

# DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília  
University of Brasília Law Journal

VOLUME 7 - NÚMERO 1 - JANEIRO - ABRIL 2023



**FUTURO  
É AGORA**



**DIREITO**



**UnB**





latindex

Sistema Regional de Información  
en línea para Revistas Científicas de América Latina,  
el Caribe, España y Portugal



**DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE** Luiz Guilherme Marinoni

**CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA** Guilherme Pupe da Nóbrega

**A VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO DE COGNIÇÃO DECISÓRIA** Daniela Marques de Moraes; Laís de Oliveira e Silva

**DECISÕES ARBITRÁRIAS COMO VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA** Rafael Gomiero Pitta; Natasha Reis Carvalho Cardoso

**ANIMAIS COMO PARTES NO PROCESSO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA?** Pedro de Oliveira Alves; Iuri Mendes da Silva

**A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTUS VULNERABILIS*** Eveline Gonçalves Denardi; Carolina Galeazzi Avolio

**ESFORÇO PARA A COMPREENSÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO** Luiz Tarcísio de Paiva Costa; Rafaela Rezeck Pereira

**DE POLISSEMIA A METONÍMIA: A INCERTEZA SOBRE O QUE É UM PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO** Benedito Cerezzo Pereira Filho; Rodrigo Nery; Luísa Rocha Corrêa; Guilherme Mazarello

**A PROPRIEDADE SOBRE BEM IMÓVEL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL** Inez Lopes Matos Carneiro de Farias; Gracemerce Camboim; Ida Geovanna Medeiros

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.  
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 7 N. 1 (jan./abr. 2023) –  
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Quadrimestral. 2023.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,  
Faculdade de Direito.

CDU 340

## ***Revista de Direito da Universidade de Brasília*** ***University of Brasilia Law Journal***

Revista vinculada ao Programa de Pós-graduação  
em Direito da Universidade de Brasília

Janeiro – Abril de 2023, volume 7, número 1

---

co

### **CORPO EDITORIAL**

#### **EDITORA-CHEFE**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

#### **EDITORES**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Evandro Piza Duarte

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Fabiano Hartmann Peixoto

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Janaína Lima Penalva da Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcelo da Costa Pinto Neves

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Othon de Azevedo Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Simone Rodrigues Pinto

#### **CONSELHO CIENTÍFICO**

Universität Bielefeld, Alemanha – Ifons Bora

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil – Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil – Ana Lúcia Sabadell

Universidade de Connecticut, Estados Unidos – Ángel Oquendo

Universidade de Glasgow, Escócia – Emílios Christodoulidis

Universidade Federal de Goiás, Brasil – Francisco Mata Machado Tavares

Universität Flensburg, Alemanha – Hauke Brunkhorst

University of Luxembourg, Luxemburgo – Johan van der Walt

Universidade Agostinho Neto, Angola – José Octávio Serra Van-Dúnem

University of Glasgow, Escócia – Johan van der Walt

Universidade de Helsinque, Finlândia – Kimmo Nuotio



Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil – Leonel Severo Rocha  
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil – Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira  
Universidade Meiji, Japão – Masayuski Murayama  
Universidade Clássica de Lisboa, Portugal – Miguel Nogueira de Brito  
Universidade Federal do Piauí, Brasil – Nelson Juliano Cardoso Matos  
Universidade Federal do Pará, Brasil – Paulo Weyl  
Universidade Católica de Santos, Brasil – Olavo Bittencourt Neto  
Universidad de Los Andes, Colômbia – René Fernando Urueña Hernandez  
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil – Thiago Paluma  
Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha – Thomas Vesting  
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil – Valesca Raizer Borges Moschen  
Universidade de São Paulo, Brasil – Virgílio Afonso da Silva

### **SECRETÁRIA EXECUTIVA**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

### **EQUIPE DE REVISÃO**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Bárbara Luize Santos Silva  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ingrid Kammyla Santos Bernardo  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Thaís Cristina Freitas Marques

### **EQUIPE DE EDITORAÇÃO**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Lívia Cristina dos Anjos Barros  
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Luciana Pereira da Silva

## **DIAGRAMAÇÃO**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Arthur Lopes Santos Barros

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Cleiton Pinheiro Viana

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira

## **ASSISTENTES**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Kelly Martins Bezerra

## **CAPA**

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes

## **IMAGEM**

Steve Bidmead – Bedfordshire/England, Disponível em <https://pixabay.com/pt/users/stevebidmead-249424/>

# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasilia Journal Law*

**V. 07, N. 01**

Janeiro-Abril de 2023



# SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL	12
Inez Lopes	
AGRADECIMENTOS	15
Inez Lopes	
PREFÁCIO	17
Daniela Marques de Moraes Benedito Cerezzo Pereira Filho Luiz Henrique Krassuski Fortes	
<b>DOSSIÊ TEMÁTICO</b>	<b>24</b>
DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	25
Luiz Guilherme Marinoni	
CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA	63
Guilherme Pupe da Nóbrega	
A VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO DE COGNIÇÃO DECISÓRIA	83
Daniela Marques de Moraes Laís de Oliveira e Silva	
DECISÕES ARBITRÁRIAS COMO VIOLAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA	99
Rafael Gomiero Pitta Natasha Reis Carvalho Cardoso	

ANIMAIS COMO PARTES NO PROCESSO: UMA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA?	121
Pedro de Oliveira Alves Iuri Mendes da Silva	
A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTUS VULNERABILIS	153
Eveline Gonçalves Denardi Carolina Galeazzi Avolio	
ESFORÇO PARA A COMPREENSÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO	179
Luiz Tarcísio de Paiva Costa Rafaela Rezeck Pereira	
DE POLISSEMIA A METONÍMIA: A INCERTEZA SOBRE O QUE É UM PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO	201
Benedito Cerezzo Pereira Filho Rodrigo Nery Luísa Rocha Corrêa Guilherme Mazarello	
A PROPRIEDADE SOBRE BEM IMÓVEL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL	229
Inez Lopes Matos Carneiro de Farias Gracemerce Camboim Ida Geovanna Medeiros	



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>  
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

# CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, PROCEDURALIZAÇÃO E COGNIÇÃO DEMOCRÁTICA

## INSTITUTIONAL CAPACITIES, PROCEDURALIZATION AND DEMOCRATIC COGNITION

Recebido: 25/04/2022

Convidado

Guilherme Pupe da Nóbrega

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa –  
IDP (Brasília, DF, Brasil)).

E-mail: [pupedanobrega@icloud.com](mailto:pupedanobrega@icloud.com)



<https://orcid.org/0000-0003-0192-9631>

### RESUMO

Este artigo analisa o argumento das capacidades institucionais e suas possíveis subversões para, a partir de suas potenciais fragilidades, sugerir a proceduralização como alternativa promissora de resguardo à legitimidade institucional do Judiciário e como exemplo de um enfoque mais democrático para a cognição.

**Palavras-chave:** capacidades institucionais; proceduralização; instituições; legitimidade.

### ABSTRACT

This article analyzes the argument of institutional capacities and its possible subversions in order, based on its potential weaknesses, to suggest proceduralization as a promising alternative to safeguard the institutional legitimacy of the Judiciary and as an example of a more democratic approach to cognition.

**Keyword:** institutional capacities; proceduralization; institutions; legitimacy.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

*This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.*



## 1. INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição constitucional tem se revelado orgânico de modo cada vez mais evidente; atividade a assumir dinâmica que ora flui, ora reflui; mutante, anfitriã que é de constantes aportes de distintos carizes (políticos, morais, sociais etc.).

Mais claramente, com componentes marcadamente políticos, a jurisdição constitucional maneja variáveis sobre as quais o tempo — o momento, a conjuntura — exerce particular influência. Bem ilustram o ponto a mutação constitucional, a inconstitucionalidade progressiva, a modulação de efeitos e o overruling...

Produto dessa premissa, a postura institucional do principal exercente da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal, naturalmente sofre repercussões. É dizer, como parte integrante de constantes e sucessivos (re)arranjos institucionais que se seguem no tempo, a jurisdição constitucional pode por vezes se ver instada a sair de um agir diluído, responsivo, maximizado por um aparelhamento político de suas funções — notadamente pelos demais poderes —, para assenhorar-se de sua agenda de forma a centrar-se em pautas que considere verdadeiramente prioritárias. É como se houvesse uma ampliação velada da ideia de repercussão geral, mas que passa a condicionar a agenda jurisdicional como um todo e que leva em considerável conta dimensões políticas e aspectos conjunturais.

Mais que um comportamento estratégico sobre o modo e o tempo de se julgar questões, a influência conjuntural passa a repercutir sobre a própria postura decisional dos tribunais — em especial, repise-se, do Supremo Tribunal Federal —, que passaria a considerar cenários de tensão interinstitucional para oscilar entre maior ativismo ou maior autocontenção.

Na esteira dessas considerações preambulares, o propósito deste artigo é o de se imiscuir no conhecido argumento das capacidades institucionais para revelar — ou realçar — uma nova faceta: a de que (i) o nível de tensão interinstitucional da conjuntura a cercar a questão a se solucionar e (ii) os potenciais ganhos ou riscos sobre o poder negocial do Judiciário no concerto cooperativo que se estabelece entre os poderes exercem papel importante na avaliação sobre se recorrer ou não àquele argumento.

Ainda além, como proposta alternativa ao recurso ao argumento das capacidades institucionais e às suas potenciais dificuldades, este escrito envereda pela proceduralização como locus a possivelmente acomodar um papel mediador da parte do Judiciário, alternativa essa quiçá a mais bem funcionar como via intermediária a uma

abstenção completa ou a críticas a uma virtual intromissão na seara de outro Poder.

Finalmente, em derradeira seção, a proceduralização é referida como ilustrativa de algo bem mais profundo: a necessidade de se resgatar a visão de uma cognição mais democrática.

## 2. O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Em celebrado artigo de 2003, Cass Sunstein e Adrian Vermeule desenvolveram o que ficou conhecido como o argumento das capacidades institucionais. Em linhas muito gerais, a tese proposta pelos autores foi a de que discussões a respeito da interpretação jurídica não poderiam ser solucionadas fechando-se os olhos para o papel de outras instituições — públicas — que não judiciais. Dito de outro modo, a questão “como um texto deve ser interpretado?” deveria ceder espaço a “como e quais instituições, com suas habilidades e limitações distintas, deveriam interpretar certos textos?” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

A tese não era sem importância e visou a combater uma cegueira institucional capaz de produzir como efeito colateral um ensimesmamento, em primeiro lugar, exógeno, no sentido de desconsiderar comparativamente maior ou menor aptidão de outras instituições para endereçamento de dilemas, mas também endógeno, na linha de renegar que essa mesma solução judicial poderia vir a ser replicada de modo generalizado e até ampliado por outros juízes, com limitações e contextos funcionais distintos, resultando como efeito dinâmico numa deterioração da legitimidade do Judiciário em razão do risco de uma mesma receita redundar em resultados bastante diversos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949 e 951).

A saída para enfrentamento daqueles riscos, por conseguinte, seria uma assimilação do fato de que juízes e tribunais não compõem a única instituição estatal que interpreta e aplica normas jurídicas. Como decorrência, se em modelos em que o poder é distribuído horizontalmente são inevitáveis e naturais impasses e tensões intra e interinstitucionais, seria exatamente nessa esteira que ganharia campo o argumento das capacidades institucionais, fundado na análise comparativa dos méritos para se decidirem questões que podem se situar nas competências de mais de uma instituição ou problemas cujas soluções arbitradas por uma dada instituição repercutirão sobre

objetivos compartilhados por outras entidades públicas (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 15).

Isto é, num contexto de compartimentação funcional de atribuições por instituições com objetivos comuns, e numa realidade que tem se mostrado cada vez mais complexa e fragmentada, se tornam frequentes zonas de penumbra<sup>1</sup>, que, em nome do equilíbrio, da cooperação e do distensionamento institucionais, impõem custos de negociação, de barganha mesmo, e um agir estratégico recíproco entre as diferentes esferas de Estado (COOTER, 2000, p. 211).

## 2.1. Indclinabilidade

A mera possibilidade de o Judiciário entender que, em dado caso, a solução a ser arbitrada ostentaria maior legitimidade se advinda de outra instituição encontraria, no Brasil, um pronto contraponto fundado em uma tresleitura da vedação ao non liquet. E chamo tresleitura porque, segundo penso, a uma, não quer o princípio da vedação ao non liquet<sup>2</sup>. dizer que o juízo deva sempre e sempre dar uma resposta; a duas, porque o princípio não funde, ao contrário do que se faz parecer, inafastabilidade e indeclinabilidade, coisas absolutamente distintas.

Quanto ao primeiro ponto, releva a lembrança de que a locução latina non liquet na verdade abrevia expressão mais extensa (iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum), que quer dizer “jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”. Ao recorrer à máxima, o juiz romano se abstinha do dever de julgar casos em que a resposta não era prontamente evidente (BLACK, 1968, p. 1 e 3), o que é diverso de se admitir que casos haja em que o magistrado ou os tribunais, fundamentadamente, deixem de incursionar meritoriamente sobre a questão — tanto assim o é que há os exemplos das decisões terminativas e das situações em que o Judiciário se furta a incursionar no mérito administrativo sob o signo da separação de poderes. Em síntese, decidir que não se deve decidir não é, enfim, uma decisão?

Quanto ao segundo ponto, relativo à cisão entre inafastabilidade da jurisdição e indeclinabilidade, são elas, como dito, elementos diferentes: se a inafastabilidade possui base constitucional, a indeclinabilidade não o tem, residindo o fundamento dessa última, ademais, na ideia de pacificação social, de vedação à autotutela e de

1 A expressão, no sentido em que a uso aqui, nada tem que ver com Hart, designando, na verdade, a recondução de dadas questões à atuação legítima de mais de uma instituição.

2 Em alguma medida, os dispositivos a respaldar a vedação ao non liquet seriam os artigos 5º, XXXV, da Constituição, 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 140 do Código de Processo Civil, 8º do Decreto-Lei nº 5.452/1942, 108 da Lei nº 5.172/1966 e 7º da Lei nº 8.078/1990.

resguardo à legitimidade do Estado. Ocorre que (i) a vedação à abstenção judicial há na verdade de impedir a negativa decisória como regra, não a proibindo, em absoluto, como algo contingencial; e (ii) há situações que, mercê de sua complexidade, não poderão ser superadas por qualquer solução judicial, seja ela qual for (antes, há casos em que decisões judiciais simplistas agravarão o quadro). Ou seja, da inexistência de óbices ao acesso Estado-juiz não deflui a peremptória consequência de estar o Estado invariavelmente obrigado a dar sempre uma resposta — muito menos necessariamente pela via jurisdicional.

A par disso, não é um exotismo elucubrar que essa visão mais conservadora do non liquet acabe por militar em favor de uma artificial “arrogância” institucional, eis que, a ser verdadeira a obrigação judicial de se decidir tudo, campo não haveria para se professar a própria inaptidão. Em outras palavras, esse olhar extremado sobre a indeclinabilidade (i) induziria juízes e tribunais a crer terem de decidir todo e qualquer caso, alimentando estratégias discursivas a pretexto de ocultar uma incapacidade de endereçar dadas questões, favorecendo assim um enimesmamento e um isolamento cognitivos, e (ii) acarretaria uma renúncia e um desempoderamento por parte do público acerca do trato daqueles dilemas, iludido por uma jurisdição que retira seu fundamento maior de legitimidade da própria investidura, e não de um enriquecimento cognitivo ou de uma abertura institucional.

Seja como for, superadas essas resistências, o argumento das capacidades institucionais ecoaria no modelo brasileiro, produzindo, notadamente em sede de jurisdição constitucional, diversos julgados que a ele recorreram para estremar de uma investida judicial a resolução de determinados problemas<sup>3</sup>. O ponto é que a forma assumida por aquele fundamento, entre nós, aparentemente nem sempre observaria com fidelidade a matriz teórica de que se originou...

## 2.2. Possíveis desvirtuamentos do argumento

Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, escrutinando o uso do argumento das capacidades institucionais, denunciam o que seriam remissões inadequadas àquele fundamento: (i) ora banalizado, porque adotado com reduzido potencial crítico e facilmente incorporável por qualquer teoria normativa; (ii) ora redundante, porque mero apelido novo para categorias dogmáticas preexistentes, sem que sua invocação resultasse em qualquer benefício prático; (iii) ora absurdo, porque simplesmente

---

<sup>3</sup> No Supremo Tribunal Federal, ilustram o recurso ao argumento das capacidades institucionais os seguintes julgados: SL 1.425 AgR, DJ 02-06-2021; MS 37.178, DJ 01-09-2020; MS 35.758 AgR, DJ 26-05-2020; ADPF 825, DJ 26-11-2021; e MS 36.884 AgR, DJ 23-06-2020, entre tantos outros.



pragmática e completamente desvinculado do direito (2011, p. 9).

Qualquer uma daquelas abordagens destoaria da essência do argumento das capacidades institucionais, que considera a especialização funcional como traço convivente com fins constitucionais comuns entre poderes; que admite a falibilidade potencial de qualquer instituição na consecução desses fins comum; e que busca analisar diferentes alternativas decisórias ampliando empiricamente a amostragem institucional para, num juízo comparativo, retirar o Judiciário de uma visão insulada. O diálogo, é dizer, deixa de ser intestino — do direito judiciário para consigo — para se tornar interinstitucional (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 11 e 14).

O curioso, nada obstante, é que essa interinstitucionalidade, que oferece um dos principais predicados do argumento, acaba por desvelar o que seria mais uma potencial vulnerabilidade à sua subversão. Explico: é que considerações sob o signo das capacidades institucionais são não somente empíricas e comparativas, mas contingentes, isto é, encaradas à luz de arranjos institucionais específicos e em momentos específicos, sendo, pois, contextuais e circunstanciais (ARGUELHES; LEAL, 2016, p. 197).

Disso igualmente decorre que a avaliação sobre a criação ou o agravamento de tensões interinstitucionais é influenciada pela preexistência — ou não — e pelo nível de eventuais tensões já postas e pela percepção institucional que se tem de momento das instituições, notadamente do Judiciário.

Mais objetivamente, a hipótese que ora enuncio é de que a leitura judicial do argumento das capacidades institucionais tem sido composta por uma avaliação dinâmica e contextual da política que insere em sua matriz de custos o risco à legitimidade institucional do Judiciário. É falar, a aferição sobre o argumento das capacidades institucionais não se limita, num viés consequencialista, aos ônus subjacentes ao abismo entre uma solução ideal construída pelo Judiciário e sua implementação real por juízes e tribunais outros com limitações e habilidades distintas. Essa análise, ao revés, passa a ser influenciada pelo potencial impacto negativo que, num dado momento e contexto, os riscos de uma má decisão pelo Judiciário ou de uma percepção ativista sejam mais ou menos suportáveis. Ou seja, precisamente por partir de um prisma institucionalista, o exame é influenciado pela consequência que o decidir produzirá sobre a percepção institucional que se tem sobre quem decide.

O zelo pelo compromisso interinstitucional passaria, assim, por um compromisso de proteção também da própria instituição, eis que só há falar em interação e em articulação se no jogo dinâmico da relação entre instituições houver, antes, instituições (!), cuja percepção de institucionalidade deriva decisivamente de sua própria legitimidade. Enfim, proteger condições de interatividade passaria (antes?) por proteger quem interage e seu “poder de barganha” na negociação infundável que assoma os poderes sempre que se

visitam zonas de penumbra competenciais.

Em nome de maior clareza, se a dúvida sobre qual é a instituição mais confiável para certo juízo é a premissa para que se recorra ao argumento das capacidades institucionais, parece óbvio que a confiabilidade geral usufruída por dada instituição num dado contexto acaba por impactar na referida aferição. Dito ainda de outra forma, os riscos que cercam os potenciais custos de legitimidade institucional, na medida em que essa legitimidade será levada em conta em dilemas decisoriais futuros, são considerados não somente à luz do problema de momento, mas também do impacto macro sobre a dinâmica institucional e a posição de dada instituição no embate que se seguirá no(s) dilema(s) seguinte(s). Isso quer dizer que o poder de barganha negocial de dada instituição leva a si próprio em consideração para resolução de dado problema imediato, mas também leva a si próprio em consideração — seu incremento, manutenção ou redução — num contexto temporal mais amplo que se seguirá adiante.

Eis o ponto que estou a sustentar: frente a alocações ambíguas de competência, em que questões admitam incursão aparentemente legítima por mais de uma instituição, haverá maior ou menor propensão a uma abertura ou a um fechamento ao argumento das capacidades institucionais conforme se vislumbrem a aptidão, de momento, para enfrentamento dos ônus dos custos negociais ensejados por aquela avaliação.

Alcanço, então, duas novas hipóteses, possivelmente excludentes entre si: ou bem a política passa a ganhar proeminência como variável na aferição sobre o recurso ao argumento das capacidades institucionais, ou bem o argumento, desvirtuado, passa a funcionar como álibi epistêmico-teórico a pretensamente afiançar normativamente uma postura conjuntural de autocontenção.

Se “mais ou menos poder e mais ou menos discricionariedade são, assim, funções do grau de confiança pressuposto para diferentes instituições” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 42), então os limites a balizar autocontenção ou desenvoltura não são estanques, mas dinâmicos, mutantes no tempo, condicionando o argumento das capacidades institucionais ou desvirtuando-o para orientar sua adoção — redundantemente — como alegoria performativa<sup>4</sup>.

Um olhar conjuntural e político, por conseguinte, ou bem consubstancia variável na equação que poderá resultar no recurso ou não ao argumento das capacidades institucionais ou bem fomenta postura que permitirá adotar o argumento como emulação de fundamento que em realidade oculta uma preocupação com a preservação contra desgastes institucionais do próprio órgão julgador.

---

4 Trata-se de alcinha a designar expressão usada explicitamente como fundamento bastante e suficiente em si, mas que não passa de um recurso a fórmulas vazias, sem relação com a facticidade do caso que deveria solucionar e incapaz de se evidenciar como verdadeira ou falsa (AUSTIN, 1962, p. 4). No Brasil, Georges Abboud adotou o termo “performática”, com idêntica conotação (ABBOUD, 2014, p. 315).

Diante dos desafios presentes no manuseio do argumento das capacidades institucionais, passei então a refletir sobre uma possível via alternativa que se mostrasse capaz de viabilizar, a um só tempo, um compartilhamento do potencial custo (de legitimidade institucional) da decisão sem o custo (de barganha negocial) da abstenção. Isto é, uma matriz decisória intermediária que nem impusesse integralmente os ônus dos riscos de um tensionamento interinstitucional, nem detrimisse o poder de barganha negocial ou erodisse a legitimidade a partir de uma omissão. Cheguei, assim, à proceduralização.

### **3. PROCEDURALIZAÇÃO**

A proceduralização surge como teoria multitemática que pretende fornecer uma resposta à crise regulatório-jurídica do Welfare State, no contexto de uma sociedade cada vez mais acêntrica, complexa e fragmentada. Como uma nova perspectiva sobre disputas que transcendem o discurso jurídico, a vertente encontra terreno fértil notadamente na jurisdição constitucional, ainda que a ela não se limitando (TEUBNER, 2006, p. 62).

Feixes de interesses são trazidos para o centro da arena. Promessas antagonizam a realidade e sobrecarregam o sistema legal. Somado a isso, a sociedade evolui e os problemas vão se tornando cada vez mais complexos. As subjetividades coletivas geram questões multifacetadas. A moral é diluída (MACINTYRE, 2007), como se passasse a ser um cubo mágico social que constantemente, de súbito, multiplica suas faces: quanto mais complexo, mais plural; quanto mais plural, mais complexo.

Diante de novos problemas, novas abordagens, de modo que a proceduralização prega uma guinada: de uma visão tradicional, formal e substantiva do direito (com uma legitimidade procedimental ou de mera justiça da decisão) rumo a uma visão procedural, com condições para envolvimento e limitação da atuação de diversos agentes no processo de construção da decisão judicial e do direito (TEUBNER, 2016, p. 237).

Mais bem explicando, temas mercadológicos, de tecnologia ou de biossegurança não encontram na centralidade política ou na centralidade jurisdicional-constitucional os ambientes ideais de enfrentamento. Surge a necessidade, então, de uma abertura por parte da instância pública para a incorporação de conhecimento cuja geração provém de outras camadas sociais. Um horizonte de formulação de novas distinções e conceitos jurídicos a partir do caso a caso. O processo de construção do direito é aberto para uma dimensão de aprendizagem constante sobre temas complexos (TEUBNER, 1983, p. 239-286).

O conhecimento é gerado a partir do procedimento que se estabelece, e não a partir de normas, de princípios ou de uma ponderação abstrata. O valor da decisão se dá segundo procedimentos criados para uma elaboração discursiva da solução; uma construção dialógica das preferências. As soluções não são impostas pela lei, mas sim induzidas por uma estratégia procedimental-discursiva. Não propriamente se alteram os objetivos, mas a maneira de perseguir-los. A preocupação é com implementar políticas, mais que preocupações normativas sobre como uma política deveria ser.

A proceduralização se opõe a uma materialização (legitimação da decisão a partir de interpretação que se dê adequando conteúdo das normas a valores) e também a uma formalização (criação de regras jurídicas segundo uma dedução axiomática). Há um acesso metodológico distinto, que buscará assimilar todas as nuances do problema e, via de consequência, um melhor direcionamento para a construção da solução (WIETHÖLTER, 1988, p. 222-225).

Na prática, e exemplificando, num caso com argumentos fortes de ambos os lados e de alta competição (Estado vs. mercado; empresariado vs. empregados etc.), a corte não dará vitória total a somente um lado. Em vez disso, a corte estabelecerá áreas dentro das quais cada instituição deterá competência argumentativa, sendo esses argumentos submetidos a balanceamentos e contraposições.

A corte deve zelar por esse balanceamento político-econômico de modo que ninguém ganhe tudo e ninguém não ganhe nada. E aqui fica clara a origem da proceduralização: uma alternativa à inexistência de uma técnica neutra que permita decidir de modo inequivocamente certo para qualquer um dos dois lados. Trata-se de questões para as quais não há uma melhor decisão sem que haja também o risco de uma desestabilização social. Em lugar de agências reguladoras, deve ser dada maior importância a mecanismos de autorregulação e auto-organização. É o que ocorre, por exemplo, com as normas comuns na União Europeia.

Com a proceduralização, pois, há um reconhecimento das instituições do sistema democrático-capitalista de bem-estar social, mas ao mesmo tempo uma defesa de áreas de autonomia contra a burocratização por meio da legalidade. As instituições devem ser capazes de funcionar para negociar e decidir questões sem um controle material das cortes.

Não se deve louvar uma decisão que produza injustiça pelo fato de ser ela formal, institucional, emanada de uma corte com base na lei (ex.: reserva do possível). A lei somente pode ser tida como racional se estiver relacionada à justiça. Daí que a racionalidade legal passa por uma mediação entre universalidade normativa e circunstâncias reais. A lei está morta (ou morrendo) e deve renascer por meio da proceduralização. Essa dissociação entre justificação normativa e contingências situacionais deve ser enfrentada. Resumindo:



proceduralização parte do fracasso de tudo (do sujeito, do mercado, do Estado) para propor uma lógica de reconstrução frente à inexistência de alternativas.

Um conceito de direito fechado, correto, substantivo e racional não pode prevalecer sobre um falso ideal de sociedade. A sociedade deve abrir-se para uma nova lógica de reconstrução. Os direitos sociais não devem ser considerados garantias de algo ou mera garantia de participação. Esses direitos estão menos conectados à participação individual ou ao Estado provedor do que à garantia de que se tomem em conta as perspectivas (através da proceduralização) das necessidades dos eleitores, dos consumidores, dos destinatários das políticas de bem-estar. Devemos sair de um direito orientado do passado para o presente e rumar para uma arena interativa em que passado e futuro se encontrem.

A proceduralização, assim, constitui um ambiente em que regras procedimentais são negociadas para enfrentamento de situações complexas, estruturando regramentos para solução de problemas jurídicos e assegurando abertura institucional para que as inovações sejam apreendidas pela jurisdição, assegurando contemporaneidade normativa. Um cenário, por assim dizer, de “autorregulação regulada” (ABBOUD; NERY; CAMPOS, 2020).

Uma democratização progressiva das diferentes camadas do direito, sob perspectiva em alguma medida habermasiana, seria a forma de se assegurar uma inserção de determinados segmentos sociais nas condições de ideais de comunicação sob o espectro jurídico.

Os tribunais devem agir como árbitros de interesses, mas definindo condições amplas de interação entre instituições que reivindiquem uma parcela de responsabilidade e de capacidade para contribuir com a construção da decisão.

A proceduralização seria então a transformação de um contexto social de liberdades segundo o direito para um sistema de justificação de um novo contexto social de interesses. A mudança de prisma migra de regras de aplicação para identificação de oportunidades sociais e alocação de realizações. Mercado e público devem assumir proeminência sobre partidos e associações.

O direito passa a depender dos procedimentos que institui com vistas à construção de decisões fundamentadas e justificadas segundo ideais básicos da comunidade, como racionalidade, participação democrática e pluralismo.

Não raro, a discricionariedade incide em razão da judicialização de matérias não propriamente jurídicas. Esse paradoxo da indecidibilidade abre campo para a proceduralização, plataforma de pensamento que confere à jurisdição condições para a produção de conhecimento e para lidar com temas cada vez mais complexos, funcionando,

assim, como instrumento de accountability e alternativa a uma predação ou captura do jurídico por outros discursos (ABBOUD, 2021, p. 506-507).

A realidade atual, complexa, plural e fragmentada, escancara a impossibilidade de um entendimento traduzir-se numa única perspectiva. A democracia pós-moderna exige, assim, uma multiplicidade de visões a tornar os espaços de deliberação importantes elementos do nosso “eu social”. As decisões na esfera pública, pois, devem tomar em conta — e jamais se fechar para — uma concepção policontextual de sobreposição de diferentes sistemas funcionais (LADEUR, 2017, p. 103 e 204).

A complexidade e a fragmentação só podem ser enfrentadas por uma nova racionalidade, heterárquica e reflexiva. O Estado, quando age como possuidor de todo o conhecimento necessário à solução de todos os aspectos da vida, está fadado à ruína.

Uma vez mais: a discricionariedade de modo geral, não raro, surge como uma (vazia) resposta mágica que preenche as lacunas da indecidibilidade ou da complexidade. Melhor seria, pois, se o Estado admitisse como premissa a própria precariedade cognitiva em alguns casos, abrindo-se ao enriquecimento propiciado pelo outro, alternativa mais democrática, constitucionalmente adequada e, até, mais eficiente, porque mais sustentável como solução, possuindo maior legitimidade e aportes mais qualificados.

Em lugar de perseguir maior reflexão, os Estados da pós-modernidade preferem eliminar os espaços de auto-organização social, neles intervindo para ditar soluções em tom de autoridade; deveriam, antes, se servir do conhecimento e das contribuições sociais. Como espaço social de deliberação pública, o processo tem sido vitimado pela discricionariedade como castração dessa reflexividade.

O Estado procedural, ao revés, assume uma postura de humildade, reconhecendo o privilégio cognitivo de atores privados, estimulando-lhes na produção de conhecimento e assumindo o papel de vetor de promoção da reversão desse conhecimento em favor de toda a comunidade.

Como forma de enfrentar as deficiências de aprendizado, de reflexão e de adaptação, a proceduralização estimula e busca viabilizar o diálogo, o acordo e a autorregulação. Afinal, frequentemente, o conhecimento exigido para a solução de um tema judicializado não será apenas (muitas vezes nem sequer preponderantemente) jurídico. É falar, recorrendo a Abboud:

Do mesmo modo que inexistente o fim da história, também não há fundamento metafísico isolado a justificar o Estado, a sociedade, a democracia e o direito. Outrossim, essa realidade fragmentada em diversos sistemas autônomos e diferenciados torna impossível uma compreensão verdadeiramente holística das diversas áreas do saber ou das diversas estruturas sociais. Enfim, a pós-

modernidade escancara a impossibilidade de se pretender acessar a realidade por uma única perspectiva totalizante. Na realidade, a ficção (als ob) é a única via “realmente” funcional para se compreender, por fragmentos, a realidade. (ABBOUD, 2021, p. 660)

Eis então que a proceduralização, como matriz teórica, prega uma alternativa a uma jurisdição plenipotente, autocrática, top down, veiculando, ao contrário, um ambiente aberto, plural e leal de fomento cognitivo e, naturalmente, de maior democratização.

Conquanto mais contingencial e abstrata, a premissa em que se enreda a proceduralização tem tudo a ver com a hipótese aqui advogada: por meio de um desintrincheamento cognitivo da autoridade pública, nomeadamente os juízes e tribunais, franqueia-se a agentes, notadamente privados, com maior conhecimento e expertise em temas complexos, a possibilidade de influir no debate público e de participar ativamente da construção de soluções mais sustentáveis, inclusive no ambiente judicial.

Resumidamente, a proceduralização, em certa medida de modo semelhante ao argumento das capacidades institucionais, também considera a expertise como elemento a credenciar instituições a ter um “lugar de fala” na resolução de problemas. A distinção primordial, todavia, está em que na proceduralização não prepondera uma visão finalística de alocação de competências, mas sim um escopo não excludente que abraça a sobreposição de instâncias — inclusive e marcadamente as privadas — capazes de fomentar a construção cooperativa de uma solução. O Judiciário, por conseguinte, não opera à razão de um tudo ou nada identificando como competente a instituição “mais capaz”, e sim como locus de uma diversidade democratizadora, que contempla instituições de modo a buscar maior riqueza cognitiva — e idealmente maior qualidade decisória — numa pluralidade que se viabiliza pela garantia de condições de uma possibilidade discursiva.

#### **4. POR UMA COGNIÇÃO MAIS DEMOCRÁTICA<sup>5</sup>**

A referência à proceduralização, feita acima, serve de pretexto a um aprofundamento pertinente: a necessidade de reflexão sobre uma cognição judicial mais democrática.

É que, conquanto a proceduralização se contraponha a uma visão que situa nesta ou naquela instituição estatal uma espécie de privilégio cognitivo excludente, ilustra ela um olhar mais plural e, por isso, idealmente mais democrático e legítimo. Apenas essa abordagem da proceduralização, nada obstante, talvez não tenha deixado evidente

<sup>5</sup> O racional desenvolvido nesta epígrafe é parte importante da tese de doutoramento por mim defendida em dezembro de 2021 e ainda no prelo, intitulada “Jurisdi(scri)ção: a discricionariedade judicial como estratégia e sua (in)validade perante o direito”.

o que seria a principal hipótese deste artigo: a ideia de que uma decisão não se põe como (mais) legítima (apenas) em razão de seu conteúdo ser preenchido pela entidade estatal cuja expertise mais bem a credencie a decidir, mas sim (também) quando é ela gestada de modo mais democrático e plural. Não é a instituição “mais capaz” a única a legitimar-se a fomentar uma construção decisória; há instâncias outras, ainda que “menos capazes”, que igualmente poderão contribuir, e, ainda que não subsidiando uma solução, tornando-a mais democrática, na medida em que assimiladora de visões de partes interessadas.

Pois bem. Em termos de premissas iniciais que têm maculado os estudos sobre cognição, conhecimento e interpretação não observam uma cisão rígida; não são elas atividades compartimentadas cognitivamente. Ao contrário, são fases indissociáveis e simbióticas que interagem continuamente.

Tampouco é de se cogitar uma cognição relegada à fase final do processo. O órgão que decide não fica neutro ou imune cognitivamente ao que lhe chega para somente iniciar a construção de suas convicções quando do momento de decidir. O ente julgador já aborda as questões desde o início com pré-compreensões, preconceitos e uma inerente carga de subjetividade. De igual modo, os aportes cognitivos que lhe chegam vão moldando sua visão desde sempre, inclusive para influenciar uma maior ou menor abertura ou fechamento para o que se lhe vá apresentando ao longo da tramitação do feito.

Ainda além, a cognição não pode ser reduzida e vinculada a uma preparação para o ato de se decidir. Ao encarar os elementos factuais e jurídicos antevendo conclusões, o julgador tende a incorrer em vieses de perseverança que favorecem decisões pré-moldadas e que deixam de valorizar subsídios que seriam capazes de distanciar a questão analisada de resultados já adredemente concebidos. Pior: o atrelamento da cognição à decisão alimenta a deletéria visão de que o julgador, detentor do monopólio do decidir, igualmente deteria o monopólio da cognição (VOGT, 2020, p. 91).

A cognição, é fato, subsidiará a decisão; mas ela própria, cognição, ostenta importância em si ao democratizar discursivamente a esfera pública, independentemente do que se vier a decidir. Sendo mais claro, não é a cognição de somenos relevância, submissa e orientada a uma decisão futura. Na realidade, é sim a cognição mais relevante, dela defluindo, como consequência, e dela extraíndo sua legitimidade, a decisão. É dizer, não é a cognição que se volta para a decisão, mas a decisão que decorre da cognição, das duas sendo elo a fundamentação.

Por isso é que a teoria da cognição<sup>6</sup>, e bem assim o procedimento, não mais devem pautar-se numa premissa ilusória que espelhe uma cognição concentrada ou limitada na/à fase decisória ou em uma só pessoa. Em verdade, teoria e rito devem aproximar-se da realidade para (i) instrumentalizar um “gerenciamento cognitivo” que se protraia no feito desde o seu princípio e (ii) levar em conta uma visão cognitiva que espraia num policentrismo, para além da figura do magistrado, as fontes alimentadoras e construtoras da verdade processual num estado cognitivo comunitário (VOGT, 2020, p. 291-292), que, integrado pelo decisor, nele há de necessariamente reverberar ao dissolvê-lo num todo em lugar de alocá-lo arbitrariamente e distantemente acima desse todo.

Uma estruturação cognitiva que valorize a pluralidade das diversas origens dimanantes dos subsídios do caso, isto é, que deixe de chancelar uma ocultação da formação da convicção no íntimo do ator que presidir a edificação do convencimento e que lance luzes sobre as contribuições dadas por todos os sujeitos participantes daquele processo. Uma fragmentação que dilua a cognição no tempo, ao longo do procedimento, e entre diferentes agentes, condensando-a na decisão sem mais que se possa distingui-la ou reduzi-la a uma única origem.

Em sociedades abertas, democráticas, opera uma discursividade reconstrutiva incessante das normas, seguidamente reinterpretadas e revisitadas sob a luz da principiologia constitucional. O teatro processual é, por conseguinte, locus privilegiado de encenação dessa oxigenação normativa, não cabendo fechá-lo num monólogo estatal infenso à participação e à fiscalidade (MADEIRA, 2008, p. 212).

Nessa intersubjetividade da significação, o procedimento desempenha papel preponderante de instrumentalização de um “espalhamento cognitivo”, seja para ampliar e tornar mais eficientes e efetivos espaços de fala e de contaminação positiva do decisor, seja para agregar e ampliar o escopo subjetivo do feito para contemplar mais atores participantes de uma construção conjunta e cooperada da decisão.

Já há em nosso ordenamento, é verdade, avanços procedimentais importantes que ilustram a preocupação com um maior intercâmbio cognitivo, de que são exemplos o saneamento e a organização compartilhados (notadamente quando há convenção processual homologada), juízos de retratação resultantes do efeito regressivo de recursos, a técnica de ampliação de colegiado, intervenção de terceiros em geral (particularmente o *amicus curiae*), a intervenção do Ministério Público, a realização de audiências públicas, entre outros. Nada obstante, incursões mais arrojadas e vanguardistas têm povoado o interesse acadêmico atualmente e dado testemunho da democratização cognitiva aqui

---

6 Oportuno o conceito de cognição proposto por Dhenis Cruz Madeira, no sentido de ser ela instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da jurisdição e instrutivos do processo a permitir a valoração e a valorização compartilhada dos argumentos e das provas estruturados num procedimento sob o signo do contraditório (MADEIRA, 2008, p. 119).

sustentada, como, por exemplo, teses bastante engenhosas de gerenciamento (case management) cooperativo do processo como as que são defendidas por Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral, Leonardo Carneiro da Cunha e Fernanda Costa Vogt, apenas para citar alguns.

Como técnica que favorece uma oxigenação cognitiva a partir da riqueza e da complexidade do objeto a ser analisado, a proceduralização é somente uma espécie, que absolutamente não exclui outras vias promissoras e ilustrativas da conversão processual e procedimental em favor de uma cognição mais democrática. O fato de que na proceduralização se encontre campo mais propício a essa predisposição rumo a horizontes mais democráticos, nada obstante, não deixa de ser digna da observação: quiçá em função de que temas de maior sensibilidade política e incorporadores de interesses plurais e diversos potencialmente tornem mais desgastante o recurso a simulacros de jurisdição, decisões-padrão ou uma impermeabilidade judicial à influência dos atores envolvidos, ganha a força a necessidade por que se busquem mecanismos que mais bem enderecem aquele policentrismo.

Dito de outro modo, provimentos ilusoriamente simplificadores da realidade tendem a ser estrategicamente menos eficazes e mais duvidosamente legítimos quanto mais complexa for a realidade. Quanto maior a insuficiência de dados topoi e os riscos de que possam eles abrir vulnerabilidades a um constrangimento epistemológico (STRECK, 2020, p. 61-67), maior a propensão a vias alternativas de construção de sentido. Daí essa renegação a um arbítrio estatal e uma maior abertura procedimental-cognitiva possivelmente encontrarem menos resistência por meio da proceduralização e/ou em sede de jurisdição constitucional, terreno fértil para complexidades.

Enfim, não mais cabe a visão de um órgão julgador como “um achador (descobridor) de um preceito ético diluído na névoa dos tempos só sensibilizável por um sentire divinatório do descobridor da sentença” (LEAL, 2017, p. 17). Se o decisor é uma soma de suas circunstâncias e o produto de contextos históricos e espaciais que o forjam sob o signo de uma intersubjetividade, deve essa mesma premissa preponderar na construção de um pensar sobre problemas submetidos à sua solução.

Não deve o processo, assim, ser convertido em mero embaraço a um agir ensimesmado. Ao contrário, suas etapas e sua organização veiculam direitos fundamentais que impõem uma abertura cognitiva real, apta a contrapor-se ao arbitrário subjetivismo de alguns poucos sujeitos. A captura de matrizes teóricas ou de institutos processuais em favor do Estado e a perspectiva de um processo de resultados denunciam a desnaturação de limites, convertidos pelo ente limitado em formalidades desimportantes que embaraçariam o exercício do poder. Essa alegoria, nada obstante, falece quanto mais complexas e plurais se revelem as disputas e os problemas a se solucionar. Sob



pena de ver erodir sua legitimidade, a jurisdição então se abre, recorrendo a novos olhares que, conquanto ainda contingenciais, bem demonstram ser possível uma forma mais democrática de se enxergar a aplicação do direito.

O que confere legitimidade à jurisdição não é o traduzir-se em ato de poder, mas sim a fidelidade do que lhe foi deferido servir segundo expectativas antecipadamente formalizadas, ao que “discursivamente definido pelos que participam da tarefa democrática de autorregulação de sua convivência política” (PASSOS, 2014, p. 394-395). A construção do direito não há de defluir de algo metafísico, valioso em si mesmo e por si mesmo, a ser revelado por uma “instituição mais capaz” plenipotenciária. Antes, há de ser um empreendimento coletivo, um constructo intersubjetivo que vincula as decisões particularizadas (STRECK, 2019, p. 42).

## 5. CONCLUSÃO

O argumento das capacidades institucionais é sofisticado e bastante válido, disso de modo algum se duvida. O ponto, sem embargo, está nos riscos de sua subversão e em uma de suas premissas básicas, que pretende situar na esfera de competências de uma dada instituição — notadamente estatal — a presunção de uma potencial maior qualidade cognitiva para dirimir determinado dilema.

Neste artigo, explorei o argumento das capacidades institucionais por uma dupla faceta: (i) incrementando um exame conjuntural e uma análise política de tensões interinstitucionais sob o signo do poder de barganha negocial de dada instituição na dinâmica de compartimentação funcional de poderes como condição para se recorrer àquele argumento e (ii) a possibilidade de que esse mesmo crivo político, ao fim e ao cabo, patrocine a adoção do argumento como mero álbi teórico para uma abstenção decisória.

Diante dessas possíveis fragilidades a orbitar o argumento das capacidades institucionais, enveredei pela proceduralização como matriz ilustrativa de um contraponto fundamental que pretende rechaçar uma alocação decisória a partir de um ideal de privilégio cognitivo e que busca abraçar a pluralidade como pressuposto de maior legitimidade.

Tomada a proceduralização como mote, a anotação final deste escrito registra a importância de um resgate da ideia de uma cognição mais democrática: se é impossível garantir a qualidade decisória ainda quando se lance essa responsabilidade sobre a instituição dita mais capaz, um pressuposto mais simples de se alcançar revela na

diversidade, na abertura cognitiva e no policentrismo predicados que tornarão o ato estatal, se não necessariamente correto, mais democrático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake News e Regulação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

AUSTIN, J. L. How to do things with words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955. London: Oxford University Press, 1962.

CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: RT, 2021.

COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). Public governance in the age of globalization. London: Routledge, 2017.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LERNER, J. S.; TETLOCK, P. E. Bridging Individual, Interpersonal, and Institutional Approaches to Judgment and Decision Making: The Impact of Accountability on Cognitive Bias. In: *Emerging Perspectives on Judgment and Decision Research*, ed. S. L. Schneider and J. Shanteau, 431–57. New York: Cambridge University Press., 2003.

MACINTYRE, Alisdair. **After virtue. A study in moral theory**. Third Edition. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. Os limites da razão na formação das decisões jurídicas: a relação entre Direito e Moral revisitada à luz das novas teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral. Tese de doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2018. Disponível em [https://repositorio.ufmg.br/browse?type=author&value=Thais+de+Bessa+Gontijo+de+Oliveira&value\\_lang=pt\\_BR](https://repositorio.ufmg.br/browse?type=author&value=Thais+de+Bessa+Gontijo+de+Oliveira&value_lang=pt_BR). Acesso em 20.01.2022.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Ensaio e Artigos**. V. I. Salvador: JusPodivm, 2014.

SCHAUER, Frederick. Is There a Psychology of Judging? In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (eds.). *The psychology of judicial decision making*. New York: Oxford University Press, 2008, KSG Working Paper No. RWP07-049, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1015143>. Acesso em 20.01.2022.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, issue 4, p. 885-951, 2003.

TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (orgs.). *On paradoxes and inconsistencies in law*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na Globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Substantive and reflexive elements in modern law**. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983.

VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil. Flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos. Salvador: JusPodivm, 2020.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of law in the welfare state**. New York: Walter de Gruyter, 1988.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**  
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>  
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.