacionadas à Administração, enquanto a Justiça e o Ministério Público mantêm certo nível perante a população.

Apesar de, no momento, as decisões do Poder Judiciário contarem com algum respaldo da população<sup>64</sup>, diante de tal cenário, isso não é garantido indeterminadamente. Caso a opinião popular se vire contra a maneira de decidir da Justiça, enfrentará resistência no arranjo institucional que se consolida enquanto ela ainda é a favor. Afinal de contas, as decisões judiciais também podem servir a representar forças do atraso, mesmo que isso não aconteça agora e ainda que a sociedade o queira no futuro. A título de exemplo histórico, tivemos a Era de Lochner nos Estados Unidos da América, quando a Suprema Corte envidou esforços sistemáticos contra a edição de legislação trabalhista e outras medidas de intervenção econômica tentadas pelo governo *yankee*.

Para Vermeule e Sunstein, juízes decidindo em condições de incerteza e limitação deveriam se abster de ocupar esse espaço deixado pelas normas. Caso seja necessário decidir sobre matérias do gênero, é preferível que o façam restringindo a quantidade de informações o quão mais complexas forem, de maneira que sejam limitados os danos colaterais decorrentes de sua decisão.

---

<sup>63</sup> A pesquisa realizada pelo IBGE em julho de 2018 registrou 43% de confiança da população na Justiça e 49% no Ministério Público. Já instituições como o Governo Federal registram quase a metade disso. O Governo Federal conta com a confiança de 25% da população, o Congresso Nacional, com 18%, partidos políticos, com 16%, e o Presidente da República chega a espantosos 13%. Disponível em <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-nas-instituicoes-e-a-mais-baixa-desde-2009/>>. Acesso em 24 nov. 2018.

<sup>64</sup> Sarmento critica o que chama de uma espécie de governo platônico, em que a sociedade é comandada por sábios togados que assumem uma posição paternalista sobre os cidadãos. Ademais, a obsessão com a interpretação judicial obscurece o papel a ser cumprido pelos demais poderes e pela própria sociedade. Cf. SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, 2009, p. 13. Crítica semelhante é feita por Ingeborg Maus, que enxerga nesse protagonismo judicial uma infantilização da cidadania. Cf. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos CEBRAP* n. 58, 2000.

Boa parte dos espaços interpretativos deixados pelos órgãos judiciais, para Sunstein e Vermeule<sup>65</sup>, seriam melhor ocupados pelas agências da Administração, pois estas têm não apenas as condições técnicas, mas respaldo político e proximidade das temáticas em jogo muito superior ao Poder Judiciário. A diferença de capacidades institucionais é o grande trunfo de que a Administração Pública dispõe.

Sendo assim, Vermeule preceitua<sup>66</sup> que os juízes devem se aproximar da interpretação mais literal possível, pois uma expansão de seu sentido gera interpretações muito próprias dos próprios juízes. Nos casos em que a norma apresente sentido ambíguo ou duvidoso, cabe ao juiz prestar deferência às interpretações emanadas pela Administração Pública.

Felipe de Melo Fonte pontua ainda as vantagens institucionais de se optar pelo processo político em oposição a processos judiciais. Em sua visão<sup>67</sup>, existem duas grandes vantagens essenciais: (i) processos políticos asseguram direito a participação mais igualitário; e (ii) via de regra, garantem igualdade no acesso aos serviços e bens oferecidos com critérios gerais de fruição.

Reproduzindo as ideias de Jeremy Waldron em *Law and disagreement*, Melo Fonte traz interessantes observações sobre o processo político<sup>68</sup>, elaboradas nos quatro próximos parágrafos.

O processo político se caracteriza pela abertura à participação popular. Nesse sentido, o Estado é um instrumento disputado por partes que buscam formar consensos para implementar suas agendas. Entretanto, pela heterogeneidade de sua composição, a normalidade do processo político de concretização das finalidades públicas é o desacordo. Isso não configura necessariamente um problema, e os avanços implementados pelo Poder Público passam por superar as diferenças para chegar a um denominador comum. O Estado é, assim, instrumentalizado pelos mesmos agentes que serão regidos por ele.

---

<sup>65</sup> SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions, **Michigan Law Review**, vol. 101, 2002, p. 47.

<sup>66</sup> VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**, 2006, p. 11.

<sup>67</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, p. 182.

<sup>68</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, pp. 182-184.

A partir dessas ponderações, conclui-se em primeiro lugar que, como necessariamente existem discordâncias políticas, a solução não virá por meio de dedução jurídica (até porque as próprias normas que se interpretam foram assim estabelecidas porque o ponto de consenso em sua edição não incluiu maiores detalhes, conforme mencionado em parágrafo acima, sendo portanto necessariamente controversas, a princípio). Sendo assim, o acordo que resolve a controvérsia deve se dar na esfera de órgãos que melhor reflitam o debate na sociedade, pois lá é o verdadeiro espaço da disputa.

Em segundo lugar, temos que a teoria do direito não pode funcionar como teoria da autoridade. É preciso definir critérios de autoridade para resolver as controvérsias, mas essa autoridade não pode ser delimitada puramente com base na justiça. A discordância das pessoas gira justamente em torno da definição da justiça, e é para isso que se institui uma autoridade.

Em terceiro, depreendemos que a autoridade, após a definição de seus critérios de decisão, deve ser respeitada por todos, inclusive pelos “derrotados”, que não enxergam como justo o desfecho da controvérsia.

Nas decisões sobre políticas públicas não é diferente. Dada a limitação de recursos, devem ser feitas escolhas que implicam o abandono de outras alternativas de políticas. É impossível atender a todas as demandas sociais. Disso reputa-se que, como as decisões sobre políticas públicas definem escolhas, não só de coisas que serão feitas, mas também as que são deixadas de lado em função daquelas, razoável é pensar que os envolvidos possam deliberar e intervir em paridade de armas<sup>69</sup>.

O espaço para essas deliberações é por excelência o processo político. As características positivas desse meio mencionadas acima são totalmente revertidas quando analisamos o processo judicial. Estes não são facilmente acessíveis. Mesmo com a legitimidade para demandar em juízo, partes precisam de profissionais capacitados para postular – advogados – e, acima de tudo, sempre serão apenas partes. O espaço de deliberação é tremendamente reduzido para incluir apenas reclamante e reclamado, ou, no máximo, a figura de terceiros intervenientes, de qualquer forma, passando longe da pluralidade tangível em um órgão político como um par-

---

<sup>69</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, p. 185.

lamento, por exemplo. Logo, apenas os espaços públicos políticos podem servir a esse propósito<sup>70</sup>.

Em função desse raciocínio, para Felipe de Melo Fonte, a partir da construção de Jeremy Waldron, o argumento da expertise técnica da Administração Pública assume uma importância secundária. Ele entende que o principal ponto é, afinal, a desigualdade de tratamento disposta aos cidadãos e de possibilidade de se manifestar democraticamente sobre matérias que condizem a todos igualmente. Assim, defende a existência da primazia do processo político em matéria de políticas públicas<sup>71</sup>.

Nesse capítulo, foram oferecidas variadas justificativas para a preferência de uma atuação da Administração Pública em matérias de políticas públicas. Fomos das capacidades institucionais ao princípio democrático, abordando a *accountability* e o neoconstitucionalismo no caminho. Direcionemos nossa atenção no próximo capítulo para a operacionalização da primazia da Administração sobre políticas públicas por meio da deferência judicial às suas decisões como mecanismo de controle adequado ao Poder Judiciário.

---

<sup>70</sup> Nas palavras mais firmes de Felipe de Melo Fonte: “A democracia impõe o reconhecimento de um direito de participação em igualdade de condições nas decisões públicas (a respeito de políticas e mesmo de direitos), e o processo judicial não tem a possibilidade de garanti-lo em sua plenitude”. FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, p. 186.

<sup>71</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, p. 196.

### 3 A DEFERÊNCIA COMO CAMINHO

#### 3.1 A doutrina Chevron

Um marco da deferência como mecanismo de autocontenção do Judiciário foi o surgimento da doutrina Chevron, nos Estados Unidos da América. A deferência, a partir dessa doutrina, consiste basicamente no respeito do Poder Judiciário a escolhas fundamentadas da Administração. A Justiça não deve decidir diferente do que a Administração já decidiu razoavelmente. Nesse sentido, eventuais lacunas deixadas pelo legislador são interpretadas como uma provável delegação à Administração, constituindo, assim, a vontade popular<sup>72</sup>.

A doutrina tem esse nome em função do caso célebre<sup>73</sup> que serviu como precedente mais citado<sup>74</sup> em seu surgimento. A contenda surgiu com a revogação de uma decisão administrativa da Agência de Proteção Ambiental americana por parte de uma corte federal<sup>75</sup> a pedido da NRDC, uma organização de proteção ao meio ambiente. A companhia Chevron, como parte afetada, apelou à Suprema Corte e recebeu a decisão final em seu favor. Nessa decisão, foram fixados os requisitos que, caso cumpridos, vedam a revogação de decisões administrativas por parte dos Tribunais: (i) deve ser verificada a existência de uma lacuna para a atuação da Administração, determinando uma delegação por parte do legislador ao gestor público ou seus agentes; e (ii) o ato administrativo deve ser uma interpretação possível<sup>76</sup> da norma.

---

<sup>72</sup> Parte da doutrina *yankee* reclama uma “doutrina da não-delegação”, segundo a qual magistrados deveriam impor proibições à delegação excessiva de poder por parte do Legislativo ao Executivo, requerendo o estabelecimento de objetivos e parâmetros para que a delegação seja feita, a partir da premissa de que o Legislativo é essencialmente o órgão mais *accountable*. Vermeule refuta essa tese, afirmando que o Executivo possui elementos de *accountability* tão consideráveis quanto o Legislativo e que o Legislativo pode ser responsabilizado de qualquer forma ao optar por delegar. Cf. VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small**. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007, pp. 143-144.

<sup>73</sup> *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

<sup>74</sup> Segundo Thomas Merrill, o caso se tornou marco jurisprudencial e doutrinário por acidente. MERRILL, Thomas W. **The story of Chevron: the making of and accidental landmark**. In: STRAUSS, Peter. **Administrative Law Stories**. New York: Foundation Press, 2006.

<sup>75</sup> A Suprema Corte estabeleceu em *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) que cortes federais têm autoridade para exercer controle judicial sobre normas editadas pelo Congresso e declará-las inválidas em caso de violação da Constituição.

<sup>76</sup> O voto do magistrado John Paul Stevens utiliza o termo *permissible construction*, ou construção permitida: “First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute . . . Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute”. *Chevron U.S.A. v. NRDC*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984). Na tradução livre do autor: Em primeiro, sempre, está a questão se o Congresso diretamente

Em síntese, portanto, a doutrina Chevron prescreve que o Judiciário deve preservar as decisões da Administração (salvo hipótese de flagrante ilegalidade), em uma postura de deferência à sua atuação<sup>77</sup>, nos espaços em que esta realizou as ponderações adequadas<sup>78</sup>.

Interessante observar que a decisão no caso Chevron não dispõe que a omissão do Legislativo constitui necessariamente uma delegação à Administração, mas sim que não cabe ao Judiciário fazer essa percepção:

O Congresso pretendeu acomodar ambos [interesses econômicos e ambientais], mas não o fez no nível de especificidade apresentado por esses casos. Talvez aquele órgão conscientemente desejasse que o Administrador abordasse o equilíbrio nesse nível, pensando que aqueles com maior expertise e investidos de responsabilidade para administrar a provisão estaria em melhor posição de fazê-lo; talvez simplesmente não tenha considerado a questão nesse nível; e talvez o Congresso não fosse capaz de forjar uma coalizão em qualquer lado da questão, e aqueles de cada lado decidiram se arriscar com o esquema pensado pela agência. Para desígnios judiciais, não importa qual desses ocorreu.<sup>7980</sup>

Na visão de Vermeule<sup>81</sup>, isso demonstra que a Suprema Corte, ao decidir o caso Chevron, não tomou como norte para estabelecer deferência a delegação do Legislativo, mas sim tiveram consciência das capacidades institucionais limitadas que o Judiciário tem em comparação com o Executivo, ainda que não tenha usado essas palavras. Os juízes reconheceram as virtudes de *accountability* da Administração ao mesmo tempo em que admitiram as limitações institucionais da magistratura.

---

abordou a exata questão em disputa. Se a intenção do Congresso é clara, esse é o fim da questão; pois a corte, assim como a agência, deve garantir a efetividade à intenção inequívoca expressada pelo Congresso. Se, porém, a corte determinar que o Congresso não abordou diretamente a exata questão em disputa, a corte não deve simplesmente impor a sua própria interpretação da norma ... Em vez disso, se a norma é silente ou ambígua a respeito da disputa específica, a questão para a corte é se a resposta da agência é baseada em uma construção permitida da norma.

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Ativismo judicial, pragmatismo e capacidade institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos**, Belo Horizonte, 2012, pp. 9-36.

<sup>78</sup> Vermeule sugere em 'Mechanisms of democracy: institutional design writ small' que apesar de a ideia de Chevron ser positiva, sua implementação é fraca, por meio apenas de doutrina. Em seu entendimento, as regras de Chevron seriam melhor executadas como um verdadeiro mecanismo institucional, independente do atendimento por parte dos juízes. Para isso, sua sugestão é implantar uma regra de votação de supermaioria em órgãos judiciais colegiados para reverter decisões da Administração contestadas em juízo.

<sup>79</sup> *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

<sup>80</sup> Tradução do autor.

<sup>81</sup> VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small**. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007, p. 155.

Tudo considerado, a grande perspicácia que Vermeule observa na doutrina Chevron<sup>82</sup> é a adição de um segundo grau decisório a ser apreciado. O magistrado que recebe para julgamento um processo que versa sobre a alteração de interpretação da Administração sobre uma norma não deve simplesmente dar a sua própria leitura de qual é a interpretação correta da norma, mas se limitar a observar se a postura da Administração é aceitável. Esse comportamento não é observado em nenhuma outra modalidade processual<sup>83</sup>.

### 3.2 Aplicabilidade na realidade constitucional brasileira

Como já observamos no Capítulo I, o argumento das capacidades institucionais já penetrou no debate jurídico brasileiro. Se o fundamento para os mecanismos de deferência é aceitável no ordenamento jurídico nacional, por que os próprios mecanismos não seriam?

De fato, o STJ já vem fazendo uso eventual dessa argumentação:

MEDIDA CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO URGENTE E EXCEPCIONAL.

(...)

3. Situação em que se deve preservar os poderes de investigação da Secretaria de Direito Econômico, que merecem especial deferência em razão da alta complexidade da matéria e da especialização técnica do órgão.

(...)<sup>84</sup>

Em interessantíssimo caso sobre a possibilidade de revisão de decisão da ANATEL – um exemplo emblemático, pois ocorre com uma agência da Administração, como no caso Chevron:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 267, § 3º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DIVERSAS

<sup>82</sup> VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy**: Institutional Design Writ Small. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007, p. 156.

<sup>83</sup> Como exemplo básico que Vermeule mesmo dá, em um processo criminal não existe presunção alguma sobre o posicionamento da promotoria.

<sup>84</sup> STJ, j. 7 ago. 2007, MC 13.103-SP, Rel. Min. Herman Benjamin.

ARBITRAGENS ADMINISTRATIVAS LEVADAS A CABO PELA ANATEL. DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA EM CONFLITO ENTRE PARTES DIFERENTES, MAS COM O MESMO OBJETO. MATÉRIA DE ALTO GRAU DE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. EXTENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ÀS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM OUTRAS OPERADORAS DE TELEFONIA. DEVER DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA DEFERÊNCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA, DA EFICIÊNCIA E DA ISONOMIA. EVITAÇÃO DE DISTORÇÕES CONCORRENCIAIS. REVISÃO DA EXTENSÃO DA LIMINAR DEFERIDA NO PRESENTE CASO.

(...)

5.5. Parece que, **tendo em conta o alto grau de discricionariedade técnica que permeia o assunto e também os princípios da deferência técnico-administrativa, da isonomia e da eficiência**, não se pode ignorar que, embora em sede de contenda instaurada entre a GVT e a Vivo, **a lógica do sistema de telecomunicações impõe que o valor de referência aí fixado seja estendido a todos os demais participantes de arbitragens similares** (englobando, pois, a arbitragem entre a GVT e a TIM - parte recorrente).

(...)

5.9. Mantendo a incidência da **principiologia acima já declinada (princípios da isonomia, da eficiência e da deferência técnico-administrativa)**, parece incongruente, a esta altura, manter a liminar nos termos em que deferida quando a **agência reguladora do setor de telecomunicações já fixou o VU-M que entende cabível - ainda que no âmbito da arbitragem "GVT vs. Vivo"**. (sic.)

(...)

6.4. Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo -, e, na espécie, a cautela possível é *apenas* promover o redimensionamento da tutela antecipada aos termos do Despacho Anatel/CAI n. 3/2007.<sup>85 86 87</sup>

Evidentemente, o novo modelo interpretativo exibido nesses casos não está isento de críticas. Leonardo Coelho Ribeiro, em *Presunções do ato administrativo, capacidades institu-*

<sup>85</sup> STJ, j. 1 jun. 2010, REsp 1.171.688-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

<sup>86</sup> Os grifos não são nossos.

<sup>87</sup> Em que pese o rumo dessa lide ter alterado após a oposição de embargos de declaração, consideramos suficiente a aceitação inicial dos argumentos pró-deferência.

*cionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu?*, faz longa reprimenda à verdadeira capacidade técnica das instituições brasileiras, apontando carências financeiras, humanas e fiscalizatórias sobre as agências reguladoras, por exemplo<sup>88</sup>.

No entanto, como Eduardo Blim<sup>89</sup> aponta, a proposta não é tornar a decisão administrativa imune a críticas, pois qualquer decisão técnica pode ser criticável. Como já mencionamos neste trabalho, a doutrina Chevron não procura a melhor interpretação da norma, apenas uma razoável, por parte de uma autoridade competente, com capacidade institucional e *accountability* decentes. Com a virada institucional descrita por Sunstein e Vermeule, já passou do momento de fantasiarmos sobre o decisor ideal e a opção pela *first-best option*, para nos voltarmos para as instituições existentes, suas capacidades comparativas reais e os efeitos sistêmicos que suas decisões causam não apenas sobre o planejamento da Administração Pública, mas sobre toda a sociedade e as políticas públicas que gostaria de usufruir no melhor alcance possível.

---

<sup>88</sup> 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**: São Paulo, ReDAC, v. 4, n. 22, pp. 85-115, jan./fev. 2016, pp. 107-111.

<sup>89</sup> BLIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 134.

## CONCLUSÃO

Quando a matéria é políticas públicas, não podemos ser levianos na maneira como decidimos. A menor diferença na deliberação pode gerar impactos em cascata dificilmente antecipáveis. A extensa abertura que se deu para a atuação do Poder Judiciário em assuntos que lhe escapam compreender tem reflexos na vida de todos nós. O planejamento público é comprometido, o orçamento público é desvirtuado e a discricionariedade administrativa é abandonada em prol de um sistema de micro escolhas, determinado por parte de quem tem poder para postular junto à Justiça suas reclamações.

A política pública feita ao largo do processo político, pela judicialização de todo tipo de demandas foge à concepção original de democracia. Ainda que hoje isso seja aceito pela população, não sabemos até quando esse apoio vai durar, mas certamente é muito mais difícil desfazer um sistema institucional estruturado de forma errante do que o edificar da maneira que pensamos a melhor possível em primeiro lugar.

A formulação e implementação de políticas públicas por meio de micro demandas falha em enxergar o quadro como um todo. Aqui, a Justiça não é tanto cega quanto míope, visto que tem capacidade institucional de antever efeitos sistêmicos incorrigíveis e indesejáveis. Nossa demanda não é por um sistema interpretativo-decisório perfeito – a virada institucional já nos mostrou que devemos avançar sobre a abstração de instituições e agentes públicos ideais. Precisamos buscar adequar nossas escolhas às melhores opções que temos atualmente (nossas *second-best options*).

Para chegarmos lá, a doutrina precisa se aprofundar na temática tratada neste estudo – daí a importância de abordarmos esse assunto. Na sequência, o Poder Judiciário tem a aprender com seus melhores exemplos de prestação de deferência e de reconhecimento de suas próprias limitações. Já começamos a observar esse novo viés interpretativo em nossas altas cortes, fundamentalmente o STF e o STJ. Se isso se traduzirá na adoção de uma doutrina no país que busque realmente o melhor resultado por quem pode prestá-lo, só o tempo dirá.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas**: a justificação consequencialista de decisões judiciais. Dissertação de mestrado apresentada no PPGD UERJ, 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan.-jun. 2011, pp. 6-50. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>>. Acesso em 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, nº 1, 2016, pp. 192-213. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>> Acesso em 16 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Revista (Syn)Thesis**, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>> Acesso em 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**, t. IV, 2009, no prelo.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 997-1007.

BLIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 125-139. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496561/000940650.pdf?sequence=1>> Acesso em 26 nov. 2018.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais no constitucionalismo contemporâneo. **Direitos fundamentais & Justiça**. Ano nº 5, nº 17, pp. 288-309, out./dez. 2011.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Rafael Bezerra de. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 43, jul.-dez. 2013, pp. 162-183. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373>>. Acesso em 16 jun. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**, estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2016, pp. 373-403.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira, Rio de Janeiro: Processo, 2017.

\_\_\_\_\_. Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um amicus curiae regulatório. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, out. 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/andre-rodrigues-cyrino/separacao-de-poderes-regulacao-e-controle-judicial-por-um-amicus-curiae-regulatorio>>. Acesso em 15 jun. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 305-318, Mai.-Ago. 2018.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEAL, Fernando. Decidindo com normas vagas. Estado de direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação de mestrado apresentada no PPGD UERJ, Rio de Janeiro, 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, **Os Artigos Federalistas**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MERRIL, Thomas W. The story of Chevron: the making of and accidental landmark. In: STRAUSS, Peter. **Administrative Law Stories**. New York: Foundation Press, 2006.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ny8d5> Acesso em 15 jun. 2018.

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**: São Paulo, ReDAC, v. 4, n. 22, pp. 85-115, jan./fev. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 10, nº 39, pp. 9-36, out./dez. 2012.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensões e capacidades institucionais do intérprete. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Souza Neto; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988** (coords.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 311- 322.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em 20 nov. 2018.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del diritto romano attuale**, 1886, v. 1.

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

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas e ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política** [online]. 2013, vol.21, n.45, pp.29-46.

TOSTA, Ribeiro André. Inovação Institucional e o Direito Público: empirismo, experimentalismo e uma proposta de modelo de análise. Dissertação de mestrado apresentada no PPGD UERJ, 2018.

TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

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

\_\_\_\_\_. **Mechanisms of Democracy**: Institutional Design Writ Small. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, Vol. 4, nº 2, pp. 441-463, jul. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em 15 jun. 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**, New York: Oxford University Press, 1999.