Controle Judicial do Ato Administrativo à Luz da Teoria das Capacidades Institucionais

Rafael Couto Federice
Graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Os limites da influência de um poder da República sobre os demais é um tema muito caro ao equilíbrio de qualquer Estado Democrático de Direito, vez que um dos seus pilares é justamente a separação e independência entre eles (art. 2º da CRFB).

Assim, as relações orgânicas entre os Poderes – especialmente as exceções à mencionada separação e independência – devem ser previstas na Lei Maior, que cunhou o que se chama de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), a fim de que um poder seja controlado pelo outro, com o nítido fim de evitar abusos no exercício de cada uma das funções atribuídas a eles.

Dentre os instrumentos introduzidos por esse sistema, destaca-se o controle judicial exercido naturalmente pelo Poder Judiciário sobre os atos editados pelos demais Poderes; e, nesse contexto, a distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental (DI PIETRO, 2013, p. 225) para traçar limites a essa atuação.

2. ATOS VINCULADOS X ATOS DISCRICIONÁRIOS

Em relação aos atos vinculados, a doutrina prega a ampla liberdade do Poder Judiciário para exame em todos os seus as-

pectos (DI PIETRO, 2013, p. 225), vez que todos os elementos do ato estariam definidos em lei, o que permitiria a análise de sua conformidade e a eventual declaração de sua nulidade, caso se verifique alguma irregularidade.

Já em relação aos atos discricionários, é tradicional a separação entre a análise de mérito propriamente dita e a de legalidade, estando o Poder Judiciário limitado à segunda, de forma a respeitar a discricionariedade administrativa, sob pena de substituir o gestor público em sua função, imiscuindo-se de uma competência que não lhe foi dada pela Constituição Federal e, assim, violar a nobre e necessária separação de Poderes.

Isso não significa que há uma carta branca ao gestor, pois a análise do mérito é possível em seu aspecto de legalidade, ou seja, de conformidade com os limites da liberdade (que não se confunde com arbitrariedade) assegurada pela lei, verificando-se que não foram ultrapassados tais limites.

Apesar dessa dicotomia ter se mantido pacificada por longo tempo, com o desenvolvimento do pós-positivismo jurídico, "não mais se permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade" (BINENBOJM, 2008. p. 208).

Daí, o ato administrativo deve se submeter não mais a um mero controle de legalidade, mas a um controle de juridicidade, entendida, segundo o dicionário de vocabulário jurídico do STF, como a "vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineados na Constituição".

Como decorrência da juridicidade, tema deveras rico que merece um trabalho próprio, pretende-se perquirir o papel da teoria das capacidades institucionais no controle judicial dos atos administrativos e, para isso, começaremos com um breve histórico.

3. HISTÓRICO DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NO STF

A) Política Externa

O primeiro caso (v. RCL 11.243/11 e EXT 1.085 PET-AV) examinado pelo STF no qual se mencionou a capacidade institucional de um órgão e/ou entidade como fator limitador para o exercício do controle judicial foi julgado em 2011.

A República Federativa da Itália exigia a extradição de um indivíduo, negada pelo então Presidente da República, com fundamento em cláusula do tratado de extradição entre a RFB e RFI, que permitia a recusa à extradição por crimes políticos.

O STF não conheceu da reclamação, assentando que a extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República.

A *ratio decidendi* é deveras interessante, mas nos interessa um dos argumentos de reforço (*obter dictum*) utilizados pelo STF: o Chefe de Estado é figura constitucionalmente capacitada para interpretar o Tratado de Extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da CRFB, "manter relações com Estados estrangeiros".

Concluiu, dessa forma, que 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, nos moldes cunhados por SUNSTEIN e VERMEULE (2002).

B) Controle de Contas

Em 2015, o STF mencionou (v. MS 33.340, j. 26/05/15) a capacidade institucional do TCU como órgão constitucionalmente

imbuído do controle financeiro da Administração Pública, mas não se debruçou sobre o tema de forma mais aprofundada.

Menciona-se a decisão para traçar um histórico fiel da teoria na jurisprudência do STF e porque, apesar de ter sido breve a menção, fortaleceu a mensagem de que a teoria é reforçada pela previsão constitucional.

Já em 2019, o STF novamente foi instado a exercer o controle sobre ato emanado do TCU e reforçou (v. MS 36.369, j. 17/05/19) a necessidade de deferência às suas decisões quando respaldadas na sua habilitação e atribuição técnicas constitucionalmente previstas (art. 71, CRFB) e ausentes violações aos princípios e valores constitucionalmente caros (ampla defesa, contraditório e devido processo legal).

Em 2020, o STF apontou (v. AgR no AgR no MS 31.677, j. em 04/05/2020) que a revisão judicial dos atos praticados pelo TCU, órgão técnico-especializado no controle da Administração Pública Federal e com previsão constitucional para tanto, deve ser exercida com parcimônia, em situações de patentes ilegalidade e/ou teratologia, em respeito à capacidade institucional da Corte de Contas no regular exercício de suas funções constitucionais.

Posteriormente, o STF reforçou (v. AgR no MS 36.869, AgR no MS 31.244 e AgR no MS 36.744, j. 22/05/2020 e MS 30.892 e MS 35.409, j. 08/06/2020) a aplicação da teoria das capacidades institucionais às decisões tomadas pelo TCU em seu *munus.*

C) Definição de Receitas e Despesas

Em 2016, o STF reconheceu (v. ADI 5.468, j. 30/06/16) que "a jurisdição constitucional, em face da tessitura aberta de conformação legislativa prevista pelo inciso I do § 3º do art. 166 da CRFB, não detém capacidade institucional automática ou pressuposta e não pode empreender, no âmbito do controle abstrato, a tarefa de coordenação entre o Plano Plurianual (PPA) e as respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) e Leis Orçamentárias Anuais (LOAs)".

D) Políticas Públicas em Matéria Ambiental

Em 2018, pretendeu-se discutir três temas afetos ao direito ambiental: reserva legal, mecanismos de sanção e reparação ambiental e áreas de preservação permanente.

O STF entendeu (v. ADC 42, j. 28/02/18) que a questão revestia-se de importância e complexidade maior, considerado o impacto da política ambiental nas futuras gerações e o caráter técnico-científico inerente à matéria, impondo-se ao Supremo prudência na análise das causas de pedir veiculadas e deferência às instâncias representativas.

Ponderou ainda que tal prudência não significava afastar-se do papel contramajoritário, mas sim reconhecer as diversas capacidades institucionais em jogo, as quais afetavam sobretudo situações como a discutida naquele processo, presentes os fatos e previsões efetuadas pelo Legislativo, com significativa influência de fatores propriamente científicos.

O relator apresentou vários argumentos pela constitucionalidade dos dispositivos questionados, dentre os quais destacamos dois: i) obediência ao devido processo legal substantivo (ampla participação social e suporte técnico e científico) e ii) falta, ao Poder Judiciário, de capacidade institucional para apreciar fundamentadamente as inúmeras discussões técnicas envolvidas, pois abrange a percepção e análise de uma realidade que não é aferível do contraste entre a legislação impugnada e o projeto normativo da Constituição em matéria de proteção ambiental.

Naquele cenário, a jurisdição constitucional encontrou óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe de julgado da Suprema Corte Americana (v. FCC v. *Beach Communications*, Inc. 508 U.S. 307,1993), no qual se consignou que "a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos".

Assim, caberia ao Poder Judiciário um dever de deferência para com as opções políticas adotadas pelo Legislativo e, sob a ótica da capacidade institucional, "ausente em um cenário de incerteza, impor-se-ia a autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas" (VERMEULE, 2016, p. 130, 134-135).

E) Improbidade Administrativa

Em 2018, o STF, sob a redatoria para acórdão do Min. Roberto Barroso, afastou a extensão do foro de prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa, apontando (v. AgR na Pet 3.240/DF, j. 10/05/18) que "a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1o grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa".

F) Políticas Públicas em Matéria de Educação e Ensino

Ainda em 2018, o STF decidiu (v. ADC 17, j. em 01/08/18) que cabe ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário para ingresso no ensino fundamental, pois se trata de órgão dotado de capacidade institucional adequada para a regulamentação da matéria.

No caso concreto, essa definição foi fruto de debates contínuos realizados por órgãos técnicos responsáveis por subsidiar o Ministério da Educação com informações de cunho pedagógico e de psicologia educacional, o que recomendava "postura de autocontenção judicial e deferência com relação ao órgão técnico".

Interessante registrar que o Min. Roberto Barroso, possivelmente o maior entusiasta da teoria (no STF), em seu pedido de vista, ressaltou sua deferência para com as posições técnicas, mencionando o Conselho Nacional de Justiça, o CADE e Tribunal de Contas da União.

Em 2020, o STF reforçou (v. ADPF 460, j. 29/06/2020) a aplicação da teoria das capacidades institucionais ao tema e o neces-

sário respeito aos especialistas em pedagogia, psicologia e educação, responsáveis pelo desenho de políticas públicas no setor.

G) CNMP

Em 2019 e 2020, pretendeu-se a revisão de decisão administrativa tomada pelo CNMP, no exercício de sua função correicional e o agravo interno foi desprovido.

O STF não atua como instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo CNMP no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas, de sorte que, "ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário autocontenção (*judicial self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria" (v. AgR no MS 34.493, j. 06/05/19 e MS 37.178, j. 18/08/2020).

H) CNJ

Ainda em 2019, em caso semelhante (v. AgR no MS 36.062, j. 06/05/19) ao tratado no tópico anterior, pretendeu-se o reexame de PAD instaurado pelo CNJ, com breve menção à necessária deferência, por sua habilitação técnica, à capacidade institucional do órgão no exercício da sua competência constitucional de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

Posteriormente, no mesmo ano (AgR no MS 36.037, j. 28/05/19), o STF reforçou a necessidade de deferência à habilitação técnica do CNJ para o exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 103-B, §4º, V da CRFB.

O STF seguiu coerente em sua jurisprudência sobre o tema (v. AgR no MS 36.253 e AgR no MS 35.758, ambos j. 11/05/20, AgR no MS 36.993, j. 29/05/20, AgR no MS 36.884, j. 08/06/20 e MS 36.716, j. 16/06/20), apontando que descabe transformar-se em instância recursal, revisora geral e irrestrita, das decisões administrativas tomadas pelo CNJ, no regular exercício de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas.

Assim, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário

autocontenção (*judicial self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos técnico-especializados, sobretudo os dotados de previsão constitucional para tanto, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria.

I) Atividade Regulatória

Também em 2019, o STF apontou (AgR no RE 1.083.955, j. 28/05/19) que "a capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos" e traçou interessantes vetores para a aplicação da teoria, que serão vistos a seguir.

4. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Consoante adverte Sarlet (2017), o objetivo da teoria das capacidades institucionais é:

> […] cobrar do Poder Judiciário, de modo especial em áreas sensíveis como a do controle das políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, no sentido de uma valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal […].

Segundo Barroso (2013), a noção de capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, de modo que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o "árbitro" mais qualificado por falta de informação ou de conhecimento específico.

O argumento da capacidade institucional é, portanto, "critério interpretativo a ser levado em consideração na atividade jurisdicional" (WEBER, ADC 42, p. 442), como já decidiu o STF,

em diversos contextos decisórios, nos quais o problema jurídico subjacente é permeado por questões técnicas e de cenário de incertezas, a exemplo da necessidade de inferências baseadas em consensos médicos e/ou técnicos especializados.

Decisões que envolvam questões dessa qualidade somente podem ser revistas pelo Poder Judiciário, especificamente pelo STF (espaço qualificado por uma intersubjetividade muito mais restrita que a existente no Legislativo, não obstante busque- se amenizar isso por meio dos *amicus curiae* e da audiência pública), quando se tratar de "inconstitucionalidade cuja constatação não requeira profunda revisão das premissas fáticas e técnico-jurídicas adotadas na tomada da decisão" (TOFFOLI, ADC 42, p. 586).

Do histórico jurisprudencial traçado, podemos extrair alguns vetores para aplicação da teoria das capacidades institucionais ao controle judicial do ato administrativo, como:

i. deferência aos sistemas de representatividade e às atribuições constitucionais de competência;

ii. respeito à expertise técnica de outras instituições em contraste à falta de expertise de tribunais para decidir sobre determinadas matérias que envolvem questões policêntricas e/ou prognósticos especializados;

iii. reconhecimento da limitação analítica do Judiciário quando a matéria transcender o mero contraste entre a legislação impugnada e a Constituição;

iv. atenção à possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica da atuação administrativa;

v. ausência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia;

A teoria das capacidades institucionais mostra-se relevante instrumento de dupla-função: tanto serve de vetor para o exercício do controle judicial sobre os mais diversos atos – não só administrativos – como serve de limite ao exercício desse controle,

atuando como importante fator para a manutenção de uma sadia separação de poderes. ❖

5 BIBLIOGRAFIA

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. **O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6 a 50.

BARROSO, Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

VERMEULE, Adrian. ***Law's Abnegation***. Cambridge: Harvard University Press, 2016.