



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ISAAC KOFI MEDEIROS**

**ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA**

Florianópolis

2020

ISAAC KOFI MEDEIROS

**ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira. Coorientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr.

Florianópolis

2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Medeiros, Isaac Kofi

Ativismo judicial e princípio da deferência à  
Administração Pública / Isaac Kofi Medeiros ; orientador,  
Cláudio Ladeira de Oliveira, coorientador, Pedro de  
Menezes Niebuhr, 2020.

233 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós  
Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Ativismo judicial. 3. Controle da  
Administração Pública. 4. Deferência judicial. 5. Doutrina  
Chevron. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de. II. Niebuhr,  
Pedro de Menezes. III. Universidade Federal de Santa  
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

ISAAC KOFI MEDEIROS

**ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA À ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Elival da Silva Ramos  
Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins  
Universidade de Brasília (UnB)

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Norma Sueli Padilha  
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

---

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira  
Orientador

Florianópolis, 2020.

Ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo, por tudo o que  
significou e continua significando, *in memoriam*.

## AGRADECIMENTOS

“A vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro nessa vida” (Vinícius de Moraes). Não há frase melhor para descrever o desfecho dessa etapa, construída a base de muita convivência e renúncia, trocas e abnegações. Uma sucessão de encontros e desencontros que fizeram desse desafio uma das grandes experiências transformadoras de minha vida. É por isso que devo tanto a tanta gente, de modo que me esforçarei para agradecer a cada um e a cada uma que contribuiu com esse percurso.

À Universidade Federal de Santa Catarina, *alma mater*, instituição que um dia espero retribuir na forma que o tempo e a vida permitirem. Em especial, agradeço à Secretaria do PPGD/UFSC, na pessoa da servidora técnico-administrativa Maria Aparecida Oliveira, a Cida.

Ao escritório de advocacia Menezes Niebuhr Advogados Associados, pela oportunidade de seguir estudando e vivendo o direito com os melhores profissionais que poderia encontrar. Em particular, agradeço ao *Núcleo de Licitações, Contratos, Ambiental e Urbanístico*, time que sempre pude contar nesses últimos anos, nas melhores horas e também nas mais difíceis. Obrigado Fernanda Schramm, Luiz Assis, Rodrigo Lahoz, Renan Fontana, Gustavo Quint, Natália Souza, Stephanie Rosa, Carlos Ghanem, Cauê Vecchia, Dr. Salomão Ribas, Murillo Preve, Igor Santos e Bruna Pasta. Em especial, agradeço a Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, pelo exemplo, oportunidade e incentivo imensurável para trilhar a advocacia e a vida acadêmica. Além disso, respectivamente, pela disposição em integrar a banca de defesa e co-orientar este trabalho.

Ao Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político da UFSC – GConst, pelas leituras qualificadas e os debates de altíssimo nível. Em especial, ao Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, mais que orientador, um mestre, a quem sou eternamente grato por acreditar em mim e me introduzir à pesquisa, desde o TCC até esta dissertação de mestrado, passando por artigos e reuniões do GConst. Mas, acima de tudo, por me fazer descobrir o gosto pela docência.

Aos Profs. Elival da Silva Ramos e Argemiro Cardoso Moreira Martins, pela disposição em integrar a banca de defesa e contribuir na reflexão crítica sobre este trabalho. É, realmente, um privilégio poder contar com a participação de duas referências acadêmicas tão qualificadas, de distintas universidades, no estágio final dessa jornada. Espero ficar à altura do desafio.

Aos amigos Leonardo Moraes, Ruy Ribas, Gustavo Matiola, Mateus Costa, André Carvalho, Bruno Borges, Rafael Cella, Eduardo Sena, Jonathan Machado, Yuri Becker e Lucas Wolski, amigos que o movimento estudantil me deu, mas que se tornaram muito mais do que isso. À Gustavo Bitencourt, Ivan Pizzolatti, Arthur Bobsin, Fafá Capela, Eduardo Freccia, Leonardo Ulisses de Moraes, Lucas Miranda, Leonardo Oliveira, Renata Caroline e Laísa Santos, pessoas inestimáveis na minha vida, por terem me ajudado direta ou indiretamente nos últimos meses.

À minha família, pelo carinho, amor e compreensão durante todo esse processo. Agradeço à minha mãe Angela, meu pai Benjamin, meu irmão Leonardo, meu sobrinho Vicente, minha vó Dilma, Júlio, Letícia, Ro, Pedro e Raquel.

À Maryon Gotardo, minha vida, meu maior encontro, por tudo.

*Foxes should not guard henhouses; but who is the  
fox?*

*Cass Sunstein*



## RESUMO

O presente trabalho examina a possibilidade de aplicação do princípio da deferência no Brasil como uma alternativa ao problema do ativismo judicial contra a Administração Pública, à luz do instrumental da teoria constitucional. Parte-se da premissa que o ativismo judicial contra a Administração Pública se materializa através de um controle não deferente dos atos administrativos, legitimado por uma parcela considerável da doutrina administrativista influenciada pelos postulados neoconstitucionalistas. O objetivo geral é examinar se há fundamentos institucionais e normativos para o uso do princípio da deferência de acordo com realidade jurídico-institucional brasileira, inspirado nos enunciados do teste bifásico de *Chevron*, doutrina que orienta uma conduta deferente dos magistrados ao examinar interpretações administrativas, em consideração às capacidades institucionais da Administração Pública. Para tanto, é realizada uma investigação panorâmica sobre os temas ativismo judicial, neoconstitucionalismo, expansão da jurisdição constitucional, judicialização da política e, mais importante, separação de poderes, neste último caso demonstrando como o ativismo judicial viola os dois principais fundamentos subjacentes à teoria tripartite: contenção do abuso de poder e especialização funcional. Na sequência, é analisado de que maneira a doutrina administrativista brasileira tem contribuído nos últimos anos para a validação do controle judicial não deferente sobre os atos administrativos, mediante a absorção das teses neoconstitucionalistas acerca da força normativa dos princípios e constitucionalização do direito administrativo. Neste cenário, identifica-se uma expansão das hipóteses de controle do mérito do ato administrativo, através do uso de termos jurídicos dotados de considerável abertura semântica, com o conseqüente fortalecimento do poder judiciário acompanhado da redução da discricionariedade do gestor. Depois, propõe-se uma análise sobre o minimalismo judicial, na condição de uma alternativa ao ativismo judicial. Em seguida, faz-se uma investigação geral sobre a doutrina *Chevron* e suas particularidades no contexto norte-americano para, na sequência, introduzir um conceito de princípio da deferência no Brasil inspirado em seus enunciados gerais, mas fundamentado em normas do ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração também a conjuntura institucional do País. Por último, propõe-se um parâmetro de aplicação do princípio da deferência à Administração Pública no Brasil.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; deferência judicial; controle judicial de atos administrativos; Administração Pública; neoconstitucionalismo; doutrina *Chevron*; capacidades institucionais.

## ABSTRACT

The present work examines the possibility of applying the principle of deference in Brazil, as an alternative to the problem of judicial activism against Public Administration, in the light of the instruments of constitutional theory. It starts from the premise that the judicial activism against Public Administration is materialized through a non-deferent control of administrative acts, legitimized by a part of administrative law doctrine influenced by neoconstitutionalist postulates. The general objective is to examine if there are institutional and normative grounds for the use of the principle of deference according to the Brazilian institutional and legal reality, inspired by Chevron's biphasic test statements, a doctrine that guides a deferent conduct by judges in examining administrative interpretations, in consideration to the institutional capacities of Public Administration. For this matter, a panoramic investigation is carried out on the themes of judicial activism, neoconstitutionalism, expansion of constitutional jurisdiction, judicialization of politics and, more importantly, separation of powers, in the latter case demonstrating how the judicial activism violates the two main fundamentals underlying the tripartition of powers theory: containment of abuse of power and functional specialization. Then, it is analyzed how the Brazilian administrative law doctrine has contributed in recent years to validate the non-deferent judicial control over administrative acts, using an absorption of neoconstitutionalist theses on the normative force of principles and the constitutionalization of administrative law. In this scenario, an expansion of the hypotheses of merit control of the administrative act is identified, through the use of legal terms endowed with semantic openness, with the consequent strengthening of the judiciary accompanied by a reduction in the public manager's discretion. Then, it proposes an analysis of judicial minimalism, as an alternative to judicial activism. After, it makes a general investigation about the Chevron doctrine and its particularities in the North American context, in order to introduce a concept of principle of deference in Brazil inspired by its general statements, but based on the Brazilian legal order, considering also the country's institutional situation. Finally, it proposes a parameter for the application of the principle of deference to the Public Administration in Brazil.

**Keywords:** Judicial activism; judicial deference; judicial review of administrative acts; Public Administration; neoconstitutionalism; Chevron doctrine; institutional capacities.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC Ação Direta de Constitucionalidade

ADO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

AP Ação Popular

EPA Environmental Protection Agency

MI Mandado de Injunção

MS Mandado de Segurança

STF Supremo Tribunal Federal

**LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

<b>Ilustração 1</b> - Suprema Corte: 1947 .....	20
<b>Ilustração 2</b> - Suprema Corte: 1947 .....	21



## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1</b> – Teoria de Gustavo Binenbojm .....	117
<b>Figura 2</b> – Dois passos de Chevron .....	143

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>16</b>
<b>1. Capítulo I: Ativismo Judicial.....</b>	<b>19</b>
1.1 Breves aspectos históricos .....	19
1.2 Conceitos de Ativismo Judicial .....	23
1.3 Ativismo Judicial, Interpretação do Direito e Neoconstitucionalismo .....	24
1.4 Ativismo Judicial e Separação de poderes .....	40
1.4.1 Separação de poderes em perspectiva: dois argumentos .....	46
1.5 Ativismo Judicial e a Expansão da Jurisdição Constitucional .....	64
1.6 Ativismo Judicial e Judicialização da Política .....	72
1.7 Síntese do Capítulo I.....	77
<b>2. Capítulo II: A Evolução do Controle Judicial do Ato Administrativo .....</b>	<b>78</b>
2.1 Formas Históricas de Controle da Administração Pública: França e o debate <i>Dicey vs. Hauriou</i> .....	79
2.2 Controle deferente do Ato Administrativo .....	86
2.3 Constitucionalização do Direito Administrativo, Neoconstitucionalismo e Juridicidade Administrativa .....	96
2.3.1 Breve contraponto.....	104
2.4 Controle não Deferente dos Atos Administrativos.....	108
2.4.1 A doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto .....	108
2.4.2 A doutrina de Maria Sylvia Di Pietro .....	110
2.4.3 A doutrina de Carmen Lúcia Antunes Rocha .....	113
2.4.4 A doutrina de Odete Medauar .....	114
2.4.5 A doutrina de Gustavo Binbenbujm .....	115
2.4.6 A doutrina de Juarez Freitas e o direito fundamental à boa administração pública .....	121
2.5 Síntese do Capítulo II .....	127
<b>3 Capítulo III: Princípio da Deferência à Administração Pública.....</b>	<b>128</b>
3.1 Um Modelo de Minimalismo Judicial .....	129
3.1.1 Dimensão procedimental do minimalismo .....	130
3.1.2 Julgamentos estreitos e superficiais.....	130
3.1.3 Custos e erros judiciais .....	133
3.1.4 Dimensão substancial do minimalismo e a promoção da democracia .....	135

3.2 A Deferência no caso <i>Chevron</i> .....	
3.2.1 <i>Chevron USA Inc. versus Natural Resources Defence Council</i> .....	140
3.2.2 Os dois passos de <i>Chevron</i> .....	143
3.2.3 Muito além das agências reguladoras: o conceito de agência nos Estados Unidos .....	149
3.2.4 Alcance de <i>Chevron</i> .....	153
3.2.5 Impacto de <i>Chevron</i> .....	156
3.2.6 Argumentos a favor de <i>Chevron</i> .....	161
3.2.6.1 Capacidades institucionais: expertise técnica e credenciais políticas .....	162
3.2.6.2 Eficiência .....	168
3.2.6.3 Uniformidade nacional e segurança jurídica .....	169
3.2.7 Argumentos contrários a <i>Chevron</i> .....	170
3.2.8 <i>Chevron</i> na jurisprudência brasileira .....	177
3.3 Princípio da Deferência à Administração Pública no Brasil e seus Fundamentos Jurídicos .....	180
3.3.1 Razões institucionais para o uso do princípio da deferência no Brasil .....	184
3.3.2 Fundamentos Jurídicos .....	188
3.3.2.1 Separação de poderes.....	188
3.3.2.2. Artigo 22 da LINDB.....	198
3.3.2.3 Presunção de legitimidade, veracidade e eficiência administrativa .....	203
3.3.2.4 A questão da inafastabilidade jurisdicional .....	206
3.3.3 Parâmetro de aplicação do princípio da deferência .....	209
3.4 Síntese do Capítulo III.....	212
<b>II CONCLUSÃO.....</b>	<b>213</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>219</b>



## INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar em perspectiva crítica o fenômeno do ativismo judicial sobre as atividades da Administração Pública e como tem sido o posicionamento doutrinário a respeito do controle judicial dos atos administrativos nos últimos anos. Entende-se que, em essência, o ativismo judicial sobre a Administração Pública se manifesta através de um controle não deferente dos atos administrativos, algo que vem sendo respaldado pela doutrina neoconstitucionalista desde meados dos anos 90, daí porque correlacionar esses conceitos.

O ativismo judicial não é tema novo, já tendo sido objeto de incontáveis dissertações. No entanto, a ideia central é demonstrar como ele se manifesta especialmente em relação à Administração Pública, num contexto administrativo de alta insegurança jurídica, ineficiência e excessiva proeminência do poder judiciário sobre os destinos da vida pública. Mesmo na condição de instâncias contramajoritárias, as instituições judiciais têm atuado sistematicamente em nome dos outros poderes, ao argumento de estarem suprindo um pretenso vácuo institucional, o que possui implicações sérias em nível da qualidade democrática e técnica dessas intervenções.

Esses movimentos, naturalmente, não vêm desamparados de respaldo teórico. Ao contrário, é robusta a literatura jurídica disposta a fornecer argumentos favoráveis à supremacia judicial, deduzidos a partir de cláusulas abstratas do texto constitucional. O neoconstitucionalismo administrativista, fundado essencialmente em princípios, desempenha esse papel dentro do direito administrativo. Nos últimos anos, dedicou-se a descrever em quais hipóteses o poder judiciário deveria romper com o manto do mérito administrativo e revisar as decisões de gestores públicos. Dentro dessa tendência, parece que as hipóteses são cada vez mais numerosas.

Se antes a doutrina parecia balizada por um controle de legalidade moderado, abnegada em face do mérito do ato administrativo, nota-se uma evolução em sentido oposto, primeiro a partir da influência da jurisprudência administrativa francesa, depois, mais recentemente, fundada na ideia de constitucionalização do direito administrativo e de força normativa dos princípios, sejam eles constitucionais, legais, explícitos ou implícitos. Neste quadro, de um direito administrativo maleável fundado em conceitos difusos, impera a insegurança jurídica, o ativismo judicial e a redução contínua do mérito do gestor público em

favor de uma maior capacidade de intervenção judicial na atividade da Administração Pública.

O tema do controle dos atos administrativos também não é novo. No entanto, propõe-se abordá-los a partir do direito constitucional. Se for verdade que o controle não deferente está relacionado com ativismo judicial e neoconstitucionalismo, temas centrais para a teoria constitucional, significa que uma abordagem desse outro ângulo fará bem à pesquisa, principalmente se concatenados com conceitos do direito administrativo. Afinal, são ramos do direito que se complementam. Este, então, é um trabalho de direito constitucional aplicado ao direito administrativo.

É preciso, porém, fazer uma diferenciação. O uso do instrumental constitucionalista pode provocar resultados diferentes sobre o direito administrativo, a depender dos marcos teóricos utilizados. É comum nesse campo a distinção entre constitucionalismo judicial e constitucionalismo político. O primeiro, como sugere o nome, recomenda que o poder seja confiado principalmente às instituições judiciais, na condição de moderadoras do jogo político, este visto sempre com desconfiança por parte de juízes e juristas. Esta é a base do que será chamado de neoconstitucionalismo administrativista.

O constitucionalismo político, a seu turno, adota uma perspectiva de reconhecimento da legitimidade da política democrática e seus fóruns de deliberação, ao mesmo tempo em que encara realisticamente as limitações institucionais do poder judiciário para lidar com temas que fogem à sua expertise. Por consequência, defende uma jurisdição capaz de se autoconter quando a ocasião exigir, para que não resulte na substituição dos valores consagrados em processos representativos pelas opiniões particulares de magistrados e juristas. Adota-se esta perspectiva teórica na dissertação, que servirá de instrumental para a crítica da primeira.

Contudo, a crítica à doutrina não é a finalidade central desta dissertação. A crítica é um meio para atingir um fim mais nobre, um processo dialético usado para tentar apurar o que há de melhor para a ciência jurídica do outro lado do debate. Não necessariamente uma verdade, mas uma contribuição objetiva. No caso, a crítica apenas edifica o vértice superior dessa pesquisa: o princípio da deferência, uma recomendação interpretativa que orienta o poder judiciário a adotar uma conduta de autorrestrição diante da revisão de um ato administrativo expedido em termos legalmente admissíveis, em consideração às vantagens institucionais comparativas do poder executivo.

O problema subjacente a este desafio consiste em oferecer uma resposta adequada à seguinte pergunta: há fundamentos normativos sólidos para aplicação de um princípio da deferência no Brasil, como instrumento capaz de conter o ativismo judicial em face da Administração Pública?

Para tanto, a dissertação percorrerá o seguinte trajeto. O capítulo I trata do ativismo judicial, amplamente considerado, desde o significado histórico do termo até a sua relação com outros fenômenos, como neoconstitucionalismo, expansão da jurisdição constitucional e judicialização da política. Mas, sobretudo, correlaciona ativismo e separação de poderes, de forma a demonstrar como esses elementos interagem entre si e as implicações daí decorrentes.

O capítulo II propõe descrever a evolução do controle judicial do ato administrativo, a partir da perspectiva teórica. São analisadas doutrinas brasileiras clássicas de controle da Administração Pública, desde a década de 50, de controle moderado, até as doutrinas contemporâneas, que seguem uma tendência não deferente afirmada em princípios e valores constitucionais. Em função do recorte do tema, escolheu-se examinar especificamente a posição da doutrina, não da jurisprudência, sobretudo porque esse trabalho pretende ser um contraponto doutrinário, com a modéstia que lhe convém.

O capítulo III realiza um estágio propositivo da dissertação. Primeiro, propõe um modelo de atividade jurisdicional minimalista, na forma de uma conduta antagônica ao ativismo judicial. Em seguida, de maneira mais específica, trata do modelo de deferência judicial à Administração Pública instituído pela doutrina *Chevron*, originada nos Estados Unidos a partir de um importante precedente da Suprema Corte. É analisada a origem, o fundamento, o alcance e o impacto de *Chevron* no direito administrativo norte-americano, sem descuidar das particularidades jurídico-institucionais que diferenciam o Brasil e os Estados Unidos. Lá, a ideia de deferência é aplicada de uma maneira própria e não está imune a questionamentos, como se demonstrará. Na doutrina brasileira, esse debate ainda permanece incipiente a despeito de alguns sinais otimistas. Por fim, propõe-se uma forma de conceituação e aplicação do princípio da deferência no Brasil, inspirada nos enunciados da doutrina *Chevron*, a partir da dedução de fundamentos normativos e parâmetros logicamente ordenados, condizentes com a realidade jurídica brasileira.

## 1. Capítulo I: Ativismo Judicial

Parece certo dizer que a proeminência do poder judiciário é um fenômeno que interessa cada vez mais os juristas em virtude da expansão que teve esse ramo do poder constituído numa série de democracias constitucionais contemporâneas, sobretudo no Brasil. Fala-se em juristocracia<sup>1</sup>, judicialização da vida<sup>2</sup>, revolução judiciarista<sup>3</sup>, supremocracia<sup>4</sup>, ministrocracia<sup>5</sup>, termos que grosso modo designam um modo de comportamento e desempenho judicial cada vez mais frequente nas sociedades contemporâneas. Para este trabalho, interessa particularmente a ideia de ativismo judicial e o impacto que esse comportamento institucional tem na Administração Pública. Para melhor formular essa ideia, serão introduzidos inicialmente conceitos básicos sobre ativismo judicial e conectando-os com reflexões acerca da interpretação do direito, neoconstitucionalismo, separação de poderes, expansão da jurisdição constitucional e judicialização da política, fazendo as devidas diferenciações. Antes, um brevíssimo apanhado histórico.

### 1.1 Breves aspectos históricos

O conceito de ativismo judicial começa a ganhar contornos definidos na jurisprudência dos Estados Unidos da América.<sup>6</sup> O termo ativismo judicial teria sido utilizado pela primeira vez num artigo publicado na revista *Fortune* pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. em 1947, intitulado *The Supreme Court*, em que categorizou os juizes da Suprema Corte em três grupos distintos durante o período do *New Deal*, quando a constitucionalidade de diversas leis promovidas no âmbito do governo de Franklin Delano Roosevelt foram postas em discussão no Tribunal, razão porque havia particular interesse na

<sup>1</sup> Cf. HIRSHCL, R. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

<sup>2</sup> Cf. BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum: 2018.

<sup>3</sup> Cf. CYRIL LYNCH, C. E. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciarista”. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, n. 79, out./nov./dez. 2017, p. 158-168.

<sup>4</sup> Cf. VILHENA, O. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo**, São Paulo: n. 8, jul/dez, 2008. p. 441-463.

<sup>5</sup> Cf. ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, vol. 37, n.1, 2018.

<sup>6</sup> Importa afirmar que a pretensão aqui não é fazer uma descrição da origem do ativismo judicial na ordem internacional. Para os fins desta pesquisa, interessou neste ponto tão só fazer um apanhado histórico breve do uso do termo ativismo judicial, que data de 1947 nos Estados Unidos da América. Sobre a desnecessidade de traçar detalhadamente a evolução histórica de todo objeto de estudo nas Ciências Jurídicas. Cf. OLIVEIRA, L. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, L. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.

retratação da composição política da Suprema Corte norte-americana à época<sup>7</sup>. No texto, Schlesinger Jr. dividiu os juízes entre ativistas judiciais (*judicial activists*), campeões de autocontenção (*champions of self restraint*) e grupo intermediário (*middle group*). O primeiro grupo seria composto por magistrados inclinados a usar do poder judicial para imprimir sua própria visão de mundo sobre a “consecução de resultados sociais desejados”, ao passo que o segundo grupo descreveria os juízes dispostos a abdicar de suas próprias percepções em favor dos demais poderes representativos. O terceiro grupo reuniria as características dos dois primeiros, se situando no meio termo.<sup>8</sup>

A partir das imagens da revista *Fortune*<sup>9</sup>, é possível notar que o articulista descreveu um a um os juízes da Suprema Corte de acordo com a sua categorização:

Ilustração 1- Suprema Corte: 1947



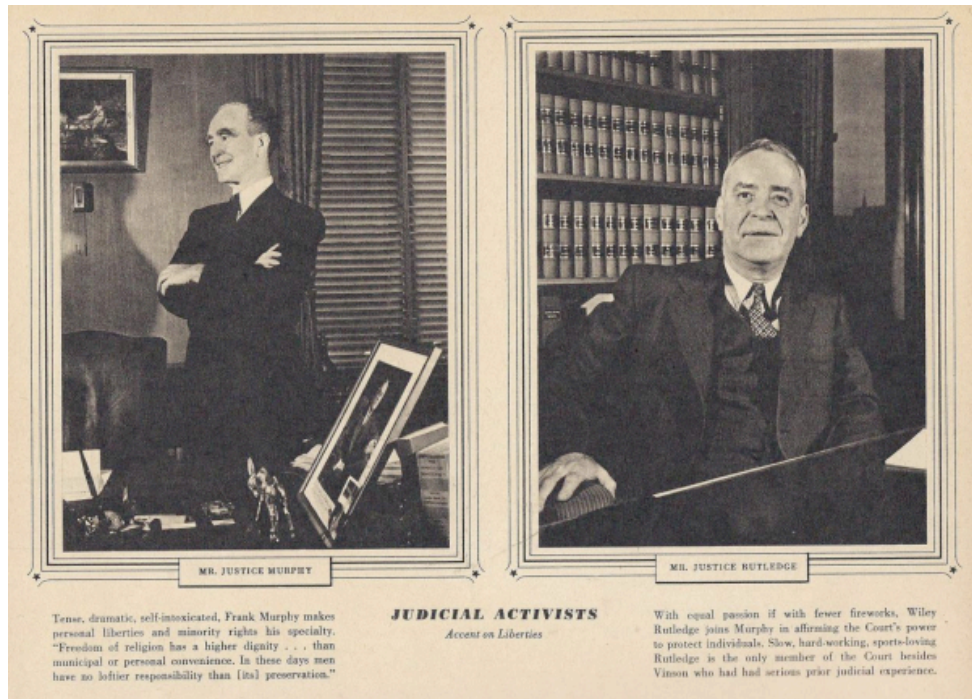
Fonte: SCHLESINGER (1947 apud CAMPOS, 2014, p. 14).

<sup>7</sup> CAMPOS, B. V. B. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: o império dos homens sobre o direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014, p. 31.

<sup>8</sup> PÁDUA, T. A. A expressão “ativismo judicial” como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 144.

<sup>9</sup> Não foi possível encontrar o artigo de Schlesinger Jr na íntegra em pesquisas de bancos de dados. No entanto, uma dissertação de mestrado realizada no âmbito da Universidade Federal de Minas Gerais trouxe algumas imagens através da importação de um exemplar da edição de janeiro de 1947. Cf. CAMPOS, B. V. B. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: o império dos homens sobre o direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014, p. 31.

Ilustração 2 - Suprema Corte: 1947



Fonte: SCHLESINGER (1947 apud CAMPOS, 2014, p. 14).

Certo é que o termo ativismo judicial possui uma pluralidade de significados e não existe propriamente uma definição jurídica inequívoca do seu conceito<sup>10</sup>, sobretudo tendo em vista que a sua formulação histórica decorre de um artigo publicado por um historiador, em linguagem jornalística, numa tentativa de fazer uma descrição política da Suprema Corte dos Estados Unidos. A despeito de toda “nebulosidade conceitual”, nos Estados Unidos a expressão ativismo judicial inicialmente popularizou-se, sobretudo entre os conservadores, como forma de criticar juízes de inclinação liberal.<sup>11</sup> Com o passar do tempo, o termo também passou a ser empregado para designar juízes conservadores.<sup>12</sup>

No entanto, ainda no exemplo estadunidense, a preocupação com o exercício

<sup>10</sup> Para uma visão crítica do uso indiscriminado do termo ativismo judicial, Cf. PÁDUA, T. Ar. A expressão “ativismo judicial” como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 5, Número Especial, 2015, p. 135-170.

<sup>11</sup> CAMPOS, B. V B. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: o império dos homens sobre o direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014, p. 52.

<sup>12</sup> Cf. SUNSTEIN, C. **Radicals in Robes: Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America**. Cambridge: Basic Books, 2005.

jurisdicional excessivamente politizado data de período anterior à essa época, a despeito do registro histórico do termo ativismo judicial ser de 1947. Um comportamento mais politizado dos juízes é notado desde a Era *Lochner* (1905-1937), quando a Suprema Corte dos Estados Unidos possuía uma feição mais conservadora<sup>13</sup> e marcadamente passou a invalidar uma série de leis sociais ao argumento de ferirem o preceito constitucional da liberdade econômica, até que a composição da Corte foi alterada por Franklin Delano Roosevelt em 1937.<sup>14</sup> Ao todo, foram revogadas cerca de 170 leis trabalhistas estaduais e federais.<sup>15</sup> O caso *Lochner v. New York*, de 1905, é emblemático neste sentido, tratando-se de caso em que a Corte reverteu a condenação de um dono de uma padaria, Joseph Lochner, que havia violado uma lei estadual (*Lei Bakeshop*), que limitava a jornada de trabalho de padeiros em 10 horas diárias ou 60 horas semanais. Em face da condenação imposta pela primeira instância e confirmada no Tribunal de Apelação, a Suprema Corte absolveu Lochner por entender que teria havido ofensa à liberdade contratual, numa interpretação ampliativa da décima quarta emenda, que institui o devido processo legal<sup>16</sup>. Nas palavras da Suprema Corte, “o direito geral de fazer um contrato em relação aos seus negócios faz parte da liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda, e isso inclui o direito de comprar e vender mão-de-obra”.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Mesmo Barroso, proeminente defensor do ativismo judicial, reconhece que o ativismo foi “em um primeiro momento, de natureza conservadora”. E prossegue neste sentido: “Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857), e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrário ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 26.

<sup>14</sup> CAMPOS, B. V. B. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: o império dos homens sobre o direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014, p. 24.

<sup>15</sup> WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.

<sup>16</sup> A redação da décima quarta emenda dos Estados Unidos da América possui a seguinte redação, “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição (1787)**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 12/09/2019.

<sup>17</sup> No original “The general right to make a contract in relation-to his business is part of the liberty protected by the Fourteenth Amendment, and this includes the right to purchase and sell labor, except as controlled by the State in the legitimate exercise of its police power”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45, 1905.

O marco temporal do início do termo ativismo judicial, portanto, é em face da nova composição da Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a tentativa de Franklin Delano Roosevelt de mudar a composição política da corte, com a indicação de novos *justices* dispostos a destoar da linha conservadora então adotada pela Corte, sobretudo durante a Era *Lochner*. A partir disso, o uso do termo ativismo judicial vai assumir diversas feições, tanto para designar juízes conservadores como progressistas, mas de modo geral partindo da perspectiva de juízes dispostos a imprimir suas próprias visões políticas de mundo no âmbito da atividade jurisdicional.

## 1.2 Conceitos de Ativismo Judicial

Há várias formas de conceituar ativismo judicial, é possível dizer que existe um duplo sentido do termo, um mais relacionado à forma de utilização de métodos interpretativos que conferem mais poderes aos juízes, outro no sentido de fiscalizar e modificar decisões dos demais poderes. Em sentido similar, Lunardi e Dimoulis propõem um duplo sentido de ativismo judicial:

- a. Ativismo no sentido da intensa atividade do Judiciário para fiscalizar e modificar decisões do Legislativo. Trata-se de um ativismo quantitativo.
- b. Ativismo no sentido da utilização de formas de interpretação e de ação processual que aumentam os poderes dos magistrados. Esse seria um ativismo qualitativo, atuando o Tribunal como legislador, muitas vezes sob o pretexto da interpretação ou da colmatação de lacunas.<sup>18</sup>

Essas duas formas de conceituar ativismo judicial não se excluem e tampouco concorrem entre si. Trata-se tão só de olhar por ângulos diferentes o mesmo fenômeno. Ademais, outros significados podem ser encontrados para o termo ativismo judicial. Keenan Kmiec identifica pelo menos cinco sentidos para o emprego dessa expressão, sendo eles a invalidação de atos de outros poderes com base em normas constitucionais genéricas<sup>19</sup>, dificuldade de tribunais em aderir à precedentes, produção de leis pela via judicial,

<sup>18</sup> LUNARDI, S. G; DIMOULIS, D. Democraticidade ou juridicidade?: reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 10, n. 35, maio/ago. 2016. p. 168.

<sup>19</sup> Em posição similar, Cass Sunstein bem definiu essa questão em artigo publicado no jornal New York Times, ao descrever que o texto constitucional (no caso, o estadunidense) contém ambiguidades, mas que dessas lacunas não necessariamente resulta que a constituição proíbe ou autoriza certos temas políticos centrais, como financiamento de campanha e controle do armamento. Por esta razão, interpretações nesse sentido necessariamente teriam que ter origem numa conduta ativista de instituições judiciais. SUNSTEIN, C. Taking over the courts. New York Times, s.p., 2002. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2002/11/09/opinion/taking-over-the-courts.html>>. Acesso em: 20/10/2019.



distanciamento de metodologias interpretativas aceitas pela comunidade jurídica e juízos orientados por resultados, ou, em outras palavras, juízos consequencialistas<sup>20</sup>.

Na dissertação, serão utilizados principalmente os dois conceitos inicialmente mencionados, o primeiro relacionado à forma de utilização de métodos interpretativos que conferem mais poderes aos juízes, o outro no sentido de fiscalizar e modificar decisões dos demais poderes, eventualmente correlacionando o emprego desses dois termos com os demais sentidos que podem ser atribuídos à ativismo judicial. A começar pelo primeiro, sobre métodos interpretativos.

### 1.3 Ativismo Judicial, Interpretação do Direito e Neoconstitucionalismo

Ativismo judicial pressupõe uma conduta proativa do magistrado na interpretação do texto legal, antagônica à do arquétipo montesquiano do juiz boca da lei<sup>21</sup>, geralmente expandindo o sentido e o alcance da norma aplicável a pretexto de concretizar valores e fins constitucionais<sup>22</sup>. Essa descrição se reporta a uma dimensão hermenêutica do conceito de ativismo judicial, voltada ao comportamento dos juízes em face da interpretação da norma nos casos concretos ou abstratos submetidos ao poder judiciário. Esta ideia de ativismo judicial parte em geral de pretensão de superação do positivismo jurídico, a atribuir aos magistrados a prerrogativa de proferir decisões com um maior grau de criatividade interpretativa, fugindo das amarras da legalidade formal. O juiz, longe de apenas aplicar a lei tal qual ela é, passa a usar de um léxico jurídico difuso para justificar a tomada de decisão judicial, sobretudo princípios constitucionais, legais, implícitos e explícitos, entre outras técnicas decisórias.

Em Ronald Dworkin, o ativismo judicial consiste em que “tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas” e desenvolver princípios gerais de igualdade, legalidade, entre outros, revendo-os sempre à luz da visão moral da Suprema Corte.<sup>23</sup> Para Dworkin, os tribunais, sobretudo os constitucionais, devem agir como uma espécie de fórum de princípios, onde as questões em disputa no campo político serão

<sup>20</sup> KMIEC, K. D. The origin and current meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, **California**, v. 92, p. 2004. p. 1463-1475.

<sup>21</sup> A expressão juiz boca da lei vem da famosa passagem de Montesquieu em *Do Espírito das Leis*, onde o francês define que juízes seriam “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. MONTESQUIEU, C. L. de S. **Do Espírito das leis**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 180.

<sup>22</sup> BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 29.

<sup>23</sup> DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

discutidas de outra maneira, a partir de critérios de justiça. Dessa forma, as questões de moralidade política não são resolvidas apenas pelo critério majoritário de poder político, mas por princípios que informarão uma decisão correta sobre que direitos as pessoas possuem num sistema constitucional. Dworkin não acredita que essas características – um fórum de princípios onde seriam debatidas questões profundas de moralidade política – possam ser encontradas no âmbito do processo político majoritário.<sup>24</sup>

Para Luís Roberto Barroso, e ele é um defensor dessas teses, o ativismo judicial se manifesta, sobretudo pela aplicação direta do texto constitucional em detrimento da legislação ordinária, pela invalidação de atos emanados pelo poder legislativo ao argumento de inconstitucionalidade e, por último, pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”<sup>25</sup>.

Diante dessas possibilidades, o juiz pode encontrar a melhor solução ao caso, ponderando os valores conflitantes em jogo e fazendo preponderar aqueles que melhor perfazem um ideal de justiça, a partir da aplicação direta de cláusulas e princípios constitucionais. Sob esse ponto de vista, portanto, o Direito não é mais uma “ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação”<sup>26</sup> tal como apregoadado pelo kelsianismo, desprovido de valores, mas um sistema de fundo axiológico voltado à consecução de ideais de igualdade, justiça, dignidade da pessoa humana, entre outros fins.

Esta é uma descrição sucinta e parcial do que pode ser considerado ativismo judicial do ponto de vista da interpretação do direito. Parcial porque faz uma descrição acrítica de ativismo judicial. Numa perspectiva crítica, o ativismo judicial sob esse aspecto da interpretação do direito pode ser enxergado como uma conduta judicial em que o magistrado e as cortes chamam para si a responsabilidade de decidir para além da legalidade instituída pelo poder legislativo<sup>27</sup> - este último dotado de legitimidade política para exercer o poder de editar normas gerais oponíveis à toda a população - a pretexto de concretizar valores constitucionais ambíguos que, em tese, se sobrepõem normativamente à textura legal.

---

<sup>24</sup> DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101-103.

<sup>25</sup> BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 29.

<sup>26</sup> SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 APUD DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 102, p. jan./jun. 2011. p. 253.

<sup>27</sup> STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 49, n. 194, abr/jun, 2012. p. 9

O exercício dessa conduta judicial é viabilizado discursivamente através do uso de cláusulas constitucionais ou legais abertas (princípios e conceitos indeterminados), de conteúdo normativo fluido, o que permite ao aplicador da lei uma elasticidade argumentativa tamanha que, de intérpretes, juízes tangenciam a realização de uma atividade legislativa ao criar novos direitos e obrigações a partir de interpretações excessivamente criativas do sistema normativo. É o que Carlos Ari Sundfeld vai chamar de “farra de princípios” e Lênio Streck de “pamprincipiologismo”, reportando-se, respectivamente, à utilização de princípios com estampas socialmente aprazíveis que, em face da lei, seriam moralmente superiores e justificariam decisões fora da legalidade<sup>28</sup> e ao “uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito”<sup>29</sup>.

Assim, ativismo significa que instituições judiciais sejam atuantes no sentido de não somente fazer cumprir a lei em sentido formal, mas de assumirem uma postura audaciosa em sede de interpretação de princípios constitucionais de caráter abstrato, como princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e da isonomia, princípio democrático, entre outros, reivindicando para si a competência institucional e a distinção intelectual para dar sentido preciso a estes termos.<sup>30</sup>

Abra-se um parêntese sobre esse ponto, de chamar para si a responsabilidade de aplicar critérios de justiça a partir de cláusulas abstratas. Essa imagem idealizada se sustenta na ideia de o que poder judiciário falha ao se recusar a fiscalizar a ação do poder legislativo e poder executivo, vez que permitiria “que o poder administrativo atue com desrespeito para com os direitos dos indivíduos, ou que maiorias políticas possam subjugar com violência grupos minoritários”<sup>31</sup>, embora seja importante também investigar a situação oposta: “o risco de uma postura inversa por parte do judiciário, isto é, os obstáculos criados para o Estado Democrático de Direito por parte de um judiciário que assuma uma postura ativa na interpretação de cláusulas abstratas de direitos fundamentais”<sup>32</sup>. Neste particular, diferente do caso do poder legislativo, são poucas as amarras que impedem que instituições judiciais, a pretexto de combater ditaduras da maioria a partir de princípios, as exerçam elas mesmas uma ditadura da minoria.

---

<sup>28</sup> SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.5.

<sup>29</sup> STRECK, L. L., 2012, loc. cit.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, C. L. de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causa e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, 2015. p. 192-193.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, C. L. de., 2015, loc. cit.

Este receio da ditadura da maioria, como uma forma degenerada do processo majoritário, é frequente dentro da teoria constitucional. Ronald Dworkin, em passagem conhecida de sua obra, questionava se o fato de um número maior de pessoas escolher um determinado curso de ação poderia significar se aquele caminho é realmente o melhor ou o mais justo, fazendo uso da alegoria do bote salva-vidas. Sua objeção era que a decisão da maioria nem sempre resultará num processo decisório justo, por exemplo, no caso de um grupo de pessoas proceder à contagem de votos para decidir quem deverá ser jogado ao mar em virtude da superlotação de um bote salva-vidas. Para Dworkin, a deliberação da maioria neste caso levará em conta razões de amizade e inimizade pessoal, o que terminaria em contaminar o processo decisório por apegos e antagonismos de tal forma que mesmo um sorteio serviria como um critério mais justo. Estes aspectos – apegos e antagonismos – também estariam presentes na política, dentro do processo deliberativo majoritário, razão porque seria no mínimo duvidável a suposição de que a vontade da maioria é intrinsecamente melhor ou justa.<sup>33</sup>

No Brasil, essa alegoria vai ser retomada por Luís Roberto Barroso a partir de outra imagem:

Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.<sup>34</sup>

Em resposta à objeção de Ronald Dworkin, Jeremy Waldron sustenta que o exemplo do bote salva-vida não resolve o problema da necessidade de tomar uma decisão, além de se aplicar somente a casos de vida ou morte e não ao processo político majoritário. Waldron questiona qual procedimento seria adotado caso uma parcela dos tripulantes acreditasse que o sorteio seria o critério mais justo de escolha – solução defendida por Dworkin –, e outra, com argumentos substanciais, defendesse que a escolha mais justa da pessoa a ser jogada no mar perpassasse pelo exame da saúde dos membros da tripulação, de modo a escolher aqueles que possuem menos chances de sobreviver. Eventualmente, em face disso, as pessoas terão que votar sobre qual curso de ação elas consideram mais justo, notadamente porque elas irão divergir sobre qual é esse critério<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 533-534.

<sup>34</sup> BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

<sup>35</sup> WALDRON, J. A Majority in the Lifeboat. **Public Law Research Paper**, NYU School of Law, n.. 09-49, 2009, p. 8-9.

Jeremy Waldron não discorda necessariamente de Ronald Dworkin de que, neste caso, a decisão majoritária poderia resultar numa má-escolha. O ponto é que mesmo que fosse esse o caso, de ser um procedimento inapropriado, disso não resulta que o processo majoritário é inapropriado para a democracia de forma geral. Para Waldron, o processo majoritário é o único procedimento onde é assegurado que cada um terá voz e peso de votação na mesma medida do que os demais.<sup>36</sup> Como lembra Vera Karam Chueiri e Deborah Dettman, a indagação de Waldron é descobrir como Dworkin pode considerar tão desagradável que uma maioria possa decidir no caso de um bote salva-vida, mas sem compartilhar do mesmo incômodo em caso de tribunais decidindo de forma majoritária sobre vida e morte em caso de revisão da aplicação de penas capitais.<sup>37</sup>

Em outra publicação, Jeremy Waldron adverte que a ditadura da maioria é somente uma das formas de tirania, isto é, todas as formas de governo estão suscetíveis aos riscos de degeneração; “eles podem errar, eles podem ter um efeito injusto sobre determinados indivíduos ou grupos, ou seja, eles podem agir de modo ditatorial”, incluindo-se aí o governo do judiciário<sup>38</sup>. Com a diferença que, neste caso, há uma deficiência de legitimidade que a deliberação majoritária não tem, pois “tratam-se de formas de governo que não permitem o voto e a opinião de todos os indivíduos” e que “tomam decisões finais a respeito dos direitos de milhões com base nas vozes e nos votos de apenas alguns”.<sup>39</sup> Esse risco do exercício da jurisdição em potencial ofensa ao Estado Democrático de Direito se alarga sobremaneira quando é dado ao poder judiciário a prerrogativa de tomar decisões para além da legislação. Fecha-se o parêntese.

No Brasil há cada vez mais exemplos interessantes de decisões ativistas baseadas em princípios ou valores constitucionais. A ADI nº 4.650/DF<sup>40</sup>, em que o Supremo declarou inconstitucional o financiamento empresarial de campanha com base em ofensa ao princípio democrático e da igualdade política; o MS nº 34.530/DF<sup>41</sup>, em que o Supremo anulou

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 12-15.

<sup>37</sup> CHUEIRI, V. K. de; DETTMAN, D. A democracia no bote salva-vidas: os limites do majoritarismo nas concepções de parceria e governo da maioria. **Revista Jurídica**, v. 5, 2018, p. 9. Para mais críticas de Waldron sobre a utilização de procedimentos majoritários simples em cortes. Cf. WALDRON, J. **Political political theory: essays on institutions**. New York: Harvard University Press, 2016, 246-274.

<sup>38</sup> WALDRON, J. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. BIGONHA, A. C. A; M, L. (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 265.

<sup>39</sup> Ibid., p. 265.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 17 set. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 24 fev. 2016.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 14 dez. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 19 dez. 2016.

completamente a votação do PL nº 4.850/2016 realizada na Câmara dos Deputados ao argumento de ter havido ofensa ao princípio democrático, sendo que o projeto ainda seguiria para o Senado Federal onde era possível que sofresse modificações; a ADPF nº 402/DF<sup>42</sup>, em que o Supremo Tribunal Federal firmou que réus em ação penal que estejam na linha sucessória não poderiam substituir o presidente da República em caso de eventual vacância ou impedimento, com base no princípio republicano, entre outros argumentos; o HC nº 126.292<sup>43</sup>, onde o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento – hoje já revisado – de que seria possível a execução provisória da pena após a condenação criminal em segunda instância, a partir da consideração de que a presunção de inocência não pode ofuscar “a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”, a AP nº 0001786-77.2018.4.02.5102<sup>44</sup> proferida no âmbito 4ª Vara Federal de Niterói e depois vista e revista nas várias instâncias do poder judiciário brasileiro, que resultou na nulidade da posse da ex-deputada federal Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho por configurar violação ao princípio da moralidade administrativa em razão de a mandatária possuir histórico de multas trabalhistas; milhares de ações de medicamentos e de vagas em creche que são providas com fundamento no princípio da dignidade da pessoa, princípio do mínimo existencial, princípio da vedação ao retrocesso social ou mesmos nos enunciados constitucionais de direito à saúde e educação, por vezes mitigados pelo princípio da reserva do possível.

Algumas dessas decisões certamente possuem aspectos positivos, do ponto de vista do efeito imediato que causam na sociedade. Considere-se o exemplo das ações judiciais que garantem vagas em creche com fundamento na dignidade da pessoa humana e princípios afins. Não há quem discorde que há um benefício direto na ação do estado, via judicialização, que assegure a uma criança o acesso à educação infantil. Contudo, também restam poucas dúvidas de que a proliferação de ações desta natureza tende a desorganizar o orçamento municipal, gerando “uma desestruturação das demandas administrativas”<sup>45</sup>, sem deixar de

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, DF. 7 dez. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 29 ago. 2018.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki, SP. 17 fev. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 17 mai. 2016.

<sup>44</sup> BRASIL. Justiça Federal do Rio de Janeiro. Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102. Relator: Juiz Leonardo da Costa Couceiro, RJ. 8 jan. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 8 jan. 2018.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, V. E. De; SILVA, M. P. Da; MARCHETTI, V. Judiciário E Políticas Públicas: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. **Educação & Sociedade**, Campinas, n. 39, n. 144, p. 652-670, Set. 2018, p. 664.

mencionar que “a judicialização incentiva mais judicialização”<sup>46</sup> uma vez que pais estão propensos a acionar cada vez mais o poder judiciário “ao verem seus filhos perderem posições na fila devido à existência de crianças com ordens judiciais”<sup>47</sup>. Este é apenas um exemplo de como as decisões judiciais de viés ativista possuem impactos negativos que vão além da retórica dos princípios, a despeito de serem decisões legitimadas com o pretexto de concretizarem valores constitucionais “socialmente aprazíveis”<sup>48</sup>, retomando empréstimo da expressão de Sundfeld.

Na esteira disso, o neoconstitucionalismo se afigura como uma corrente disposta a dar suporte teórico ao ativismo judicial com justificativas que propõem conferir um novo papel ao poder judiciário, para além do papel de aplicação da lei e de proteção do texto constitucional. O novo papel do poder judiciário seria representativo e até mesmo de vanguarda iluminista, incumbida de empurrar a História.<sup>49</sup> O cerne do argumento é que nas democracias contemporâneas as instituições judiciais alcançaram um novo nível de prestígio perante a sociedade, necessário para preservar os direitos fundamentais diante das maiorias políticas, de tal modo que se torna legítima a intervenção judicial na atuação dos demais poderes e numa interpretação mais criativa da lei e da constituição como forma de superar eventuais inércias do poder legislativo e do executivo, justamente para preservar e efetivar direitos e garantias fundamentais. Para tanto, o poder judiciário pode se afastar do mero texto legal e realizar um reencontro discursivo entre o direito e a moral, superando a barreira imposta pelo positivismo jurídico.<sup>50</sup>

Concebe-se neoconstitucionalismo enquanto teoria que propõe um reencontro entre direito e moral, como forma de legitimação social e política do ordenamento jurídico, instrumentalizado por um discurso de inovação hermenêutica que enxerga no texto da constituição uma força normativa de aplicabilidade direta e reitora de todo o direito infraconstitucional. Neste raciocínio, os princípios que regem a Constituição funcionam como um prisma hermenêutico no processo de significação do direito codificado, de modo que, elevado às últimas consequências, uma regra infraconstitucional pode dar lugar a um princípio da Constituição se contrária a ele, uma vez que a vontade do legislador ordinário (regras

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 663.

<sup>47</sup> Ibid., p. 663.

<sup>48</sup> SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 5.

<sup>49</sup> BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, passim.

<sup>50</sup> BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 29.

infraconstitucionais) não pode se sobrepor ao desejo do constituinte (princípios constitucionais). Seria o processo por meio do qual os direitos fundamentais, representados pela Constituição, se espraiam conformando toda a ordem jurídico-política, “condicionando e influenciando seus diversos institutos e estruturas”<sup>51</sup>.

Sobretudo nos países de tradição *civil law*, o neoconstitucionalismo se funda numa forma de antagonismo e pretensa superação ao positivismo jurídico, considerado arcaico por não ser o instrumento adequado para realizar o direito do estado constitucional, este caracterizado pela (i) supremacia da constituição sobre a lei, (ii) subordinação da vontade parlamentar sobre os conteúdos de justiça previstos constitucionalmente, introduzindo uma força normativa no texto constitucional capaz de vincular a criação do direito positivo, (iii) rigidez constitucional, (iv) constitucionalização do direito, mediante a penetração de princípios e conteúdos de valor no ordenamento jurídico, (v) aplicação direta da constituição e (vi) exigência de obediência direta ao texto constitucional vinculante ao Estado e aos cidadãos de modo geral.<sup>52</sup>

Para Suzana Pozzolo, a concepção neoconstitucionalista distingue-se pela pretensão de justiça universalista dos princípios constitucionais, assemelhando-se neste ponto ao jusnaturalismo por concordarem que direito separado de conteúdo de justiça não é direito, mas mera coerção. Entretanto, o neoconstitucionalismo diferencia-se do jusnaturalismo, entre outras razões, por não ser fundamentado em ideais externos ou naturalísticos, mas por valores constitucionalizados. Daí a conclamação neoconstitucionalista de que princípios constitucionais deixaram de ser meros enunciados políticos ao se afirmarem normativas a serem alcançadas e obedecidas pelos poderes públicos.<sup>53</sup>

Neste particular, Pozzolo faz a ressalva de que não existem constituições propriamente neoconstitucionalistas, haja vista que neoconstitucionalismo trata-se de uma escolha de conceber o papel e a função da constituição, que, portanto, depende essencialmente de como a doutrina encara essa função. A partir dessa escolha, os neoconstitucionalistas vão afirmar que, com a positivação dos valores constitucionais, os juízos externos ou éticos sobre

---

<sup>51</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60.

<sup>52</sup> POZZOLO, S. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 1, n. 7, jan/jun, 2006, p. 233-234.

<sup>53</sup> POZZOLO, S. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 1, n. 7, jan/jun, 2006, p. 233-237.



a justiça do direito positivo passaram a figurar como critério de validade normativa, o que faz colapsar a distinção entre normas jurídicas e morais.<sup>54</sup>

Luís Roberto Barroso, principal expoente dessas teses no Brasil, sustenta que neoconstitucionalismo pode ser afirmado como uma sucessão de transformações ocorridas dentro da estrutura do Estado e do direito constitucional, na condição de um marco histórico, com a formação do Estado constitucional de Direito, consolidado nas décadas finais do século XX; de um marco filosófico, com a afirmação da centralidade dos direitos fundamentais e da reunião do direito e da ética, este fenômeno na forma de contraposição ao juspositivismo; e de um marco teórico, com “o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.<sup>55</sup>

O neoconstitucionalismo aflui principalmente no período do pós-guerra na Europa ocidental, através de um movimento que via no esgotamento do positivismo jurídico enquanto teoria jurídica uma porta de entrada a um novo direito vinculado à moral e a valores humanos universais e autoevidentes. Notadamente, as teorias neoconstitucionalistas tem como traço em comum a condenação do positivismo jurídico, sobretudo em relação ao papel histórico que teria desempenhado na legitimação formal dos regimes totalitários da primeira metade do século XX.

É o que Dimitri Dimoulis vai chamar de “argumento da *reductio ad hitlerum*”, definido como estratégia de desqualificar uma teoria ou visão política a partir da sua associação ao regime nazista<sup>56</sup>. Assim, o juspositivismo, enquanto teoria que propõe a separação do direito e dos valores morais e políticos, transformou-se num marco teórico de descrição e aplicação do direito perverso e nocivo aos fins humanitários, “já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista”.<sup>57</sup> São comuns as assertivas da doutrina brasileira neste sentido, que “em busca de objetividade científica”, o positivismo jurídico afastou-se da filosofia ao equiparar a lei com o direito, e “sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade”.<sup>58</sup> Assim, por longos anos

<sup>54</sup> Ibid., p. 238.

<sup>55</sup> BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

<sup>56</sup> DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 260.

<sup>57</sup> Ibid., p. 260.

<sup>58</sup> BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. p. 4.

teria vivido a doutrina no “quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico” e “da separação quase absoluta entre direito e moral”.<sup>5960</sup> Especialmente em relação à Administração Pública, Binjenbojm irá dizer que “o regime nazista, que extirpou garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, produziu como efeito colateral, no segundo pós-guerra, a tendência a um controle judicial mais rígido da atuação da Administração Pública”.<sup>61</sup>

Essa invocação do positivismo jurídico como teoria responsável pelas atrocidades do regime totalitário constitui uma espécie de lugar comum repetido nos mais variados ramos do direito, principalmente constitucional. Cass Sunstein e Adrian Vermeule, no entanto, resgatam que os juízes nazistas rejeitavam qualquer sorte de formalismo e construíam a interpretação das leis de acordo com propósitos definidos em referência aos valores públicos do regime. Predominava a noção de que a tarefa interpretativa não consistia em estar amarrado pela letra da legislação, mas sim em penetrar o seu núcleo central ao investigar a finalidade pretendida por ela.<sup>62</sup>

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis, com base em consistentes pesquisas da literatura estrangeira, demonstra que o regime nazista introduziu pouquíssimas inovações legislativas, de modo que o ordenamento jurídico vigente à época foi reinterpretado pelos juízes nazistas com fundamento em valores e necessidade do povo alemão, exercício frontalmente contrário à dogmática positivista. Ademais, os juristas próximos ao regime procuraram instituir um Estado de Justiça (*Gerechtigkeitsstaat*), superando a noção formalista, liberal e individualista de Estado. O positivismo, neste contexto, era enxergado como um distanciamento do ideal de justiça, de modo que o próprio Hitler teria afirmado que, no Terceiro Reich, o direito coincidiria com a moralidade. Ainda, Carl Schmitt, proeminente jurista então partidário do regime, que depois veio a se afastar das fileiras nazistas, era

<sup>59</sup> SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 APUD DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 102, p. jan./jun. 2011. p. 253.

<sup>60</sup> Sobre essa rejeição ao juspositivismo na doutrina pátria, Ramos critica que “os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate”. RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296. No mesmo tom, Dimoulis vai dizer que o neoconstitucionalismo retoma as “tradições do idealismo e de exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito, na tentativa de legitimar o (nosso) atual ordenamento jurídico como justo e moralmente adequado, sem indicar os fundamentos jurídicos desse ‘dever de justiça’ e sem explicitar os métodos que permitem encontrar a solução justa em cada caso”. DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 52-53.

<sup>61</sup> BINENBOJIM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 215.

<sup>62</sup> SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law Research Paper**, Chicago, n. 156, p. 1-55, 2002. p. 13.

opositor ferrenho do positivismo jurídico, tido para ele como vertente jurídica tributária do ideário liberal. Por derradeiro, Dimoulis resgata que desde a República de Weimar até o período do regime totalitário, a maior parcela dos juízes seguia orientações governamentais e eram adeptos de uma interpretação teleológica objetiva, que tinha como finalidade a adaptação da norma à situação momentânea. Certamente não se tratava de um preceito positivista.<sup>63</sup>

De toda forma, essa tese antipositivista ganha força no Brasil sobretudo a partir de 1988, com a promulgação da Constituição. Concebida através de uma catarse democrática, a Constituição de 1988 cristaliza a percepção de que o direito é, definitivamente, um instrumento a serviço da concretização de valores essenciais à vida humana e ao progresso social e civilizatório, e assim elenca um rol generoso e analítico de direitos fundamentais caros à sociedade ocidental. No imaginário coletivo, o conteúdo jurídico e político da Constituição é justamente uma antítese do arbítrio do poder estatal e, bem por isso, vai ser alçada pelos juristas brasileiros à divisor de águas na superação do paradigma juspositivista, condenado historicamente a figurar como teoria de validação jurídica dos regimes totalitários.

Naturalmente, este ambiente teórico sugere uma polarização entre lei e Constituição. Legalidade e constitucionalidade opõem-se entre si de modo que o paradigma neoconstitucionalista pode ser entendido justamente como um vetor interpretativo que estimula a substituição da legalidade pela constitucionalidade (e todo o arcabouço principiológico subjacente), à medida em que a lei colocada ao caso concreto não satisfaça os valores contemplados no texto constitucional. Os neoconstitucionalistas têm, portanto, em muita estima a crença no alcance normativo dos princípios constitucionais, que possuem “força vinculante” e não dependem “da mediação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos jurídicos”.<sup>64</sup>

A partir dessas teses e do próprio texto constitucional de 1988, tem-se um

---

<sup>63</sup> DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 261-262. No mesmo sentido Neves afirma que “Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras (por exemplo, o festejado Karl-Larenz). Autores ditos ‘formalistas’, os quais Hauke Brunkhorst relacionou sugestivamente ao ‘positivismo jurídico democrático’, destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico. Evidentemente, para o ‘Führer’, um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso. Uma teoria de princípios referentes ao desenvolvimento do povo alemão na ‘história universal’ como ‘realização do espírito geral’ ou ‘aprofundamento do espírito do mundo em si’ (Hegel) apresentava-se muito mais adequada aos ‘fins’ do nazismo.” NEVES, M. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 15/10.2019.

<sup>64</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60.

processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, ou de uma constitucionalização do direito codificado, que consiste na irradiação do “conteúdo material e axiológico” das normas constitucionais em relação ao ordenamento jurídico, fenômeno cuja origem remonta à atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a partir da Lei Fundamental de 1948, e à própria tradição constitucional dos Estados Unidos da América.<sup>65</sup> A partir desse espriamento do texto constitucional, “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido” do direito infraconstitucional.<sup>66</sup> Dessa maneira, disposições legais sobre regimes contratuais, direito familiar, direitos de personalidade, direito administrativo, direito ambiental, enfim, inúmeras áreas do direito suscetíveis de serem analisados sob o prisma constitucional, passam a ser discutidas diretamente a partir da Constituição.

Litígios simples, capazes de serem decididos mediante a aplicação da legislação ou mesmo de regulamentos, são elevados à estatura constitucional e ganham uma dimensão maior do que verdadeiramente são<sup>67</sup>, gerando o que Oscar Vilhena Vieira chama de “explosão da litigiosidade constitucional”<sup>68</sup>. A exemplo disso, Lênio Streck traz o caso de um cidadão que mora ao lado de uma igreja e vive perturbado pelo som alto dos cultos diários. Casos como esse são alçados à dimensão constitucional invocando um suposto conflito entre princípios igualmente importantes, de um lado o direito à privacidade, de outro a liberdade de culto, ao invés de serem resolvidos através da aplicação de uma normativa simples como o Código de Posturas do Município, que institui limitação ao horário de emissão de ruídos no espaço urbano.<sup>69</sup>

Provavelmente o ápice teórico das teses neoconstitucionalistas, ao menos no Brasil, se dá com a defesa de que as cortes constitucionais detêm ao menos três papéis distintos entre si, sendo eles a função contramajoritária, o papel representativo e a condição de vanguarda iluminista<sup>70</sup>. Grosso modo, as cortes constitucionais como o Supremo Tribunal Federal tipicamente exercem a chamada jurisdição constitucional através do controle de

<sup>65</sup> BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. p. 13-15.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

<sup>67</sup> STRECK, L. Quais os limites dos auditores fiscais? É prudente limitar o Estado! **Consultor Jurídico**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/lenio-quais-limites-audidores-prudente-limitar-estado>>. Acesso em: 26/12/2019.

<sup>68</sup> VILHENA, O. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, São Paulo: n. 8, jul/dez, 2008. p. 447.

<sup>69</sup> STRECK, L. Quais os limites dos auditores fiscais? É prudente limitar o Estado! **Consultor Jurídico**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/lenio-quais-limites-audidores-prudente-limitar-estado>>. Acesso em: 14/08/2019.

<sup>70</sup> BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, passim.

constitucionalidade. A partir desses mecanismos, uma instância minoritária (judiciário) é investida do poder de rever atos expedidos pelos poderes democraticamente constituídos. De maneira geral, revogam leis deliberadas por maiorias inteiras representadas no poder legislativo e atos normativos expedidos pela chefia do poder executivo, ambos legitimados pela via eleitoral através do voto de milhões de brasileiros. Nisso reside a função contramajoritária<sup>71</sup> das cortes constitucionais, isto é, de agir na contramão das maiorias políticas eventuais para preservar a integridade do texto constitucional.<sup>72</sup>

O papel contramajoritário das cortes constitucionais, por si só, é alvo de uma série de críticas dentro da teoria constitucional. Grosso modo, as críticas são no sentido de que o controle de constitucionalidade – principal canal de atuação contramajoritária – é, segundo Jeremy Waldron, “inapropriado como modelo de tomada da decisão final em uma sociedade livre e democrática”.<sup>73</sup> Naturalmente, o controle de constitucionalidade é concebido como um remédio constitucional às deliberações das maiorias parlamentares ou aos atos normativos expedidos pelo poder executivo. Em ambos os casos há o controle de uma instância contramajoritária sendo exercido em face de um poder democraticamente constituído.

Daí o choque entre a jurisdição constitucional e democracia, sobretudo em circunstâncias que as condutas dos julgadores desbordam dos seus limites tradicionais de atuação. Então, em essência, a crítica ao controle judicial de constitucionalidade se apresenta como uma afirmação da característica democrática das arenas majoritárias de deliberação, em contraposição à forma judicial de tomada de decisões. Questiona-se a legitimidade de instâncias minoritárias e não eleitas de derrubarem as decisões de maiores políticas democraticamente constituídas, seja no legislativo ou no executivo. O ponto central é que as instituições judiciais não possuem as credenciais democráticas para expandir a jurisdição constitucional para além das fronteiras dos demais poderes, invadindo competência alheia, sobretudo porque, ao absorverem tais prerrogativas, subtraem a capacidade de controle popular do processo de tomada decisão

<sup>71</sup> O termo advém da expressão “dificuldade contramajoritária”. BICKEL, A. M. **The Least Dangerous Branch**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

<sup>72</sup> A doutrina constitucionalista é repleta de alegorias sobre o papel do texto constitucional de deter o avanço das maiorias políticas, na condição de protetor dos compromissos constitucionais. Dentre elas, duas se destacam. A primeira, e talvez mais conhecida, que o texto constitucional serviria de freio às paixões políticas, tal qual o mastro do navio ao qual Ulisses pedia aos seus subordinados para ser amarrado para evitar que sucumbisse ao canto das sereias, como é narrado na Odisseia de Homero. A segunda, que a constituição é um conjunto de pré-compromissos rígidos firmados por uma pessoa sóbria (“Pedro sóbrio”, equivalente ao poder constituinte originário), de modo a evitar a fuga desses compromissos quando estiver bêbada e suscetível a violar os compromissos firmados (“Pedro bêbado”, equivalente ao poder constituinte derivado). Cf. HOLMES, S. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

<sup>73</sup> WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 94.

constitucional. A par disso, cortes constitucionais também estão sujeitas à pressão de grupos, enviesamento político, interesses e agendas próprias de seus membros, e, portanto, elas não pairam como um terceiro desinteressado no jogo político, mas fazem parte dele, de modo que não necessariamente estão numa posição melhor para tomar decisões comparativamente às instituições democráticas<sup>74</sup>.

Waldron ressalta que as críticas ao *judicial review* pressupõem ao menos quatro condições, que, em não sendo satisfeitas, não se sustentam. Para ele, as críticas se aplicam em sociedades onde haja o funcionamento razoável das instituições democráticas, a existência de um judiciário independente e em boas condições de funcionamento, uma cultura social de comprometimento sobre o reconhecimento de direitos, sobretudo de minorias, e a existência de uma discordância sobre o significado e a extensão desses direitos, principalmente a respeito das principais questões políticas debatidas em sociedades modernas (aborto, financiamento eleitoral, ações afirmativas, etc). Ademais, Waldron centra seu poder de fogo especificamente sobre o que ele considera “controle de constitucionalidade forte”, consistente em sistema onde os “tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo” e “instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes [...], torna-se para todos os efeitos uma letra morta”.<sup>75</sup>

A despeito dessas críticas ao papel contramajoritário, a função das cortes supremas iria além e ainda desempenharia atribuição representativa pela via discursiva. Esta posição entende que o jogo democrático não estaria restrito apenas às disputas de poder, mas abrangeria igualmente participantes dispostos a argumentar em nome de uma solução pública correta à luz dos direitos e garantias fundamentais. Em consequência disso, quando as maiorias parlamentares não proovessem as respostas adequadas às crescentes demandas de determinada comunidade, caberia o acionamento da jurisdição constitucional para representar esses interesses.

O alemão Robert Alexy é um dos que compartilha dessas teses, que depois vieram a afluir no Brasil. Para Alexy, a justificação do poder atribuído às cortes constitucionais para invalidar atos do parlamento só pode ter fundamento na pressuposição de

---

<sup>74</sup> WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 99.

<sup>75</sup> Ibid., p. 100-113.

que, numa democracia, o poder deve emanar do povo<sup>76</sup>. Logo, o exercício das atividades revisoras de cortes constitucionais tem fundamento no poder representativo dessas instituições. Ou seja, se elas têm poder, esse poder é representativo. Mas diferente da representação eleitoral, a vocação representativa das cortes residiria unicamente na dimensão argumentativa.<sup>77</sup>

A dimensão argumentativa do caráter representativo das cortes constitucionais é fundada na ideia de que mesmo numa arena parlamentar a deliberação é composta por decisões e argumentos. Não se trata de um processo puramente decisional, mas também argumentativo ou discursivo, de modo que o exercício da representação se dá nesses dois níveis. Ou seja, os representados assim podem ser qualificados pelas decisões e pelos argumentos veiculados por seus representantes. No caso das cortes constitucionais, entretanto, a representação se dá puramente no âmbito discursivo, com bons argumentos<sup>78</sup>, que podem estar conectados com o que os representantes realmente pensam. Para Alexy, este tipo de representação funciona à medida que as decisões e os fundamentos da Corte sejam bem recebidos pelos membros da comunidade em virtude de sua racionalidade. Daí a afirmação de Alexy no sentido de que o constitucionalismo discursivo é o empreendimento de institucionalização da razão e da correção.<sup>79</sup>

Luís Roberto Barroso é um dos que afirmam essa teoria no Brasil, tendo ponto central que uma democracia não é feita somente de votos, mas de argumentos, e as instituições judiciais possuiriam quadros mais preparados para exercer essa ideia de democracia deliberativa, já que estariam menos expostas às vicissitudes do sistema político. Dessa forma, as cortes constitucionais estariam em melhores condições para interpretar o sentimento majoritário e, portanto, julgar o caso em favor dessa ideia de representação discursiva, tendo maior capacidade de acertar nas decisões que os poderes legislativo e

---

<sup>76</sup> Para efeito de comparação, importa consignar que Alexy sustenta essa assertiva com base em dispositivo da República Federal da Alemanha, onde está escrito que todo poder estatal emana do povo (*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus*), em redação similar ao parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. ALEXY, R. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, New York, n. 4, vol. 3, 2005, p. 578.

<sup>77</sup> Ibid. p. 578.

<sup>78</sup> Em outra publicação, Alexy enfatiza a questão dos bons argumentos enquanto oposta à visão de Waldron. Para Alexy, o constitucionalismo discursivo deve se basear necessariamente na busca por bons argumentos haja vista que, em alguns casos, há apenas uma resposta discursivamente correta. O alemão entende que, na visão de Waldron, todo desacordo é aceitável, e isto contraria a ideia de persecução da resposta correta. ALEXY, R. Constitutional Rights, Democracy, and Representation. **Risearch Giuridiche**, Veneza, n. 3, vol. 2, 2014. p. 208.

<sup>79</sup> ALEXY, R. Op. cit., p. 579-581.

executivo.<sup>80</sup>

Em terceiro lugar, ainda, haveria a função de vanguarda iluminista “responsável por empurrar a história quando ela emperra”. Ou seja, as cortes constitucionais não só poderiam atuar na contramão das maiorias e interpretar o sentimento majoritário quando necessário fosse, como estariam autorizadas a exercer o papel de agente transformador de um conceito de progresso definido pelos próprios componentes das cortes, exercendo uma espécie de *ativismo judicial do bem*. Admitidamente, nessa espécie haveria a função do poder judiciário de atuar em substituição aos demais poderes em assuntos críticos e politicamente controvertidos. Por favorecer princípios materiais de igualdade e dignidade da pessoa humana, estaria superada qualquer crítica a essa função iluminista que tentasse colocar “o procedimento acima do resultado” ao alegar que algumas matérias devem ser reservadas aos demais poderes. Neste sentido, a importância do princípio formal da democracia, segundo o qual as maiorias têm legitimidade para decidir, seria flexibilizada em face dos direitos fundamentais em jogo.<sup>81</sup>

Bem se vê que a teoria neoconstitucionalista se estriba numa idealização das capacidades institucionais do poder judiciário, em detrimento da própria imagem dos demais poderes democraticamente constituídos. Neste particular, reiteradamente é invocada uma disfuncionalidade do sistema político-administrativo como argumento suficiente a justificar a assunção das funções típicas do poder legislativo e executivo por parte das instituições judiciais. Por trás, jaz a justificativa teórica de reencontro entre direito e moral e de constitucionalização do direito, de forma a contrapor legalidade e constitucionalidade, de modo a legitimar a atuação mais intensa do magistrado na condição de garantidor dos fins e valores constitucionais. Daí a relação entre neoconstitucionalismo e ativismo judicial.

Este tipo de base teórica – o neoconstitucionalismo – não tardou a se alastrar pelas diversas áreas do saber jurídico, principalmente o direito administrativo, onde assumiu o papel de empoderar cada vez mais a atividade jurisdicional em desfavor da administrativa, criando hipóteses e mais hipóteses de controle dos atos da Administração Pública ao argumento de assegurar a preservação dos valores constitucionais, ponto que será abordado no próximo capítulo.

---

<sup>80</sup> BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 39-42.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 40-42.



#### 1.4 Ativismo Judicial e Separação de poderes

Sob o aspecto institucional, ou seja, de como o poder judiciário se relaciona com as demais instâncias do estado, K. D. Kmiec identifica um dos conceitos de ativismo judicial enquanto o comportamento de instituições judiciais de ir além das claras determinações constitucionais com a finalidade de restringir o trabalho dos outros ramos de poder estatal.<sup>82</sup> Em outras palavras, significa a “disposição em realizar determinados juízos de ordem política e moral, amplamente controvertidos, assumindo funções que até então cabiam a outros atores políticos”<sup>83</sup>, e que sobretudo tenham uma atuação mais intensa na revisão de atos administrativos ou legislativos a pretexto de corrigir ilegalidades ou inconstitucionalidades editadas pelos demais poderes.

O poder judiciário naturalmente age para corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, de modo que aqui ativismo judicial deve ser entendido como os casos em que há uma preponderância anormal da atividade judicial em detrimento das atividades típicas do poder legislativo e poder executivo, casos em que o judiciário ingressa no *núcleo essencial*<sup>84</sup> de um dos ramos do estado e age negando validade a ações que reputa irregular, quando não age como se eles próprios fosse.

Em regra, o controle judicial sucede negativamente, isto é, dizendo o que não deve ser realizado pelo poder legislativo ou executivo. Essa regra, contudo, gradativamente vai se aproximando da exceção à medida que tribunais passam a ditar de que forma devem agir os ramos do estado, proferindo decisões mandamentais que interferem tanto em escolhas políticas de gestores ou legisladores, onde há um maior grau de discricionariedade, como em reservas orçamentárias da Administração Pública. Em boa parte desses casos, os tribunais agem não para corrigir atos ilegais ou inconstitucionais, mas para suprir pretensas omissões dos demais ramos e agir em nome deles, ou fazer valer decisões em face destes poderes.

É certo que, à luz do tamanho e da complexidade do estado contemporâneo, o sistema de separação de poderes não equivale a três compartimentos estanques incomunicáveis, onde os três ramos do estado não podem exercer senão a função que foram especialmente criados para desenvolver, ou seja, “cada órgão não exerce, exclusivamente uma

---

<sup>82</sup> KMIEC, K. D. The origin and current meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, California, v. 92, 2004, p. 1464-1465.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, C. L. de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causa e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, p. 183-216, 2015. p. 191

<sup>84</sup> RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015p. 118.

única função, em correspondência nominal”<sup>85</sup>. Os poderes podem exercer funções atípicas, desempenhando atividades extravagantes em relação à sua natureza. Grosso modo, e a título de exemplo, no Brasil o poder legislativo exerce atividade judicante em sede de processo *impeachment*, o poder executivo pode editar medidas provisórias com força de lei e o poder judiciário eventualmente exerce atividade administrativa através da deflagração de procedimentos licitatórios e da organização do seu quadro de pessoal. Não obstante, a existência dessas funções não enfraquece o modelo de separação de poderes, desde que estejam devidamente autorizadas pelo ordenamento jurídico-constitucional e não obstem a atividade típica de outro poder. De modo que eventualmente haverá um “compartilhamento interorgânico”<sup>86</sup> entre as estruturas de estado, isto é, um poder exercerá uma função atípica, sem, contudo, prejudicar um núcleo essencial da função de outro<sup>87</sup>. Do contrário, caso se operasse essa invasão, ter-se-ia uma “interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento”<sup>88</sup>.

Esta parece ser a chave em que a teoria da separação de poderes explica o ativismo judicial, porquanto muito mais do que revelar uma conduta proativa das instituições judiciais, o ativismo se destaca por cruzar uma linha institucional demarcada em respeito a outro poder, seja o legislativo ou executivo – que, tal como o judiciário, está em posição equivalente em relação aos demais na topografia constitucional. Isto porque essa invasão de competências ativista não funciona apenas como uma simples busca de emissão de juízos normativos sobre a validade de atos expedidos pelos demais poderes, mas, ao invadir esfera alheia, consiste antes na substituição das decisões tipicamente políticas por eles tomadas, pelas decisões técnicas – ou políticas – entendidas como melhores pelo poder judiciário.<sup>89</sup> Trata-se afinal de uma usurpação de competências, como uma forma degenerada da responsividade judicial.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> STRECK, L.; OLIVEIRA, F. de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

<sup>86</sup> RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015p. 118.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>89</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 178.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 176. Sobre o conceito de responsividade e usurpação, Vieira explica que “Tanto a deferência como a responsividade são posturas judiciais legítimas. A prevalência de uma ou outra deveria estar associada ao modo como o constituinte atribuiu competências aos órgãos de justiça, desenhou as diversas normas que compõem a constituição, assim como à existência de doutrinas jurídico-políticas que legitimem numa determinada comunidade cada uma dessas posturas. A omissão e a usurpação, por sua vez, são posturas degeneradas, por se distanciarem daquilo que determina a norma constitucional, assim como os padrões doutrinários dominantes num determinado contexto.”

A despeito de ser crítico com o que chama de juízes passivos<sup>91</sup>, mesmo Ronald Dworkin entende que o ativismo consiste num afastamento do texto constitucional – e numa “forma virulenta de pragmatismo jurídico” – com a finalidade de impor aos demais poderes do estado a opinião própria dos juízes sobre o que a justiça exige, o que considera inaceitável do ponto de vista da sua teoria. Para o norte-americano, tanto o passivismo quanto o ativismo cedem espaço à tirania.<sup>92</sup> Parece que, por definição, o ativismo judicial se configura na “incurião insidiosa” das instituições judiciais sobre o “núcleo essencial da função constitucionalmente atribuída a outros Poderes”, em que há a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário”<sup>93</sup> em detrimento da função legislativa, administrativa e até mesmo de governo.<sup>94</sup>

Geralmente essas incursões no núcleo essencial dos outros poderes do estado são justificadas política e juridicamente com argumentos que partem da imagem de “uma espécie de desqualificação ‘moral’ da política em benefício de uma idealizada autoridade moral das instituições judiciais”<sup>95</sup>. Há uma boa dose da já mencionada ideia de “fórum de princípios” dworkiniana enraizada nessa construção caricata da imagem das instituições públicas, onde as instituições essencialmente políticas são descritas da pior forma possível e ganham “conotações não exatamente virtuosas”<sup>96</sup>, rotuladas como antros de corrupção irremediáveis e pouco representativos, ao passo que o poder judiciário é descrito, por vezes, em tons rosáceos como o “melhor intérprete do sentimento majoritário”<sup>97</sup> ou responsável “pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção”<sup>98, 99</sup>.

<sup>91</sup> Para Dworkin, passivismo judicial remete às teorias ou juízes que comungam da ideia de deferência excessiva às decisões dos poderes politicamente constituídos. DWORKIN, R. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 441-443. Em sentido similar, Vieira sustenta a ideia de deferência e omissão, sendo a segunda uma versão degenerada da primeira. VIEIRA, O. V., 2018, loc. cit.

<sup>92</sup> DWORKIN, R. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452. Como bem observa Oliveira, “Embora em texto dos anos 1970 Dworkin tenha apresentado o ‘ativismo’ como uma opção excludente à equivocada postura (indefensável) da ‘auto-restrição’, em ‘O Império do Direito’ a própria expressão ‘ativismo’ é apresentada como exemplo de postura equivocada, agora por incorrer no equívoco oposto ao cometido pelos ‘moderados’”. OLIVEIRA, C. L. *Ativismo Judicial, Auto-restrição Judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein*. **Diritto & Diritti**, Rio Grande, v. 1, p. 1-21, 2008. p. 6.

<sup>93</sup> RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>95</sup> OLIVEIRA, C. L. de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, 2015. p. 193.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>97</sup> BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 40.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, C. L. de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, p. 183-216, 2015.

<sup>99</sup> Neste sentido, “em muitos países existem razões amplas para suspeitar que os membros do legislativo sejam tão motivados por interesses sectários que é pouco provável que cheguem sequer a tentar determinar quais direitos (algumas) pessoas têm. Podemos saber que alguns fatores têm chances de nublar o julgamento das

Jeremy Waldron bem resumiu essa contradição ao dizer que “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.”.

Assim prossegue:

As pessoas se convenceram de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.<sup>100</sup>

A tônica central ventilada nessa tese é de que juízes e tribunais abandonaram o papel estritamente técnico e passaram a dividir o centro de gravidade política com o legislativo e o executivo, ajudando a superar o *déficit* de legitimidade dos demais poderes<sup>101</sup>, pois, alega-se, o *déficit* democrático do judiciário “não é necessariamente maior que o do legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas”<sup>102</sup> e que “só o Poder Judiciário é que pode levar a nossa nação a um porto seguro”.<sup>103</sup> Ou, ainda, que “o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará ao Judiciário para preservá-los”.<sup>104105</sup>

Retomando um ponto abordado na seção anterior, é notável a correlação entre o

---

peças. Elas podem estar, por exemplo, propensas a se deixarem guiar por seus próprios interesses. Podemos então preferir um procedimento no qual as pessoas encarregadas de decidir não sejam afetadas, ou diretamente afetadas, por sua própria decisão. Existem outros fatores que reconhecidamente tornam o julgamento tendencioso e sua natureza e presença podem ser determinadas mesmo sem o conhecimento do conteúdo dos direitos envolvidos”. RAZ, J. Disagreement in politics. **The American Journal of Jurisprudence**, South Bend, vol. 43, issue 1, 1998, p. 46. APUD WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

<sup>100</sup> WALDRON, J. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

<sup>101</sup> BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte. Fórum, 2008. p. 59.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>103</sup> SOUZA, A. de. Só o Poder Judiciário pode levar nossa nação a um porto seguro. **O Globo**, s.p. 2017.

<sup>104</sup> BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN: BARROSO, L. R. (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 45.

<sup>105</sup> Em artigo mais recente, Barroso segue a mesma linha: “No Brasil, por igual, vive-se situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política.” BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 40.

ativismo judicial, a fragilização da separação de poderes, a profusão das teses neoconstitucionalistas e a ideia de constitucionalização do direito, tanto na doutrina quanto na realidade forense. De certa forma, o neoconstitucionalismo se afigura em parte como uma teoria da separação de poderes, uma vez que recomenda (e legitima) uma intensa atuação do poder judiciário em relação aos demais poderes, sobretudo a partir da ideia de constitucionalização do direito e disfuncionalidade dos demais poderes. Argumenta-se que o processo de constitucionalização do direito impõe ao poder legislativo uma limitação maior na liberdade de conformação na elaboração das leis, além de impor “deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais”<sup>106</sup>. Já diante do poder executivo, esse fator, além de diminuir a discricionariedade administrativa, impõe a ela deveres de atuação e “fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário”.<sup>107</sup>

Em contraposição, Oscar Vilhena Vieira chama atenção a esse processo de constitucionalização, sobretudo em relação ao Supremo Tribunal Federal, algo que chama de *Supremocracia*. Com efeito, se todos os assuntos de direito se tornam matérias constitucionais, “o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno”. Daí que “qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”.<sup>108</sup>

Por certo que esse fenômeno da proeminência do judiciário diante dos demais poderes se dá dentro de um contexto de crescente questionamento da democracia representativa e dos órgãos politicamente constituídos, que no Brasil explode a partir das manifestações de junho de 2013. A quadra histórica, sem dúvida, é marcada pelo exaurimento das instituições políticas, dos próprios partidos políticos, ao contrário do que acontece com os órgãos de controle e aplicação da lei, que ao longo dos últimos anos foram se tornando mais autônomos e rígidos, sobretudo em virtude das prerrogativas constitucionais a eles conferidas.<sup>109</sup> Fato é que há uma tensão institucional entre o estamento jurídico e a classe política do Brasil, tendo sido apontado inclusive como um dos fatores que incentivaram a abertura da crise política desde o ano de 2013.<sup>110</sup> Parece razoável afirmar que a própria

---

<sup>106</sup> BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. p. 13.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>108</sup> VIEIRA, O. V. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*. São Paulo, São Paulo: n. 8, jul/dez, 2008. p. 447.

<sup>109</sup> VIEIRA, O. V. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 30.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p., 26.

conjuntura político-institucional do País tornou propícia uma atuação mais intensa do poder judiciário em relação ao núcleo essencial de funcionamento dos poderes democraticamente constituídos, sob o mote de superação da crise de ilegitimidade dos partidos e do sistema político brasileiro.

Exemplos dessas intervenções judiciais nos ramos dos outros poderes não faltam. Nos casos de invalidação das ações do poder executivo, pode-se citar a revisão de atos administrativos de caráter tipicamente políticos ou técnicos, desde a decretação de nulidade de nomeações de ministros de estado<sup>111</sup>, até a discordância de um juiz sobre a conveniência da aquisição de um software para a Administração Pública. Nesta mesma lógica, a intervenção no mérito de bancas examinadoras de concursos públicos, a invalidação judicial de planos econômicos e a intervenção em matéria regulatória em detrimento da atividade das próprias agências reguladoras governamentais. No que importa o poder legislativo, o controle judicial do mérito do processo legislativo (controle preventivo de constitucionalidade<sup>112</sup>), a revisão judicial de atos *interna corporis* tomados com base no regimento interno das casas legislativas<sup>113</sup>, além de, claro, o próprio controle repressivo de constitucionalidade quando balizado por premissas discursivas que extrapolam a atividade jurisdicional, infiltrando a jurisdição constitucional com considerações de ordem tipicamente políticas, quando não por pressões da opinião pública, que, como é admitido, pode vir a ser “um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais”.<sup>114</sup>

No caso de ativismo judicial exercido a pretexto de suprir omissões de outros poderes, os exemplos tornam-se ainda mais interessantes. Sobretudo porque, em regra, se tratam de circunstâncias em que o poder judiciário age positivamente, ou seja, para fazer valer a sua interpretação sobre como os demais poderes devem realizar as suas atividades-fim. São eles, relativamente ao poder executivo: a concessão judicial de medicamentos, cirurgias e outros procedimentos médicos, a judicialização da saúde de modo geral, a concessão judicial de vagas em creche, dentre outras circunstâncias numeráveis que serão melhores exploradas no próximo capítulo. No caso do poder legislativo, o controle por omissão se dá por via

---

<sup>111</sup> BRAND, V. B. **Quem vigia o vigilante?** Uma análise judicialização do Poder Executivo brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. *passim*.

<sup>112</sup> MEDEIROS, I. K. **Controle preventivo de constitucionalidade:** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da judicialização da política. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. *passim*.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 37-40.

<sup>114</sup> BARROSO, L. R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 21, jun. 2012.

própria através do ajuizamento de mandados de injunção ou ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), em que o poder judiciário decreta formalmente a omissão inconstitucional do outro poder e passa a compeli-lo a supri-la ou a colmatar ele próprio, o judiciário, a lacuna deixada. Há em muitos casos dessa natureza uma zona cinzenta entre o que é propriamente omissão inconstitucional e o que é uma omissão de natureza tipicamente política e legítima, ou seja, uma decisão soberana do poder legislativo de não legislar sobre determinado tema.<sup>115</sup> Por exemplo, o julgamento do MI nº 712/PA<sup>116</sup> no âmbito do Supremo Tribunal Federal em que a Corte supriu a omissão inconstitucional do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. Neste caso, a Constituição Federal havia textualmente programado um direito a ser regulamentado pelo legislador, nomeadamente no inciso VII do artigo 37. Esta regulamentação não ocorreu, fazendo surgir a necessidade de acionamento do poder judiciário para efetivar essa garantia.

Contudo, no caso do MI nº 4733/DF<sup>117</sup>, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre a criminalização da conduta de homofobia e transfobia ao argumento de haver comando constitucional próprio que exigia a regulamentação do direito à não-discriminação, do inciso XLI do artigo 5º da Constituição. Apesar do elogiável caráter moral da pretensão, não parece resultar tão claro desse dispositivo que a Constituição teria pretendido a repreensão dessas condutas especificamente no âmbito penal, onde reina o preceito constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina. Neste caso foi particularmente notável a atuação ativista do STF.

#### 1.4.1 Separação de poderes em perspectiva: dois argumentos

Por outro lado, o argumento da preservação da separação de poderes não pode servir como dogma constitucional sacralizado, como diz Adrian Vermeule<sup>118</sup>. Somente apontar que determinada conduta judicial atenta contra a separação de poderes não é, a rigor, um argumento

<sup>115</sup> Cf. MEDEIROS, I. K. Os limites jurídico-políticos do mandado de injunção sob a ótica da separação dos Poderes. In: CRISTOVAM, J. S. S.; MOTA, S. R. F.; MATTOS, S. S. (org.). **Direito Constitucional: 30 anos da Constituição de 1988 em defesa do Estado Republicano e Democrático de Direito**. Florianópolis: Insular, 2019.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator: Ministro Eros Grau, PA. 25 out. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 31/10/2008.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733. Relator: Ministro Edson Fachin, DF. 13 jun. 2019. **Disponível em** <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>. Acesso em 12/11/2019

<sup>118</sup> VERMEULE, A. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 70.

convincente. Não ao menos no campo da pesquisa jurídica. É necessário ter clareza do que se está a defender e desvelar os fundamentos por detrás da crítica que afirma que o ativismo atinge um ponto crítico quando as instituições judiciais invadem a competência de outro ramo do estado, de tal modo que ofende o princípio da separação dos poderes. Afinal, o que compõe a separação de poderes?

Sistematizar quais fundamentos dão base à teoria da separação de poderes é uma tarefa que exige certo direcionamento, uma vez que “o princípio da separação de poderes é previsto pela generalidade das Constituições ao redor do mundo”.<sup>119</sup> A doutrina aponta que entre os textos constitucionais que adotam o princípio, estão a estadunidense, a brasileira, a francesa, a austríaca, a alemã, a italiana, a portuguesa, a espanhola, a sueca, a grega, a canadense, a mexicana, a da Costa Rica, a de São Tomé e Príncipe, a de Cabo Verde, a angolana, a de Guiné-Bissau, a do Timor-Leste, a de Moçambique, a paraguaia, a chilena, a uruguaia, a argentina, a peruana, a colombiana, a venezuelana, entre outras.<sup>120</sup> Cabe também mencionar, pela importância histórica, a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789, que prescreve que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não têm Constituição” e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, antes mesmo da Revolução Estadunidense, já instituindo “que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados”.

Ao invés de inventariar toda menção às versões deste modelo na História, ou de investigar a paternidade<sup>121</sup> da teoria da separação de poderes, importa para este trabalho comentar principalmente os argumentos oitocentistas que influenciaram a filosofia político-jurídica do mundo ocidental e noções mais contemporâneas sobre a relevância da separação de poderes. Não se nega a importância da contribuição dos pensadores da antiguidade clássica para este tema, como Aristóteles e Cícero, onde é “possível observar traços”<sup>122</sup> do princípio da separação de poderes, mas é a partir de Montesquieu<sup>123</sup> e Locke que toma forma um modelo de divisão do estado que irá inspirar o modelo atual.

Essencialmente, há dois fundamentos importantes que precisam ser discernidos,

---

<sup>119</sup> STRECK, L.; OLIVEIRA, F. de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140

<sup>120</sup> Ibid., p. 140.

<sup>121</sup> MEDEIROS, F. J. M. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de informação legislativa**: Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. p. 196.

<sup>122</sup> STRECK, L.; OLIVEIRA, F. de., op. cit, p. 142.

<sup>123</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114.



sobretudo para entender exatamente em que ponto o ativismo judicial se relaciona de maneira prejudicial com esses aspectos. O primeiro, tido como mais clássico, diz respeito à forma de organizar o estado de modo a evitar o acúmulo de poder na mão de poucas pessoas, dividindo-o em três funções básicas de administrar, legislar e julgar. Estes três poderes competiriam entre si de forma a criar um sistema de freios e contrapesos, onde um controla o outro. O segundo argumento, que será chamado de contemporâneo, valoriza a separação de poderes sob o prisma da especialização e organização das funções do estado, onde cada fase de exercício do poder possui integridade própria e deve ser observada.

Parte de John Locke uma das primeiras formulações sobre a separação de poderes que podem ser categorizadas como marco inicial da modernidade, no sentido de dividir o estado em três ramos distintos de exercício do poder político para fins de evitar arbitrariedades. Contudo, é de Montesquieu a designação mais conhecida e influente, que teria fundado as bases do que se convencionou chamar de tripartição de poderes em executivo, legislativo e judiciário. Ambos partem de premissas similares, no entanto Locke fala sobre uma divisão entre os poderes legislativo, executivo e federativo, tendo este último função equivalente ao que atualmente se denomina de chefia de estado, isto é, “a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil”<sup>124</sup>.

A despeito dessa citada diferença, Locke atribui a importância da divisão de poderes à necessidade de superação do estado de natureza do homem, onde todos “são ao mesmo tempo juízes e executores da lei da natureza, e os homens são parciais no julgamento de causa própria”<sup>125</sup>. Assim, os homens abdicariam de parcela da liberdade conferida pelo estado de natureza para viver em sociedade e regidos por um governo, forma de vida social incompatível com o poder absoluto arbitrário, “pois todo o poder que o governo detém, visando apenas o bem da sociedade, não deve seguir o arbitrário ou a sua vontade, mas leis estabelecidas e promulgadas”.<sup>126</sup>

Ao conceber um governo civil sem arbítrio, Locke sustenta que, para evitar a tentação humana de ascender ao poder, “não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis”<sup>127</sup>, uma vez que esse grupo de legisladores poderia criar isenções a si mesmo na elaboração da lei ou adequar a

<sup>124</sup> LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 75.

<sup>125</sup> Ibid., p. 69.

<sup>126</sup> Ibid., p. 72-73.

<sup>127</sup> Ibid., p. 75.

lei à sua própria vontade, “tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução”<sup>128</sup>, de modo a atender somente aos seus interesses próprios e não ao interesse público. Desse modo, a garantia de que a lei seria aplicada indistintamente a todos e visando o bem público residiria no fato de que os legisladores elaborariam a lei em determinado momento e depois se separariam, uma vez realizada a sua tarefa, sem interferir na execução das leis que o corpo legislativo a que pertencem havia criado.<sup>129</sup>

Este argumento é parcialmente repetido por Montesquieu. Em *O Espírito das Leis*, principal base da teoria da tripartição dos poderes, Montesquieu dá atenção particular ao fato de que a divisão dos poderes do estado teria como fundamento a preservação da liberdade política, sendo essa a “tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem segurança”<sup>130</sup>. As asserções de Montesquieu neste quesito são mais conhecidas e seguem uma lógica parecida com a de Locke, acrescentando – e isto é um pressuposto básico de sua teoria – que “todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele”, de modo que “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”<sup>131</sup>.

Para o francês, não há liberdade quando o poder legislativo é reunido ao poder executivo, pois pode temer-se que “o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente”.<sup>132</sup> Igualmente, a liberdade estará prejudicada se o poder de julgar estiver sendo exercido pelo mesmo corpo legislativo ou executivo, porque, junto com o legislativo, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário”<sup>133</sup>, e, acoplado ao executivo, “o juiz poderia ter a força de um opressor”<sup>134</sup>. Por fim, “estaria tudo perdido”<sup>135</sup> se um só homem reunisse esses três poderes. Disso inclusive resulta a importância de um poder frear o outro, o qual, a seu turno, também exercerá a faculdade de impedir o outro e assim sucessivamente.<sup>136</sup> Especialmente em relação ao poder judiciário, nomeadamente os julgamentos deste, cabe menção ao comentário de Montesquieu para quem seriam “senão um texto preciso da lei”, pois “fossem eles a opinião particular dos juízes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos”<sup>137</sup>, o que caracteriza a

<sup>128</sup> LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 75.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>130</sup> MONTESQUIEU, C. L. de S. **Do Espírito das leis**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 169.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>137</sup> MONTESQUIEU, C. L. de S. **Do Espírito das leis**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 172.

imagem oitocentista do juiz boca da lei.

Os argumentos de Montesquieu e Locke se encontram na parte em que aconselham que as competências do exercício do poder sejam distribuídas de forma a evitar a tirania. Montesquieu, principalmente, apresenta fundamentos interessantes que combinam os três ramos do estado comuns nas democracias constitucionais contemporâneas e ainda ensaia um esboço sobre o que seria o sistema de freios e contrapesos.

Este fundamento, de impedir o acúmulo de poder para evitar a tirania, é a grande pedra de toque da teoria da separação de poderes clássica. Sua influência é notada mesmo poucos anos depois, por ocasião do processo de ratificação do texto constitucional estadunidense, em 1787, com a edição dos artigos que compõem a obra *O Federalista*, de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, para quem Montesquieu seria “o oráculo sempre consultado”<sup>138</sup> em matéria do preceito da separação de poderes e “quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano”<sup>139</sup>. Neste particular, importa diferenciar que o contexto em que escreviam Montesquieu e Locke condiciona o significado das suas obras ao combate à tirania exercida pela minoria estatal representada pela nobreza.<sup>140</sup> Por sua vez, para o projeto republicano que estava sendo gestado na América do Norte, tornava-se necessária a instituição de uma lei superior que habilitasse o jogo político ao mesmo tempo em que neutralizasse o potencial tirânico das maiorias.<sup>141</sup>

Os 85 artigos de *O Federalista* visavam ao convencimento da população a ratificar a Constituição norte-americana<sup>142</sup>, o que de fato veio a acontecer, e embora o principal receio para os subscritores fosse a tirania exercido pelas maiorias habitantes dos poderes legislativos e executivos na nova república, tendo sido dada pouca importância aos eventuais abusos do judiciário, “cujas linhas de demarcação são ainda menos incertas”<sup>143</sup>, certo é que a grande preocupação girava em torno do mesmo argumento de dispersão de poderes como forma de evitar a tirania. Dentro deste raciocínio, a acumulação de poderes

<sup>138</sup> HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 299.

<sup>139</sup> Ibid., p. 299.

<sup>140</sup> Ainda cabe a ressalva de que mesmo Montesquieu defendia que o “Poder Executivo deve estar na mão de um Monarca”. MONTESQUIEU, C. L. de S., op. cit., p. 176.

<sup>141</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 81.

<sup>142</sup> SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum: 2017, p. 246.

<sup>143</sup> HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 307.

“constitui necessariamente a tirania”<sup>144</sup>, seja ela conquistada através de eleições ou à força e, diziam, “não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que essa objeção se funda”<sup>145</sup>.

No entanto, a contribuição de *O Federalista* vai além de importar *O Espírito da Leis* e servir de comprovação de que a teoria de Montesquieu influenciou as principais bases políticas ocidentais. O ponto melhor trabalhado na obra – e que mais interessa a esta seção – é o do sistema de freios e contrapesos, uma espécie de subprincípio do princípio da separação dos poderes, que já havia sido razoavelmente esboçado por Montesquieu quando colocava que “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”<sup>146</sup>. Trata-se de um sucedâneo lógico do argumento da dispersão dos poderes, embora hajam autores que preferam subdividi-los em categorias distintas entre si<sup>147</sup>.

Assentado que a separação de poderes era imprescindível para evitar a tirania, interessava particularmente aos estadunidenses criar mecanismos que fossem dotados de força suficiente à concretização dessa forma de estado, tendo em vista que o poder detém uma tendência natural à expansão. Em outras palavras, “é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos”<sup>148</sup>; estabelecido que um estado será dividido em três poderes, nomeadamente legislativo, executivo e judiciário, “o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas”<sup>149</sup>. Para dar efetividade à separação de poderes e evitar que esse modelo se tornasse meras “trincheiras de papel”<sup>150</sup>, tornava-se necessário “traçar de tal maneira a construção do governo, que todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos”<sup>151</sup>, de modo a fazer uso do próprio conflito entre os três ramos do estado. Sob esta perspectiva pragmática, o princípio de freios e contrapesos consiste “em fazer uso da oposição e da rivalidade dos interesses, na falta de motivos melhores”<sup>152</sup>. Ou seja, a forma de garantir a preservação da separação de poderes é usar dos conflitos inerentes a ela mesma, como força garantidora do equilíbrio, fazendo da

---

<sup>144</sup> SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum: 2017, p. 298.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>146</sup> MONTESQUIEU, C. L. de S. **Do Espírito das leis**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

<sup>147</sup> WALDRON, J. **Political political theory: essays on institutions**. New York: Harvard University Press, 2016. p. 49.

<sup>148</sup> HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 305.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 318.

ambição humana de um o poder de controle da ambição humana de outro.<sup>153</sup>

Carl Schmitt, vale comentar antes de passar ao próximo argumento, já na primeira metade do século XX, destacava a importância da separação de poderes não tanto em relação à *separação* em si, no sentido de que separar os poderes apenas promoveria instâncias estatais isoladas umas das outras, com consequências práticas indesejáveis, como a inexistência de poder de veto, delegação de competência legislativa e inviolabilidade de parlamentares ante os tribunais. Para Schmitt, o essencial residiria na *distinção* de poderes, consistente na ideia de que, sendo eles distintos entre si, serão constituídas diferenciações internas entre eles, “amplas divisões no seio dos campos assim diferenciados da atividade do Estado”<sup>154</sup>, de modo a produzir um alto grau de freios e contrapesos entre os ramos do estado para produzir um equilíbrio institucional. A exemplo disso, a separação de poderes constituiria o poder legislativo, que, a partir dessa separação, constituiria uma câmara e um senado, tal como o judiciário constituiria diversas instâncias jurisdicionais diferentes em variados níveis. São essas as instâncias diferenciadas que competiriam entre si para produzir um equilíbrio, de modo que o potencial de instituir freios e contrapesos não adviria da separação de poderes, mas sim da subsequente distinção e diferenciação entre eles.<sup>155</sup>

Dessa breve digressão histórica é possível extrair a síntese do fundamento tradicional que lança bases sobre a teoria da separação de poderes moderna, formulado no seguinte sentido. O exercício acumulado do poder tende ao governo tirânico, de modo que, para contê-lo, impõe-se a sua divisão dentro de uma estrutura que permita que estes ramos divididos possam exercer freios uns contra os outros. Assim, em não havendo tirania, restará preservada a liberdade individual. A separação de poderes seria, em sua substância, uma “máquina para impedir usurpações”<sup>156</sup> e evitar o abuso de poder.

Há outra maneira de enxergar a separação de poderes que não necessariamente está em estado de oposição a este fundamento mais clássico oitocentista, mas que se funda mais na ideia de que haja uma divisão racional do exercício do poder estatal, de modo que sejam atribuídas funções a estruturas orgânicas especializadas independentes entre si, sendo vedada a

<sup>153</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 81.

<sup>154</sup> No original: “Com la diferenciación de vários poderes se anuda el ulterior pensamiento orgánico de introducir más amplias divisiones em el seno de los campos así diferenciados de la actividad del Estado para alcanzar un alto grado de controles y frenos (checks and controls)”. SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial Textos, 2009. p. 187.

<sup>155</sup> Op. cit., p. 187-191.

<sup>156</sup> HOLMES, S. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, J; SLAGSTAD, R. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 57.

estas estruturas a participação em funções estranhas à sua atividade.<sup>157</sup> É o que será chamado de argumento contemporâneo.

À essa divisão racional do exercício do poder estatal corresponde uma especialização funcional. Ou seja, a estrutura estatal titular de certa atividade (administrativa, legiferante ou judiciária) deve ser dotada de aspectos institucionais que garantam o exercício adequado do poder específico para que foram constituídas.<sup>158</sup> Daí a diferenciação institucional entre os três poderes, entre a estrutura que julga, a que administra e a que legisla, de maneira que são legitimadas as diferentes formas de ingresso nas carreiras dos quadros dos poderes, as vedações e prerrogativas funcionais, os ritos procedimentais, os limites de atuação, entre outras questões. Nessa esteira, Stephen Holmes propõe que a separação de poderes deve ser concebida como forma de divisão do trabalho governamental que permita uma distribuição organizacional mais eficiente do estado, a gerar uma atuação especializada e atenta à diversidade de problemas sociais. Ainda, cada ramo recruta seu pessoal de forma distinta, “aumentando assim a variedade de interesses e perspectivas sociais que se refletem na tomada de decisões do governo”.<sup>159</sup>

Jeremy Waldron, a seu turno, destoa da visão clássica de Montesquieu ao argumento de que a obra do francês não proveria respostas satisfatórias sobre no que consiste o princípio da separação de poderes e porque ele é necessário para evitar a tirania e garantir a liberdade. O ponto central de Waldron é que Montesquieu teria apresentado apenas argumentos circulares – tautologias – para oferecer uma explicação sobre porque os poderes devem ser separados de modo a evitar arbitrariedades. Para Waldron, não é autoevidente a conclusão de Montesquieu de que a reunião de dois dos três poderes resultaria em tirania; Montesquieu teria deixado de fundamentar adequadamente porque as suas premissas fariam chegar naquelas conclusões específicas, uma vez que seria preciso uma enorme construção teórica para chegar na interpretação<sup>160</sup>, por exemplo, de que não haverá liberdade se o poder de julgar não estivesse separado do legislativo e do executivo.

A importância da separação de poderes, para Waldron, reside não no receio da tirania mas na preservação da integridade das funções do estado de legislar, julgar e administrar de acordo com um procedimento próprio, cada uma dessas funções entendidas

<sup>157</sup> RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115.

<sup>158</sup> RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115.

<sup>159</sup> No original: “Cada rama recluta su personal de manera distinta, aumentando así la variedad de intereses y perspectivas sociales que se reflejan en la toma de decisión del gobierno.” HOLMES, S. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 57.).

<sup>160</sup> WALDRON, J. **Political political theory**: essays on institutions. New York: Harvard University Press, 2016. p. 60.

como tendo um papel próprio a cumprir nas atividades estatais.<sup>161</sup> Neste sentido, o princípio da separação de poderes é uma teoria de governança articulada que distingue essas funções pelo o que elas são, e não pelo o que elas podem fazer umas com as outras<sup>162</sup>. Em outras palavras, a distinção entre os poderes tem fundamento na importância da atividade-fim que eles desempenham de forma especializada, no seu núcleo essencial, e não necessariamente na capacidade que estes poderes têm de instituir freios e contrapesos uns contra os outros.

Waldron exemplifica a ideia de preservação da integridade própria das funções do estado no seguinte sentido. Suponha-se que o poder executivo queira aprovar determinada política pública que afetará a vida de um ou vários cidadãos e envie ao poder legislativo contornos básicos da proposta. Os representantes da população deliberam e votam com base em proposições claras a respeito daquele projeto e o aprovam. Depois, essas deliberações são comunicadas às pessoas e às agências de governo responsáveis por sua administração. A população, os particulares, tem tempo de internalizar estas normas e de começar a organizar a sua conduta de acordo com elas, de modo que podem assentar suas expectativas de direito em torno da nova realidade imposta pela alteração legislativa. Neste período, provavelmente surgirão litígios que versarão sobre o significado ou a violação dessa norma, trazendo ao poder judiciário a competência de decidir como deve ser aplicado e entendido o novo diploma legal em face dos fatos submetidos às instituições judiciais ou mesmo abstratamente. Ao fim, haverá uma determinação judicial aplicando a norma e atingindo a esfera de direito de uma ou de um conjunto de pessoas.<sup>163</sup>

Assim, o exercício de governo, ao invés de consistir na simples aplicação indiferenciada de uma decisão política de força bruta sobre uma pessoa X, consiste na ideia de que toda decisão que se possa aplicar a X deva ser precedida de um devido processo legislativo democrático que estabeleça uma regra genérica que se aplique a todos, não somente a X, e um procedimento judicial justo que determine que a conduta de X se enquadra particularmente no âmbito daquela norma, e assim por diante. Importa, neste sentido, que todos os poderes se pronunciem antes do exercício do poder estatal atingir um indivíduo destinatário de determinada norma, através de um procedimento articulado de sucessivas fases de governança em que cada uma delas possua sua própria integridade, que não pode ser

---

<sup>161</sup> WALDRON, J. **Political political theory**: essays on institutions. New York: Harvard University Press, 2016. p. 46.

<sup>162</sup> Ibid., p. 51.

<sup>163</sup> WALDRON, J. **Political political theory**: essays on institutions. New York: Harvard University Press, 2016. p. 64.

violada.<sup>164</sup> E essa integridade própria das funções é contaminada, de acordo com Waldron, quando considerações executivas ou judiciais afetam a maneira pela qual a legislação é executada, que é contaminada quando as considerações legislativas e executivas afetam a forma como a função judicial é desempenhada e que está contaminada quando as tarefas específicas do executivo se confundem as tarefas de legislar e adjudicar.<sup>165</sup>

Mais do que uma “ideologia de reprimir os demais poderes”<sup>166</sup>, o constitucionalismo que funda a teoria da separação de poderes pode ter como premissa central a ideia de que um governo que funciona melhor é um governo que seja especializado e articulado, dividido em três ramos distintos entre si por razão dessa especialização e articulação – e não necessariamente porque a ausência dessa divisão resultaria em tirania. Assim, judiciário, executivo e legislativo recrutam seus membros cada um à sua forma, ao gosto do perfil desejado àquelas instituições, privilegiando diferentes perfis de modo a assegurar maior pluralidade na tomada de decisões no âmbito do estado. Esse desenho, ademais, permite que o poder passe por diversas fases – em instâncias diferentes entre si, com atores diferentes entre si, especializados de alguma forma para realizar esse exercício específico de poder – antes que possa ser aplicado ao indivíduo pertencente à determinada sociedade.

Já Adrian Vermeule vai além e entende que a era do estado administrativo, em sua complexidade, não comporta uma visão hermética de separação de poderes simplesmente porque não compensa. A edificação de um estado administrativo que tenha o poder de fazer, aplicar e interpretar a lei assegura benefícios que se contrapõem e compensam os riscos de concentração de poder nas mãos de poucos agentes – preocupação central do constitucionalismo clássico.<sup>167</sup>

A síntese da tese de Vermeule apresentada em *Law's Abnegation* é que a lei teria abdicado do seu poder de império em deferência à complexidade do estado administrativo – e ele está falando especificamente do contexto dos Estados Unidos da América, significativamente diferente do Brasil nessa matéria e em tantas outras. Neste quadro de deferência, Vermeule entende que a centralidade no combate ao abuso de poder dada pela teoria oitocentista é hoje desvantajosa diante dos custos envolvidos e por reduzir a capacidade

---

<sup>164</sup> Ibid., p. 46.

<sup>165</sup> WALDRON, J. **Political political theory: essays on institutions**. New York: Harvard University Press, 2016. p. 66.

<sup>166</sup> HOLMES, S. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 57.

<sup>167</sup> VERMEULE, A. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 56.



do estado de atuar em áreas relevantes, como saúde, educação, meio ambiente, entre outras, além de reduzir a eficácia do combate ao abuso do poder privado por parte do próprio poder público. Afora isso, a estrutura de contenção de poder pensada no século XVIII pela teoria oitocentista era destinada a um design institucional atualmente ultrapassado, que nada tem a dizer sobre a complexidade do estado administrativo.<sup>168</sup>

Esse é o motivo pelo qual Vermeule desaprova um conceito estanque de separação de poderes, o que ele chama de uma espécie de idolatria, que trata o princípio como um comando absoluto, inviolável, mesmo que o sacrifício exigido para respeitá-lo exija altos custos.<sup>169</sup> Vermeule inclusive critica o argumento de Jeremy Waldron que, a pretexto de criticar a circularidade da teoria de Monstequieu, acaba ele mesmo criando uma outra circularidade<sup>170</sup>.

Para Vermeule, Waldron cai na mesma armadilha argumentativa ao dizer que o poder deve ser dividido em três porque há um valor em instituições diferenciadas de governança, colocando o princípio da separação num patamar de sagrado, sem oferecer um fundamento que explicita melhor o que seriam tais contaminações de um poder sobre o outro. Então, o ponto de Waldron parece se satisfazer tão só pelo fato de a tomada de decisão ser funcionalmente separada, o que não parece um argumento convincente para Vermeule, inclusive porque algumas sólidas democracias constitucionais contemporâneas, como a forma inglesa de *Westminster*, não são dotadas de mecanismos de separação de poderes tal como defendido por Waldron.<sup>171</sup>

A despeito das divergências, estes dois fundamentos – clássico e contemporâneo – tornam mais clara a crítica ao ativismo judicial e a sua relação com a separação de poderes. Veja-se que, de um lado, a preocupação com a concentração de poderes é extremamente atual quando a matéria é ativismo judicial. Esse preceito está longe de ser anacrônico, a despeito de seus argumentos estarem historicamente associados com o combate aos abusos do poder executivo absolutista ou das maiorias políticas parlamentares. O argumento contemporâneo, a seu turno, dialoga bem com os dilemas suscitados a partir do crescimento do ativismo judicial, uma vez que tribunais passam a ditar regras sobre temas diante dos quais eles não necessariamente possuem especialização funcional – expertise técnica e credenciais democráticas – para decidir.

---

<sup>168</sup> VERMEULE, A. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state.** Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 59.

<sup>169</sup> Ibid., p. 56

<sup>170</sup> VERMEULE, A. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state.** Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 70.

<sup>171</sup> Ibid., p. 70-71.

Na esteira do argumento clássico, ou oitocentista, a crítica ao ativismo se revela pertinente à medida que a intervenção judicial no núcleo essencial do poder executivo e legislativo dialoga tanto com a preocupação de que os poderes de legislar, administrar e julgar estejam concentrados na mesma pessoa ou instituição, quanto com a premissa de que esse sistema apenas funciona adequadamente quando são instituídos freios e contrapesos institucionais por onde os ramos do estado agem para limitar uns aos outros.

Reportando-se aos adágios de Locke e Montesquieu e trazendo-os para o debate contemporâneo, não é aconselhável que a mesma instituição que julgue as leis tenha a atribuição de criá-las, ou porque as fará de modo a privilegiar seus interesses próprios ou porque poderá exercer esse poder tiranicamente. Pelos mesmos motivos convém que a mesma instituição que administre o estado não seja capaz de julgar a si mesma, uma vez que pode fazê-lo privilegiando seus próprios interesses ou porque tem o potencial de exercer esse poder tiranicamente. Transportando esses fundamentos oitocentistas para a problemática da dissertação, qual seja, o ativismo judicial, tem-se que o poder judiciário não paira num vácuo político ou ideológico e sua jurisprudência, sobretudo a de tribunais constitucionais, “não pode ser entendida separadamente dos conflitos sociais, políticos, econômicos concretos que dão forma a um determinado sistema político”<sup>172</sup>. Quando cria direitos e obrigações, exercendo atividade legislativa às avessas, ou quando intervém na execução de políticas públicas estatais, as instituições judiciais não necessariamente o fazem na condição de um poder moderador ou de um *pouvoir neutre*. Isso porque “quase todas as regras decorrentes das decisões proferidas irão, eventualmente, envolver alguém que decidirá a respeito de sua própria causa em um ou em muitos aspectos”.<sup>173</sup> De modo que, ao exercer direta ou indiretamente funções legislativas e executivas, adotando uma postura ativista, instituições judiciais ganham uma margem de decidir em causa própria e, à vista disso, agirem arbitrariamente.<sup>174</sup>

À título de exemplo, basta apontar a forma um tanto pragmática com que o Supremo Tribunal Federal manteve a concessão do auxílio-moradia para membros do poder judiciário brasileiro mediante uma decisão liminar no âmbito da Ação Originária 1.773/DF desde 2014, revogando os efeitos da decisão somente quando o ex-presidente Michel Temer sancionou o

<sup>172</sup> HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 164.

<sup>173</sup> WALDRON, J. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. BIGONHA, A. C. A.; Moreira, L. (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 262

<sup>174</sup> Talvez a ressalva que caiba fazer é que, ao contrário da visão fatalista adotada por Montesquieu, instituições judiciais podem não agir tiranicamente ainda que, sendo ativistas, possam ser dotadas de poder para tanto.

reajuste de 16,3% dos salários dos ministros da Corte em 2016. Cabe também, como ilustração, citar a maneira com que o Supremo Tribunal Federal sistematicamente arquiva pedidos de impedimento e suspeição dos ministros desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, violando regras legais e regimentais da própria Corte, conforme revelado por estudo publicado recentemente por pesquisadores da FGV de São Paulo<sup>175</sup>.

Tendo em vista o caráter definitivo das decisões judiciais<sup>176</sup>, a subtração das prerrogativas do executivo e legislativo em favor do judiciário tira a capacidade de controle democrático do exercício do poder estatal, uma vez que agentes não eleitos e detentores de mandatos vitalícios passam a determinar as regras do jogo em matérias politicamente controvertidas, reduzindo drasticamente o espaço de debate público pela via institucional. Parece que é esse o potencial de tirania temido pelos teóricos oitocentistas da separação de poderes, inclusive porque – entrando já na segunda preocupação – essa assunção de poderes extraordinários por parte do judiciário fragiliza o exercício de freios e contrapesos do legislativo e executivo. Se em sede de controle concentrado de constitucionalidade juízes dão a palavra final sobre legislação em temas politicamente controvertidos, atribuição típica do poder legislativo, e se instituições judiciais podem se autoatribuir poderes conferidos originalmente ao poder executivo, como alocar recursos e decidir prioridades em matéria de políticas públicas, há que se questionar quais são os freios e contrapesos verdadeiramente existentes e oponíveis particularmente ao poder judiciário. Indo direto ao ponto, é dizer que no contexto do ativismo judicial, o judiciário subtrai os freios dos demais poderes à mesma medida que usurpa a competência deles, porque aumenta seu poder de dar a palavra final sobre temas vários enquanto reduz a dimensão deliberativa e democrática do legislativo e executivo.

No campo do segundo argumento, é possível divisar os pontos críticos do ativismo judicial especialmente no que se refere à ausência de características institucionais próprias para o exercício do poder que pretendem ter quando as instituições judiciais chamam pra si a

---

<sup>175</sup> À época do fechamento desta dissertação, o estudo ainda não havia sido publicado oficialmente nos meios acadêmicos, somente na imprensa. Cf. CASTANHO, W. Supremo arquiva todos os pedidos de suspeição de ministros e viola regimento. **Folha de S. Paulo**, s.p., 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/supremo-arquiva-todos-os-pedidos-de-suspeicao-de-ministros-e-viola-regimento.shtml>>. Acesso em: 13/01/2020.

<sup>176</sup> A ideia de que o Poder Judiciário tem a atribuição de dar a última palavra é digna de maior aprofundamento, porque extremamente controvertida. Para as finalidades da dissertação, importa considerar apenas que o caráter definitivo das decisões judiciais robustece a proeminência do poder judiciário sobre as demais instâncias do estado e reduz (ainda que não aniquile por completo) o exercício de freios e contrapesos quando a matéria envolva a invasão judicial de competência do executivo ou legislativo. Para um debate aprofundado sobre deliberação e última palavra nas democracias. Cf. MENDES, C. H. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

responsabilidade de decidir sobre matérias afeitas aos núcleos essenciais dos outros poderes. Trocando em miúdos, é dizer que instituições judiciais não são feitas, desenhadas, para tomar decisões em nome do poder legislativo ou do poder executivo.

Instituições judiciais são locais onde deveria haver confiança e expectativa de que casos sejam tratados primordialmente como assuntos técnicos e onde não sejam formuladas normas genéricas e propositivas, tampouco que seja exercida atividade política entre diferentes facções em conflito a respeito dessas normas, diferente do poder legislativo<sup>177</sup>. Em regra, o método de ingresso na carreira da magistratura se dá pela realização de concurso público de provas e títulos ou mediante nomeação feita pelo chefe do poder executivo, com base numa análise meritória da carreira do postulante. Substancialmente são critérios técnicos que elevam indivíduos aos cargos de magistrados, a despeito de que eventuais influências políticas possam desaguar nesse processo de escolha. Daí a primeira questão posta em xeque: magistrados não respondem politicamente por suas escolhas, na medida em que não são escolhidos por eleitores e tampouco possuem mandatos representativos. É da natureza da especialidade institucional do judiciário que seja assim, que juízes não sofram nenhum tipo de *accountability* político, ao menos não na dimensão eleitoral<sup>178</sup>, e sejam funcionalmente independentes, realizando a ideia de função contramajoritária das instituições judiciais. Ao julgar casos de forma a criar novos direitos e obrigações, ao argumento de suprir a omissão ou disfuncionalidade de outro poder, as instituições judiciais o fazem sem as credenciais democráticas próprias para realizar essa atividade.

No mais, instituições judiciais têm procedimentos deliberativos muito mais restritivos do ponto de vista democrático, sendo os conflitos delimitados às partes ou aos eventuais interessados e potencialmente atingidos pela decisão judicial que tenham direito de litigar no processo. Mesmo a linguagem aplicada ao cotidiano forense é, de modo geral, excludente e reservada aos poucos operadores do direito, afastando parcela relevante da população de debates significativos. No máximo, tem-se que a participação no processo como *amicus curiae* realiza alguma medida de democratização do debate público tomado no âmbito do poder judiciário.

A seu turno, os poderes legislativo e executivo são dotados de características institucionais que, por óbvio, os legitima a tomar decisões que dizem respeito ao seu núcleo

---

<sup>177</sup> FERREJOHN, J. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 2.

<sup>178</sup> Naturalmente, o *accountability* judiciário se dá no nível da fundamentação da decisão judicial, que é a pedra de toque da atividade jurisdicional. No entanto, neste caso a referência é sobre *accountability* na dimensão político-eleitoral, típico dos agentes públicos detentores de mandato ou função de confiança.

essencial de funcionamento. Ambos contam com um método democrático de ingresso em seus quadros. Ainda que se possam realizar críticas consistentes ao sistema eleitoral, o ponto é que a lógica que rege o funcionamento do executivo e legislativo está associada às credenciais democráticas que têm esses poderes para, respectivamente, editar normas gerais e implementar políticas públicas que afetam diretamente a vida dos representados.

De um lado, no Brasil o poder legislativo é erigido de forma proporcional ao conjunto populacional e, em nível federal, também de acordo com o número de estados da federação. Essa forma de estruturação do parlamento permite um debate plural sobre as proposições legislativas, garantindo a presença de uma gama variada de pontos de vista, tanto partidário quanto regional. Esses debates prestam observância ao regramento constitucional e a um regimento interno próprio, que garante a realização de audiências públicas, participação proporcional de partidos políticos nas comissões internas das casas legislativas, estabelece quóruns especializados para a aprovação de determinadas matérias a depender da sua relevância no ordenamento jurídico e prevê ritos diferenciados de tramitação dessas proposições.

Essa estrutura própria de deliberação do parlamento o difere, em muito, do restrito ambiente das instituições judiciais, onde em regra apenas os operadores do direito têm voz e são menores – em quantidade – as perspectivas apresentadas àqueles que efetivamente tomam decisões sobre os processos em pauta. De forma geral, no poder legislativo tem-se o direito de monitorar os debates, “de informar e influir nas decisões e de exigir que legisladores se responsabilizem perante nós pelos seus atos nas próximas eleições”<sup>179</sup>. Com base nessas expectativas, é dado ao cidadão o direito de se organizar em partidos para “eleger, monitorar, criar, opor e influenciar os legisladores”<sup>180</sup>.

Desse modo, são claras as implicações quando o poder judiciário passa a usurpar a função do poder legislativo com a justificativa de estar suprindo uma disfunção ou omissão, e cria novos direitos e obrigações a partir de decisões judiciais ativistas. Ao fazê-lo, o judiciário viola a integridade da função legislativa e todo o procedimento que lhe é próprio: a amplitude democrática do debate, a proporcionalidade regional e partidária das representações, os ritos especiais para leis ordinárias, complementares e mesmo para reformas constitucionais, a discussão em comissões temáticas de natureza política, entre outras características institucionais. Dessa forma, reduz os atores políticos participantes do jogo democrático, limita

---

<sup>179</sup> FERREJOHN, J. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 1.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 1.

a própria linguagem que rege o debate público a um conjunto restrito de profissionais e diminui a representatividade do exercício do poder estatal, haja vista que cortes tem papel contramajoritário e não representativo, a despeito de opiniões em contrário<sup>181</sup>. A usurpação da competência essencial do legislativo implica em desdenhar toda a especialização funcional concebida para o parlamento e transferir essa competência para um ambiente que não foi desenhado para ser representativo, político e proporcional.

O poder executivo, por sua vez, é estruturado de forma ainda mais complexa dentro dessa lógica de especialização do exercício do poder estatal. A começar pela própria Administração Pública, coordenada pela forma direta e indireta de gerenciamento, através da chefia do poder executivo e de órgãos de cúpula, como ministérios e secretarias, e figuras da administração indireta, a exemplo de uma variedade de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista – sem deixar de mencionar, apenas por mencionar, figuras correlatas e muito próximas à prestação de serviços públicos, porém de direito privado, como as chamadas organizações sociais e civis de interesse público. Assim, o poder executivo é dividido de maneira a comportar uma multiplicidade de funções, através de núcleos de poder centralizados e descentralizados, onde, respectivamente, o estado o exerce mesmo essas atividades ou, desejando maior especialização ou distribuição territorial de poder, transfere-as para instituições com personalidade jurídica própria, podendo inclusive assumir a forma de direito privado.

Ainda cabe, para todos os efeitos, diferenciar as funções administrativas exercidas pelo dia-a-dia da Administração Pública, das funções essencialmente políticas exercidas por alguns membros do poder executivo. A doutrina administrativista faz essa diferenciação entre funções administrativas – sendo aquelas exercidas na gestão concreta, prática imediata da Administração Pública – e funções políticas, estas últimas diferenciadas por seu caráter supremo ante a gestão da vida estatal e pelo enfrentamento de contingências extremas, que reclamam uma decisão eminentemente política. São exemplos dessas funções a iniciativa de lei pelo chefe do poder executivo, a sanção e o veto de leis, a dissolução dos parlamentos e a convocação de eleições gerais em regimes parlamentaristas, a declaração de estado de sítio e calamidade pública, a declaração de guerra contra outra nação, entre outros atos.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, passim.

<sup>182</sup> MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. No mesmo sentido, Cf. MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 848-850., Cf. MEDAUAR, O. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993., Cf. CRETELLA JUNIOR, J. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação**. Legislativa, n. 95,

Toda essa estrutura do poder executivo é composta por agentes públicos entre concursados, eleitos e detentores de cargos de confiança. Estes dois últimos, naturalmente, estão mais sujeitos às regras do jogo político e detém legitimidade para elaborar, executar e gerenciar políticas públicas dentro de uma zona de discricionariedade (oportunidade e conveniência) própria do poder executivo, a partir de onde se transforma em agenda estatal o programa político vitorioso em processos eleitorais democráticos, realizados na forma majoritária. Por ostentarem tal posição, são quadros dirigentes responsáveis pela gerência do orçamento da Administração Pública e pela eleição de prioridades na aplicação dos recursos públicos dentro dos limites legais e constitucionais previstos e da escassez das receitas do estado.

Ademais, esse conjunto de agentes públicos é apoiado tecnicamente por servidores de carreira da máquina pública, que ingressam nos quadros do estado mediante processo seletivo em disputados concursos públicos. Estes são, em maior ou menor medida, pessoas habilitadas para lidar com a Administração Pública e/ou com um órgão técnico público que exija o conhecimento de uma área específica do saber. São administradores, engenheiros, agrônomos, sociólogos, médicos especialistas em gestão pública de hospitais, arquitetos, técnicos de informática, entre outras diversas profissões, que ajudam a subsidiar a tomada de decisão dentro da Administração Pública, a cargo dos agentes públicos eleitos ou detentores de funções de confiança.

Diante dessa complexidade, o argumento da legitimidade dos membros do legislativo não se estende da mesma maneira aos membros do executivo. A uma porque nem todos agentes da Administração Pública são eleitos, e, portanto, não estão diretamente sujeitos às vicissitudes da política democrática. A duas porque no caso da Administração Pública, diferentemente do poder legislativo, não há tanta zona de indeterminação política no atuar do agente público. O poder executivo está mais restrito ao princípio da legalidade e, portanto, não corre dentro de um espectro de liberdade de atuação política como nos parlamentos. No entanto, a própria legalidade concede eventualmente zonas de discricionariedade administrativa reservadas ao administrador público, para que possa imprimir suas digitais políticas no gerenciamento da coisa pública.

Ainda, outro fator diferenciado vem à tona quando se fala em poder executivo, relativamente à expertise técnica. Diferentemente do poder legislativo e judiciário, o

---

jul./set. 1987. Na literatura estrangeira, Cf. HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 146.

executivo é dotado de estruturas próprias, geralmente pertencentes à Administração Pública indireta, dotadas de alta especialização técnica em matéria de saúde pública, meio ambiente, educação, agricultura, entre outras frentes. Também compartilham dessa natureza as agências reguladoras, concebidas de modo geral para parametrizar e fiscalizar o desenvolvimento de atividades econômicas no Brasil.

Toda essa rede complexa de estruturas e funcionários que compõem o poder executivo reclama uma solução diferenciada quando o assunto é a usurpação das atribuições do poder executivo, pelo judiciário, que será trabalhado no capítulo III. O fato é que, à vista dessa complexidade, a usurpação das atribuições do poder executivo pelo judiciário implica em reconhecer que quadros de fora da estrutura executiva possam deliberar em matéria de orçamento, eleição de prioridades econômicas, políticas públicas, matérias que o judiciário, por natureza, não possui credenciais democráticas para decidir. Tampouco expertise. A rigor, o poder executivo toma decisões com base em avaliações técnicas emitidas por servidores capacitados para determinado fim, que exija uma análise especializada.

Quando há intervenção judicial nesses aspectos técnicos da gestão pública, há de antemão um *déficit* informativo no processo de tomada de decisão uma vez que o poder judiciário não é uma instância dotada de características funcionais aptas a realizar adequadamente esse tipo de valoração, que requer a conjugação de opiniões de *experts*, não de operadores do direito. Volta-se, também, ao exemplo da judicialização das políticas públicas e o impacto que este fenômeno tem no orçamento dos entes, uma vez que a concessão de procedimentos cirúrgicos e vagas em creche pela via judicial não leva em conta o planejamento orçamentário traçado pelos técnicos e políticos de uma prefeitura ou de um estado da federação. Mais a frente, no capítulo II e III, esse argumento será melhor explorado, sobretudo para justificar o uso do princípio da deferência como maneira de preservar o exercício das atribuições típicas da Administração Pública. Tal como no caso do legislativo, a usurpação judicial das funções do executivo implica em abdicar de toda a especialização funcional concebida para a Administração Pública e transferir essa competência para uma instituição que não foi desenhada para gerenciar o estado.

Por certo, é preciso olhar o outro lado. Os exemplos de usurpações não se esgotam somente nas variáveis extraídas a partir do fator poder judiciário. Como se verá mais a frente, o poder executivo também viola competência do poder legislativo ao violar um comando inequívoco da legalidade estrita. A Administração, sabidamente, está adstrita à legalidade e, em alguns casos, tem uma margem para atuar discricionariamente, através do uso de critérios



políticos de conveniência e oportunidade, que consistem no mérito do ato administrativo. Em circunstância como essa, o comando do poder legislativo é propositalmente incompleto para que o administrador possa apreciar as circunstâncias do caso específico. Nos atos vinculados, a seu turno, em regra não há margem para discricionariedade uma vez que o poder legislativo já teria esgotado o exame político da norma, deixando à Administração tão só a obrigação de cumprir com esses comandos, contanto que o direcionamento da norma seja claro, isto é, que não admita mais de uma interpretação válida. Ao usar de ponderações de conveniência e oportunidade em face de atos vinculados, a Administração emite juízo impróprio e invade o terreno do poder legislativo.

Como será demonstrado no decorrer da dissertação, esse quadro de apropriação judicial das prerrogativas de outros poderes, à revelia da especialização institucional do estado, recomenda a adoção de uma postura minimalista do poder judiciário que privilegie a interpretação de instituições governamentais, uma vez que estes departamentos estão numa posição melhor em matéria interpretativa, em virtude de gozarem de um grau superior de competência técnica e de uma relativa condição de supervisão democrática ou accountability.<sup>183</sup> Cass Sunstein e Adrian Vermeule, neste sentido, sustentam que a pergunta central não seria *como* um texto normativo deve ser interpretado, mas *qual instituição, dotada de habilidades distintas e limitações*, deve interpretar determinados textos, o que chamam de capacidades institucionais.<sup>184</sup> A exemplo disso, sugerem que as cortes – que são dotadas de capacidades institucionais generalistas, isto é, não possuem uma expertise técnica específica – devem seguir o significado ordinário do texto normativo, enquanto agências governamentais poderiam promover uma interpretação mais flexível da norma justamente em face da sua maior especialidade. A lógica subjacente é que agências teriam mais capacidade para distinguir se, no exercício interpretativo, o afastamento da literalidade da norma poderia prejudicar seriamente algum aspecto regulatório.<sup>185</sup> Esse tipo de argumento, no entanto, será aprofundado mais a frente, no capítulo III.

### 1.5 Ativismo Judicial e a Expansão da Jurisdição Constitucional

---

<sup>183</sup> SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law Research Paper**, Chicago, n. 156, p. 1-55, 2002. 33.

<sup>184</sup> SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law Research Paper**, Chicago, n. 156, p. 1-55, 2002. p. 2.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 2.

O fenômeno do ativismo judicial também é associado a uma tendência crescente de expansão da jurisdição constitucional, perceptível sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial, na esteira da adoção de textos constitucionais amplos. Conforme dito, o ativismo judicial se manifesta principalmente através da aplicação direta do texto constitucional pelo intérprete. É instrumentalizado mediante o uso de cláusulas constitucionais vagas e de um rol extenso de direitos fundamentais, que, naturalmente, tendem a conferir maior poder de decisão às instituições judiciais sobre assuntos variados, inclusive aqueles politicamente controvertidos e/ou que dizem respeito ao núcleo essencial de funcionamento do poder executivo ou legislativo. É nesta chave que o ativismo judicial se conecta com o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional, visto que com a ampliação dos mecanismos de aplicação da constituição, há uma maior pluralidade de atores judiciais decidindo sobre temas constitucionais de extrema relevância, chamando para si a responsabilidade de resolvê-los a partir de interpretações ativistas.

Jurisdição constitucional é dizer o que é a constituição, ou, nos termos de Hans Kelsen, é a “garantia jurisdicional da Constituição”<sup>186</sup>. Bem por isso está intimamente ligada à ampliação dos sistemas de controle de constitucionalidade no mundo afora, sejam eles do tipo concentrado ou difuso. No controle de constitucionalidade é onde se dá, por excelência, a jurisdição constitucional. O *judicial review* nada mais é do que a melhor expressão da ideia de supremacia constitucional, uma vez que para figurar como parâmetro de controle das demais normativas, a constituição deve ser dotada de um grau superior de hierarquia no ordenamento jurídico<sup>187</sup>. Esse debate não é de hoje. As duas formas mais comuns de controle jurisdicional de constitucionalidade – difuso e concentrado – correspondem, cada uma delas, a dois momentos históricos distintos nos quais esses sistemas foram concebidos.<sup>188</sup>

A começar pelo difuso, de origem estadunidense. O controle jurisdicional de constitucionalidade estadunidense remonta a um dos precedentes judiciais mais famosos dos Estados Unidos da América: o caso *Marbury vs. Madison*<sup>189</sup>, de 1803. Em linhas gerais, o caso trazido à Suprema Corte controvertia a respeito da possibilidade de a Corte expedir um *writ of mandamus* apresentado por William Marbury com base na Lei Judiciária de 1789, destinado a assegurar a investidura do impetrante no cargo de juiz federal pelo qual ele e demais correligionários haviam sido nomeados pelo presidente John Adams, no apagar das luzes da

<sup>186</sup> KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-24.

<sup>187</sup> BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 24.

<sup>188</sup> Para uma análise mais detalhada sobre a origem e história da jurisdição constitucional, Cf. STRECK, L. **Jurisdição constitucional**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>189</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

sua administração. Com a posse do novo presidente, Thomas Jefferson, o secretário de Estado James Madison recusou-se a dar posse aos magistrados indicados pelo ex-presidente John Adams. Em face do caso, o presidente da Suprema Corte (*chief of justice*) à época, John Marshall, que havia sido Secretário de Estado de John Adams, proferiu o voto condutor em meio à pressão política que estava na condição de magistrado indicado por um grupo político ora fora do poder.

Ao votar, Marshall enfatizou que o impetrante tinha o direito ao ato de investidura demandado e “tendo esse direito legal ao cargo, ele tem um direito consequente ao ato de investidura; a recusa à entrega é uma clara violação desse direito, pela qual as leis do seu país oferecem-no um remédio”<sup>190</sup>. No entanto, o *chief of justice* considerou que, a despeito da existência do direito, a Lei Judiciária de 1789 invadia esfera constitucional ao conferir competência à Corte para expedir um *writ of mandamus*, situação não prevista na Constituição dos Estados Unidos. Ou seja, a Lei Judiciária de 1789 havia criado uma hipótese de competência originária da Suprema Corte que exorbitava o texto constitucional.<sup>191</sup> Vale a transcrição de uma parte central do acórdão, em tradução livre:

É enfaticamente a competência e dever do departamento judicial dizer o que a lei é. Aqueles que aplicam a norma à casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar aquela norma. Se duas normas conflitam entre si, a corte deve decidir sobre a eficácia de ambas. Então se uma lei esteja em oposição à constituição: se as duas leis e a constituição aplicam-se ao caso particular, de forma que a corte deve ou decidir o caso de acordo com a lei, ignorando a constituição; ou de acordo com a constituição, ignorando a lei: a corte deve decidir quais dessas normas conflitantes governa o caso. Essa é a própria essência da atividade judicial.<sup>192</sup>

Assim, Marshall sustentou que uma lei ordinária não poderia inovar e expandir a competência do Tribunal, de maneira que estendesse as disposições constitucionais indevidamente. O voto de Marshall, no transcurso, fixa três postulados básicos. O primeiro, a supremacia da constituição; o segundo, a nulidade de ato do poder legislativo que contrarie o texto constitucional, por consectário lógico do primeiro postulado; o terceiro, e mais

<sup>190</sup> No original “[...] having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission, a refusal to deliver which is a plain violation of that right, for which the laws of his country afford him a remedy”. Ibid.

<sup>191</sup> MEDEIROS, I. K. **Controle preventivo de constitucionalidade: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da judicialização da política.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 19.

<sup>192</sup> No original: “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. “This is of the very essence of judicial duty”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

controvertido, que cabe o poder judiciário ser o intérprete final da constituição.<sup>193</sup> Em face disso, o juiz Marshall lançou as bases do controle jurisdicional de constitucionalidade de modelo estadunidense, segundo as quais é dado a qualquer juiz o poder de declarar a incompatibilidade de uma norma com o texto constitucional.

O controle concentrado de constitucionalidade, a seu turno, ganha centralidade cerca de cem anos depois, do outro lado do oceano, quando Hans Kelsen e Carl Schmitt reacendem a discussão sobre os limites da jurisdição constitucional, de modo a influenciar até hoje os conceitos e as controvérsias do controle de constitucionalidade. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt por si só renderia uma dissertação de mestrado, de maneira que, para os fins deste trabalho, vale apenas traçar as linhas gerais da controvérsia, notadamente os pontos que permanecem atuais e que sejam essenciais para entender a natureza da jurisdição constitucional.

Para Carl Schmitt, o exercício da jurisdição constitucional não teria uma natureza propriamente jurisdicional, uma vez que não se limitaria a subsunção de uma prescrição normativa a um fato típico. O controle de constitucionalidade, sendo um parecer realizado a partir de um exame do conteúdo da norma, se aproximaria mais de uma atividade legislativa ou administrativa. Ou seja, seria necessariamente política a missão de dirimir dúvidas e incertezas a respeito da essência de uma determinada lei, sobretudo quando se tratasse da atividade de precisar de modo autêntico o conteúdo de conceitos imprecisos e indeterminados contidos no texto constitucional, elementos que hoje em dia poderíamos comparar aos princípios. Para Schmitt, o controle de constitucionalidade à moda austríaca (concentrado) decorreria da tentativa de conceber a resolução de questões políticas dentro da esfera judicial. A desconfiança em relação ao autoritarismo do executivo e à ameaça das maiorias parlamentares confluía para favorecer um sistema no qual tribunais constitucionais fossem destinados a serem dotados de competência de, sob a aparência de judicialidade, revisar atos essencialmente políticos. Neste sentido, ao tentar criar um tribunal constitucional neutro para dirimir questões políticas, haveria uma corrupção da judicialidade, ou melhor, haveria uma sobrecarga de obrigações políticas sobre juristas oficiais de profissão, o que resultaria numa politização excessiva do poder judiciário.<sup>194</sup>

Hans Kelsen, em resposta a Carl Schmitt, sustenta que a natureza da jurisdição constitucional não seria tão relevante quanto à solução em si que ela traz. Neste sentido,

---

<sup>193</sup> BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 30.

<sup>194</sup> SCHMITT, C. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19-70.

Kelsen não nega que um tribunal constitucional tenha um caráter político mais acentuado que os demais, mas que nem por isso deixa de ser um tribunal com funções jurisdicionais. Haveria, no máximo, uma função de legislador negativo, por terem as cortes constitucionais a função de dizer qual lei não pode continuar a produzir efeitos no ordenamento. Assim, “pode-se duvidar de que seja conveniente confiar a um tribunal independente a definição do conteúdo de uma lei constitucional duvidosa”<sup>195</sup>, mas disso não resultaria que a função de um tribunal constitucional não seria propriamente jurisdicional. Pois que, no fundo, não há uma contradição essencial entre funções jurisdicionais e funções políticas, uma vez que o exercício do poder não estaria exclusivamente encerrado dentro do processo legislativo. Pelo contrário, “entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito”. Neste particular, todo litígio versa em alguma medida sobre uma ponderação de interesses sociais em jogo, o que, por natureza, revela um caráter político da jurisdição.<sup>196</sup> Em suas palavras, se “enxergarmos ‘o político’ na resolução de conflitos de interesses – na ‘decisão’, para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder”.<sup>197</sup>

O fato é que, guardadas as proporções, a discussão travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt guardam grande pertinência com o atual debate em torno do controle de constitucionalidade e do ativismo judicial, sobretudo relativamente à natureza da jurisdição constitucional e o papel que joga na separação de poderes ao confiar demais em tribunais para decidirem assuntos essencialmente políticos, através da revisão da legislação democraticamente posta, ou dos atos normativos gerados no ramo do poder executivo. No contexto do ativismo judicial, essa contradição entre atividade legislativa e judiciária ganha enorme importância a partir do momento que juízes atuam para além da função limite de “legislador negativo” e criam normativas a partir de interpretações excessivamente criativas do ordenamento jurídico-constitucional.

Também não deixa de ser muito atual uma das ressalvas feitas por Hans Kelsen ao sistema de controle de constitucionalidade, no sentido de que, para evitar a politização excessiva dos tribunais constitucionais, importa não inserir no texto constitucional conceitos indeterminados (liberdade, igualdade, justiça), para efeitos de não operar uma transferência de poder ao judiciário em detrimento das opções do legislativo. Parece que é justamente o que ocorre hoje no fenômeno da judicialização da política, com o crescimento da tendência de

---

<sup>195</sup> KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254-255.

<sup>196</sup> KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-299.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 251.

tribunais se pronunciarem sobre o significado das cláusulas constitucionais abstratas. Como se viu antes, são também essas cláusulas abstratas, ou princípios, que instrumentalizam o ativismo judicial uma vez que concedem às instituições judiciais as ferramentas necessárias para construir discursivamente qualquer tipo de decisão, a despeito da regra aplicável ao caso.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade ganha uma dimensão especial com a Constituição Federal de 1988. O texto constitucional vigente ampliou o rol de legitimação ativa para propositura de ação direta, de modo a multiplicar os atores autorizados a acionar a jurisdição constitucional. Com a ampliação, foi decretado o fim do monopólio exercido pela Procuradoria-Geral da República para propor ações de controle. Passaram a figurar nesse rol o Presidente da República, as Mesas dos parlamentos federais e estaduais, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.<sup>198</sup> Como não existe vácuo, o sistema de controle foi devidamente ocupado por esses atores, que passaram a utilizá-lo para promover seus interesses e não necessariamente para defender direitos fundamentais<sup>199</sup>, como propugna a retórica da doutrina constitucionalista majoritária.

Além disso, foram criadas figuras de processo constitucional destinadas, grosso modo, a corrigir eventuais disfuncionalidades dos poderes legislativo e executivo. É o caso da introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. No mais, o controle concentrado de constitucionalidade contemplou duas modalidades distintas de exercício. Uma perante o Supremo Tribunal Federal, quando contra ato normativo estadual ou federal que apresente ofensa à Constituição Federal, outra perante os Tribunais de Justiça do Estado, contra atos normativos estaduais e municipais que possam ser reputados inconstitucionais em face da Constituição estadual.<sup>200</sup>. Além disso, qualquer juiz do País está autorizar a declarar – ao menos de modo incidental – a inconstitucionalidade de uma lei. Natural que, com o fortalecimento desses mecanismos, o poder judiciário atingisse outro nível de

---

<sup>198</sup> BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

<sup>199</sup> Como aponta pesquisa conduzida na Universidade de Brasília, para além da retórica de proteção dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade após a Constituição Federal de 1988 tem servido de mecanismo de alcance de interesses corporativos ou de projetos políticos locais, no caso dos governadores e de leis aprovadas nas assembleias estaduais por partidos de oposição ou por antecessores no cargo. Mesmo as ações propostas pelos partidos políticos estiveram mais voltadas a impugnar normas eleitorais que impactavam a distribuição dos cargos eletivos, do que propriamente a uma atuação partidária em nível judicial referente a algum direito fundamental caro ao programa político da agremiação legitimada. COSTA, Al. A.; BENVINDO, J. Z. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB, 2013. p. 73-80.

<sup>200</sup> BARROSO, L. R. Op. cit., p. 65.

proeminência na vida institucional do País.

No âmbito do rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 criou uma espécie de compromisso maximizador ao inserir no texto constitucional matérias que foram além de temas tipicamente constitucionais, afora ter regulamentado de forma minuciosa as relações sociais, econômicas e políticas.<sup>201</sup> É, como se fala, um texto constitucional desconfiado do legislador.<sup>202</sup> Particularmente no caso dos direitos fundamentais do artigo 5º, a Constituição Federal instituiu que possuem aplicabilidade direta, por força do seu § 1º. De modo que, conforme já assinalado, operou-se uma transferência do poder decisório sobre assuntos importantes da agenda nacional para dentro da jurisdição constitucional, ampliando significativamente o poderio judiciário em relação aos tópicos politicamente controvertidos e sobre as mais variadas dimensões da vida pública e privada no Brasil.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 confiou ao estado a responsabilidade de promover uma série de serviços e políticas públicas, alçando a regulação dessas matérias para a dimensão constitucional, de forma a diminuir a prevalência da vontade da maioria na direção dessas políticas.<sup>203</sup> Resulta disso que o judiciário é dotado de mais mecanismos para controlar a promoção de políticas e serviços públicos a partir da linguagem constitucional, se tornando ele mesmo palco de controle de políticas públicas.<sup>204</sup> Outra consequência, identificada pela ciência política, é que a configuração desse ambiente cria incentivos à frequentes emendas no texto constitucional a partir do momento que há alternância de poder e, por consequência, vontade política de mudar a direção das políticas públicas no Brasil.<sup>205</sup>

No topo disso tudo, a Constituição Federal ainda atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel de destaque na democracia porvir. Quiseram os constituintes que a Corte detivesse ao menos três funções institucionais relevantes: de tribunal constitucional, última instância recursal e de foro especial para julgamento de casos envolvendo autoridades. Na condição de tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal aprecia a constitucionalidade de leis e atos normativos expedidos pelos poderes legislativo e executivo – e até das omissões deles, se inconstitucionais - por via de ação direta, além de ter a prerrogativa de apreciar a

---

<sup>201</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 166.

<sup>202</sup> BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 24.

<sup>203</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 108.

<sup>204</sup> ARANTES, R. B.; COUTO, C. G. **Construção democrática e modelos de Constituição**. Dados: Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, p. 545-585, 2010. p. 553.

<sup>205</sup> Ibid., passim.

constitucionalidade de emendas constitucionais diante de cláusulas pétreas, reduzindo o poder do Congresso Nacional. Investido na figura de última instância recursal, o Supremo é destinatário de centenas de milhares de casos todos os anos. Dados apontam que desde 1988 para cá foram apreciados mais de 1 milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento pelos 11 ministros da Corte. A terceira função, de foro especial, reporta-se à competência do Supremo para julgar criminalmente as maiores autoridades da República em razão do foro por prerrogativa de função, ou, como se convencionou chamar, foro privilegiado. Além disso, a Corte acaba também por exercer a função de órgão chamado a resolver contendas parlamentares travadas no âmbito do Congresso Nacional, absorvendo conflitos internos do parlamento de matéria regimental ou de processo legislativo constitucional.<sup>206</sup>

Ainda no exemplo do Supremo Tribunal Federal, outros autores apontam para um problema mais recente de excessiva concentração de poder nas mãos dos ministros da Corte, em detrimento das decisões colegiadas. É o que se chama de *Ministrocracia*.<sup>207</sup> Apenas com liminares monocráticas, os ministros do Supremo já suspenderam a nomeação de Lula como ministro da Casa Civil, a aprovação na Câmara do projeto intitulado *10 medidas contra a corrupção*, além de terem dado aval ao prosseguimento do pedido de impeachment contra o à época presidente inteiro Michel Temer. Chama atenção que o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal permite aos ministros pautarem e resolverem casos de ampla repercussão por meio de decisões individuais, sem que sequer se torne necessária a ida desses processos ao órgão colegiado. Neste particular, essas alocações internas de poderes aos membros da Corte permitem que as preferências de um só ministro alterem significativamente o processo político brasileiro, com o mesmo peso de uma decisão do Tribunal como um todo<sup>208</sup>.

A conjugação desses fatores institucionais - o fortalecimento do sistema de controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional, a criação de uma Constituição ambiciosa garantidora da aplicação direta de um rol extenso de direitos fundamentais, e o acúmulo de poderes nas mãos do Supremo Tribunal Federal – são sinais de que o constituinte de 1988,

<sup>206</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 167-168.

<sup>207</sup> ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. *Ministrocracia*: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, vol. 37, n.1, 2018.

<sup>208</sup> *Ibid.*, 13-15. Para uma visão crítica e outra defensiva sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal nestes casos, Cf. MENDES, C. H. Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de São Paulo**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/11/2019; BARROSO, L. R. ‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. **Folha de São Paulo**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em: 19/11/2019.



intencionalmente ou não, deitou as bases para que o poder judiciário, e, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, exercesse uma função responsiva – ou ativista – na democracia constitucional contemporânea.<sup>209</sup>

É justamente em torno dessas características institucionais que gira o programa do ativismo judicial, em que instituições judiciais dispõem de todas as ferramentas necessárias (rol amplo de direitos fundamentais, largo sistema de controle de constitucionalidade, sobreposição de funções do Supremo Tribunal Federal) para chamar para si a responsabilidade de resolver assuntos pertinentes aos demais poderes, ao argumento de vencê-los em legitimidade e capacidade institucional. Tudo isso acrescido, claro, de todo o arcabouço teórico disposto a dar suporte às interpretações baseadas em princípios e valores constitucionais, com destaque para a doutrina de cunho neoconstitucionalista, marcadamente no aspecto relativo à substituição da legalidade pela constitucionalidade.

## 1.6 Ativismo Judicial e Judicialização da Política

Importa diferenciar ativismo e judicialização, antes de seguir para o próximo capítulo, pois são conceitos próximos. A judicialização da política é a transposição da pauta política do poder legislativo ou do executivo ao judiciário, em que questões costumeiramente decididas por estas instâncias – dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas<sup>210</sup> – passam a reverberar no âmbito da atividade jurisdicional, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial<sup>211</sup>. Trata-se de um processo de transferência do poder decisório, da “expansão da seara dos tribunais ou dos juízes à custa de políticos e/ou administradores”<sup>212</sup>, mas que não necessariamente está relacionado a algum tipo de conduta proativa do órgão julgador e sim com a estrutura jurídico-constitucional que dá suporte a esse processo. Neste sentido, a judicialização da política costuma também estar associada à expansão da jurisdição constitucional, amparada na ampliação dos sistemas de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, aliada a um texto constitucional generoso em matéria de direitos fundamentais. Todo este desenho institucional facilita a transferência de decisões sobre temas politicamente

<sup>209</sup> VIEIRA, O. V. Op. cit., p. 178.

<sup>210</sup> HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 139.

<sup>211</sup> FERREJOHN, J. Judicializando a política, politizando o Direito. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-96.

<sup>212</sup> VALLINDER, T. A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15.

controvertidos às instituições judiciais, uma vez que por vezes o significado e a extensão desses direitos despertam profunda divergência na sociedade. Ademais, circunstâncias político-institucionais também facilitam esse processo de judicialização e fortalecimento dos tribunais, como a fragmentação política, a disfuncionalidade do legislativo e o interesse de classes políticas dominantes num judiciário forte que se pronuncie sobre temas politicamente controvertidos, como parte de uma estratégia de “redirecionamento de culpa”.<sup>213</sup>

Em termos práticos, uma instituição judicial pode proferir uma decisão dentro de um caso de judicialização da política, sem, entretanto, incorrer em algum tipo de ativismo judicial. É o caso das diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que o Supremo Tribunal Federal enfrenta diariamente, em que a Corte é chamada para se pronunciar sobre a constitucionalidade de algum dispositivo de lei à luz de uma regra constitucional sobre, por exemplo, direito de propriedade. Se a inconstitucionalidade for flagrante, de modo que há clara incompatibilidade entre o texto constitucional e a lei impugnada, não há ativismo judicial de parte do Supremo Tribunal Federal ao tornar nula a legislação, ainda que uma parcela considerável da população possa julgar inadequada a posição tomada sob o aspecto teleológico. É possível que alguém sustente que o Supremo Tribunal Federal tenha adotado uma postura liberal demais, ou intervencionista demais, mas não necessariamente se poderá taxar a decisão de ativista se a regra constitucional aplicável era clara.

No entanto, por outro lado entende-se que uma decisão ativista quase sempre implica num processo de judicialização da política, uma vez que ativismo pressupõe ou uma interpretação criativa do direito, de modo a se aproximar de uma atividade legislativa, ou a invasão no núcleo essencial do poder executivo ou legislativo – não sendo essas alternativas excludentes entre si. Neste sentido, em certa medida sempre haverá um grau de judicialização da política na tomada de alguma decisão ativista, porque o juiz se substituirá na posição do legislador ou do administrador, incorrendo em alguma sorte de debate político. A bem da verdade, a experiência jurisprudencial mostra que esses fenômenos costumam caminhar juntos. É

---

<sup>213</sup> A transferência do poder decisório do legislativo ao judiciário pode beneficiar a própria classe política, haja vista que isto possa significar que arenas parlamentares não precisem decidir sobre temas desgastantes, ou seja, temas altamente controversos cuja repercussão do voto do membro do legislativo pode vir a desqualificá-los perante seu eleitorado. É o que Hirschl definiu como transferência de batatas quentes, realizada deliberadamente pelo legislativo com a intenção calculada de transferir a responsabilidade sobre o processo decisório, livrando-se de eventual ônus político ou do próprio despreparo a pronunciar-se a respeito de questões complexas: “O cálculo da estratégia de ‘desvio de culpas’ é bem intuitivo. Se a delegação de poderes pode aumentar a legitimidade e/ou reduzir a culpabilidade dos políticos como resultado da decisão política do órgão colegiado, então tal delegação pode beneficiar os políticos. No mínimo, a transferência de ‘batatas quentes’ políticas para os tribunais oferece um abrigo conveniente aos políticos que não tem têm vontade nem capacidade de solucionar contendas públicas dentro da esfera política.”. HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 165.

o caso da jurisprudência da fidelidade partidária, do controle judicial do processo legislativo, da concessão de mandados de injunção à míngua de inequívoca previsão constitucional de uma norma de eficácia limitada, da contínua restrição jurisprudencial às imunidades parlamentares formais (imunidade em relação ao processo e à prisão), da restrição à legitimidade para figurar na linha sucessória da presidência da República, entre outros episódios. Toma-se, também como exemplo, a concessão judicial de medicamentos amparada no direito à saúde do artigo 196 e 198 da Constituição Federal e no princípio da dignidade da pessoa humana (entre outros argumentos possíveis). Neste caso, a conduta ativista do juiz reside na criação de um direito ao fármaco pretendido pelo jurisdicionado. É uma decisão ativista que também pode ser taxada de judicialização da política, no caso de judicialização de políticas públicas, uma vez que estão em jogo competências gerenciadas pelo poder executivo, que dentro do seu grau de discricionariedade irá dispor de uma soma orçamentária específica para a compra de medicamentos.

Naturalmente, em maior ou menor medida uma decisão judicial será política. Tomando emprestada a justificativa de Kelsen em face da crítica aos tribunais constitucionais, seria equivocada atribuir ao exercício da jurisdição uma natureza completamente apolítica. Se for enxergada a essência da política na resolução de conflitos de interesses em jogo, encontrar-se-ia razoavelmente em toda sentença judiciária um elemento decisório, um elemento de exercício de poder.<sup>214</sup>

Entretanto, o que se destaca da judicialização da política é que tribunais decidem sobre temas de natureza politicamente controvertida, tais como a extensão da liberdade de culto religioso e de expressão, direitos de igualdade, privacidade e reprodução, políticas públicas relativas à justiça criminal, imigração, entre outros aspectos<sup>215</sup>. O que distingue esses temas, portanto, é a qualidade que eles têm de despertar profundas divergências na sociedade, de modo que tradicionalmente são objetos de debates calorosos no âmbito parlamentar.

Há um ponto central nessa discussão que merece ser enfatizado, relativamente à judicialização da política e os temas politicamente controvertidos. De certa forma, essa reflexão também se aplica ao ativismo judicial, sobretudo quando há a sobreposição de ambos os fenômenos. Em geral, uma sociedade democrática é erigida de maneira plural, de modo que mesmo pessoas razoavelmente sensatas que a compõem divergirão profundamente sobre os mais variados aspectos da vida pública e privada de uma comunidade. Elas, de boa-fé, divergirão

---

<sup>214</sup> KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 251.

<sup>215</sup> HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 140.

sobre direito de propriedade, liberdade de expressão, liberdade de culto religioso, aborto, liberdade econômica, financiamento de campanhas, entre outras temáticas. São os chamados desacordos morais razoáveis.

Assim, é possível que todos os cidadãos que vivam sob um mesmo regime democrático possam reconhecer que a existência da democracia por si só pressupõe a admissão de certos direitos à minorias e maiorias, mas certamente não acharão consenso em identificar quais são esses direitos e a extensão que eles possuem.<sup>216</sup> Neste ponto, a judicialização da política se torna problemática à medida que instituições judiciais pretendem oferecer uma resposta a esses desacordos, tomando decisões em espaços fechados e minoritários sobre assuntos que dizem respeito e dividem um alto contingente populacional.

De acordo com Ran Hirschl, a judicialização da política expandiu seu escopo em nível global e passou a incluir “a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver”, que definem e dividem comunidades inteiras, o que chama de “judicialização da megapolítica”. Ao passo que na judicialização da política são levados aos tribunais divergências sobre direitos fundamentais, garantias processuais, temas de justiça criminal, entre outras questões, a judicialização da megapolítica consiste, a seu turno, no pronunciamento judicial acerca de temas centrais para uma nação, como a judicialização de processos eleitorais, controle do planejamento macroeconômico e da segurança nacional, chancelamento de transição de um regime político e a própria definição cultural de uma comunidade.<sup>217</sup>

São alguns exemplos interessantes neste sentido: a definição das eleições presidenciais dos Estados Unidos da América em 2000 (*Bush vs. Gore*<sup>218</sup>), em que a Suprema Corte decidiu o resultado do pleito a favor de George Bush através de um litígio por recontagem

---

<sup>216</sup> Criticando o *judicial review* e o que chama de critério da democracia vinculado à resultados, Waldron diz que “como uma constituição é formulada para contemplar pessoas que sustentam pontos de vista fundamentalmente divergentes (e não somente a respeito da justiça), esta não pode ser a base sobre a qual se escolhe. Utilizando um critério vinculado ao resultado, um liberal (libertarian) buscará os procedimentos de participação que maximizem a sua perspectiva de uma legislação justa, conforme seus próprios padrões de liberdade de mercado, enquanto um social-democrata buscará assegurar procedimentos de participação que maximizem a perspectiva de uma legislação com um forte viés igualitário que visa à coletividade. Como poderiam eles, juntos, formular uma estrutura política que contemple as suas diferenças políticas e ideológicas? A única forma de se fazer isso é por meio de um acordo a respeito de um ponto de vista que possa ser apoiado por todos sobre os resultados que são buscados. No entanto, considerando-se como ponto de partida a divergência entre eles, torna-se necessários que se lance mão de procedimentos decisórios para que se obtenham tais resultados.” WALDRON, J. O *judicial review* e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. BIGONHA, A. C. A.; Moreira, L. (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 258.

<sup>217</sup> HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 140-146.

<sup>218</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Bush v. Gore**, 531 U.S. 98, 2000.

dos votos; a judicialização dos planos macroeconômicos no caso da Suprema Corte da Argentina, que apreciou a constitucionalidade do plano de pesificação proposta pelo governo em face da crise econômica que assolou o país em 2001; a chamada certificação constitucional na África do Sul com o fim regime do *apartheid*, em que a Corte Constitucional chancelou o novo texto constitucional em 1996 após haver rejeitado a primeira proposta de texto apresentada pelo poder constituinte originário; o envolvimento da Suprema Corte do Canadá no status bilíngue do país e no futuro político de Quebec; e, o mais emblemático de todos os casos, as reiteradas decisões da Suprema Corte de Israel sobre o conceito de o que é ser judeu, a fim de verificar quais hipóteses se subsumiam às normas que estabeleciam uma série de direitos ao povo judeu (Lei do Retorno e Lei da Cidadania).<sup>219</sup>

Na maioria desses casos, chama a atenção que a intervenção judicial é legitimada através da superação da chamada doutrina da questão política<sup>220</sup>, à medida que tribunais enfrentam temas explicitamente políticos e rejeitam a hipótese de adotar postura de autocontenção nessas circunstâncias<sup>221</sup>. Neste sentido, é possível afirmar que há uma sobreposição entre os conceitos de judicialização da megapolítica e ativismo judicial para os fins deste trabalho, uma vez que necessariamente nestes episódios haverá uma intervenção judicial dentro dos limites de outros poderes, não se tratando apenas de uma consequência de um desenho institucional favorável à judicialização.

De todo modo, ainda que hajam eventuais sobreposições, certo é que é possível divisar os contornos próprios do ativismo judicial e da judicialização da política. O primeiro se reporta à uma conduta proativa dos juízes na interpretação do direito e na invasão do núcleo essencial dos demais poderes, ao passo que o segundo se trata de uma transferência do poder

---

<sup>219</sup> Sobre a decisão da Suprema Corte de Israel, Hirschl destaca o voto do presidente da corte proferido no caso, chamando atenção para a linguagem política (e não jurídica) da sentença: “A nação judaica é uma só. Ela está dispersa pelo mundo, em comunidades. Quem se converteu ao judaísmo em uma dessas comunidades no exterior aderiu à nação judaica, e deve ser visto como um “judeu” de acordo com a Lei do Retorno. Isto pode encorajar a imigração para Israel e manter a unidade da nação judaica na Diáspora e em Israel.” HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009. p. 160.

<sup>220</sup> Sobre a doutrina da questão política, Hirschl explica que “a referência aqui é a um conjunto de standards adotados por tribunais em certos períodos da história constitucional dos EUA para demarcar os limites de sua competência para apreciar questões que, por sua natureza política, por expressa determinação legal/constitucional ou por questões prudenciais, devem ser resolvidas exclusivamente pelos poderes eleitos. Em um sentido mais geral, essa expressão é muitas vezes utilizada em textos de língua inglesa para designar qualquer posicionamento jurisprudencial adotado por tribunais para isolar certas questões como “políticas” e, portanto, insuscetíveis de apreciação judicial”. *Ibid.*, p. 146.

<sup>221</sup> O autor traz como célebre exemplo da superação da questão política o julgamento da Suprema Corte do Canadá no caso *Operation Dismantle v. A Rainha*, onde a Corte decidiu por unanimidade que “quando um caso levanta a questão de se ações executivas ou legislativas violam a Constituição, a questão deve ser respondida pela Corte, não importando o caráter político da controvérsia [...] Disputas de natureza política ou de política exterior podem ser apropriadamente analisadas pelas cortes”. *Ibid.*, p. 150.

decisório da instância legislativa e executiva em favor do judiciário, provocada grosso modo por fatores institucionais, normativos e políticos.

### 1.7 Síntese do Capítulo I

Ao longo do capítulo I viu-se que o termo ativismo judicial toma forma na primeira metade do século XX, nos Estados Unidos, e hoje pode designar uma série de condutas. Essencialmente, utilizou-se o termo ativismo em dois sentidos complementares. O primeiro, no sentido de uma interpretação demasiadamente proativa de magistrados sobre a lei, geralmente a partir de enunciados difusos. O segundo, no sentido de uma incursão nas funções essenciais dos outros poderes. Viu-se que essa conduta do poder judiciário costuma ser amparada pela doutrina através dos postulados neoconstitucionalistas, que sustentam uma participação proeminente do poder judiciário em face dos demais poderes. Neste particular, viu-se que o ativismo judicial apresenta efeitos deletérios em relação à separação de poderes uma vez que vai de encontro aos seus dois principais fundamentos: contenção do abuso de poder e especialização funcional. Também viu-se que o ativismo judicial se relaciona com dois outros fenômenos: a expansão da jurisdição constitucional e a judicialização da política. O primeiro, em razão de a adoção de textos constitucionais extensos e ambiciosos, somado ao fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade, terem gerado o ambiente adequado para uma pluralidade considerável de atores judiciais decidirem sobre temas de extrema relevância para a vida pública e privada, geralmente implicando em invasão sobre esfera típica de atribuição do poder executivo ou legislativo. O segundo, em razão de uma decisão ativista quase sempre implicar em judicialização da política, uma vez que ativismo judicial pressupõe ou uma interpretação excessivamente criativa do direito, de modo a se aproximar de uma atividade legislativa, ou uma invasão no núcleo essencial do poder executivo ou legislativo, de modo que o juiz se substituirá na posição do legislador ou administrador quando tomar decisões sobre algum tema de natureza política.

No próximo capítulo, será demonstrado como essas teorias que dão suporte ao ativismo judicial se manifestam especialmente dentro da doutrina administrativista. Para tanto, será realizada uma análise da evolução das hipóteses de controle judicial do ato administrativo, dentro de um contexto de constitucionalização do direito administrativo, profusão do uso de princípios, vinculação à juridicidade administrativa e redução da discricionariedade do gestor público em favor de maiores atribuições de controle ao poder judiciário.

## 2. Capítulo II: A Evolução do Controle Judicial do Ato Administrativo

Relativamente ao poder executivo, em regra o ativismo judicial se materializa através do intenso controle jurisdicional dos atos administrativos. Nem todo controle judicial dos atos administrativos é ativista. Ao contrário: o controle é necessário para que não haja usurpação de competências e exercício ilegal de poder. A atuação da Administração Pública é balizada pela legalidade e, naturalmente, pelo próprio texto constitucional. Quando há ofensa a esses preceitos, decorre da própria lógica constitucional a autorização para que o poder judiciário aja e corrija os ilícitos perpetrados pelo administrador. É da natureza do próprio sistema de separação de poderes a existência desse tipo de contrapeso. No entanto, é tributária da mesma lógica a regra que institui uma esfera de discricionariedade reservada à Administração Pública para agir conforme o seu juízo, ainda que este juízo seja exercido limitadamente dentro dos parâmetros exigidos pelo ordenamento jurídico. Em tese, as decisões tomadas com fundamento nessa esfera de discricionariedade são menos suscetíveis ao controle jurisdicional. Reforça-se: menos suscetíveis, e não insuscetíveis.

Isto porque se ao poder judiciário fosse dada a prerrogativa de, sem limites, revisar os atos discricionários da Administração Pública, estaria agindo como se Administração Pública fosse. Não é saudável para uma República erigida sobre a noção de separação de poderes que juízes tomem decisões sobre assuntos reservados ao poder executivo. Não por preciosismo de forma, mas por boas razões que já foram exploradas no capítulo anterior e continuarão a ganhar destaque nos próximos. A uma porque implicaria em usurpação de poderes, com todas as implicações aí envolvidas, a duas porque as instituições judiciais não são dotadas de *pedigree* democrático e expertise técnica própria para o processo decisório da Administração Pública. Usando da linguagem coloquial, é dizer que as instituições judiciais não estão “na ponta”, no dia-a-dia da Administração Pública, para tomar decisões em nome dela.

Sem embargo, avançam na doutrina brasileira – com algum nível de correspondência nos tribunais – as teses dispostas a dar legitimidade a um controle amplo dos atos administrativos, balizado por princípios, conceitos indeterminados, pela lógica da razoabilidade, entre outros critérios. A doutrina saiu de uma posição mais tímida, de defesa do controle da estrita legalidade do ato, e incorporou uma postura mais audaciosa de revisão judicial do mérito do ato administrativo, de modo a atribuir ao poder judiciário um papel mais proeminente na

topografia constitucional a pretexto de fazer valer diretamente os valores constitucionais quando não forem observados pelos gestores públicos, a despeito das esferas de discricionariedade administrativa. Neste contexto, o paradigma da legalidade administrativa dá lugar ao conceito de juridicidade administrativa, ampliando as hipóteses de controle jurisdicional da Administração Pública, com fundamento em conceitos jurídicos pouco claros.

Este fenômeno é a materialização de uma retórica neoconstitucionalista aplicada ao direito administrativo. É, quando praticado, ativismo judicial. Trata-se, essencialmente, de uma disputa pelo poder deliberativo do estado com as vestes – por vezes bem-intencionadas, cabe ressaltar – de um discurso jurídico de proteção do texto constitucional. Afinal, ninguém quer ferir a Constituição. De modo que se revela árdua a tarefa de propor uma maior autocontenção judicial neste terreno, sobretudo em tempos bicudos, tomando empréstimo da expressão de Oscar Vilhena Vieira<sup>222</sup>, de um poder executivo federal propenso a flertar com autoritarismos. No entanto, nenhuma usurpação merece guarida no Estado Democrático de Direito; nem executiva, nem judicial.

Este segundo capítulo visa deitar as principais noções introdutórias sobre controle da Administração Pública, para, em seguida, avaliar a evolução doutrinária do conceito de controle do ato administrativo, desde a ideia de legalidade estrita até a ideia de juridicidade, fundamentada em princípios e valores constitucionais. Tudo para, no próximo capítulo, oferecer um contraponto teórico a essas teses, a partir da doutrina da deferência à Administração Pública.

## 2.1 Formas Históricas de Controle da Administração Pública: França e o debate Dicey vs. Hauriou

Na França revolucionária do final do século XVIII, o ato do poder executivo não poderia ser revisto pelo poder judiciário em observância rígida ao princípio da separação dos poderes, fruto da crescente influência do liberalismo político que lançou as bases teóricas para a ação revolucionária. Em consequência disso, foi concebida uma instância contenciosa própria da atividade administrativa, o que Vasco Pereira da Silva denomina de “pecado original” (essa visão sobre o nascimento autoritário do direito administrativo não é a única, como se verá), de modo a instituir uma situação paradoxal na qual, em nome da separação da atividade administrativa e jurisdicional, inicia-se um processo de diferenciação entre essas funções. O “pecado original” do

---

<sup>222</sup> VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018. p. 15.



contencioso administrativo francês teria sido, portanto, a concepção de um “juiz doméstico”. A Administração é alçada ao papel de juiz em causa própria, vez que julga seus próprios litígios. Em face disso, o berço do estado liberal nasce com a conjugação de identidades tipicamente liberais, como a observância estrita à separação de poderes, tributária da ideia de limitação do poder político, e autoritárias, expressadas, sobretudo na forma de funcionamento e controle da Administração.<sup>223</sup> É assim que o Conselho de Estado, órgão pioneiro em matéria de jurisprudência administrativa, será considerado instituição diretamente descendente do Conselho do Rei do Antigo Regime.<sup>224</sup>

Do ponto de vista político, essa interpretação radical do princípio da separação de poderes tinha fundamento numa desconfiança do poder constituinte revolucionário em relação ao poder judicial, que, composto majoritariamente pela nobreza, havia desempenhado papel destacado ao intervir nos assuntos político-administrativos do Antigo Regime com poderes de veto e censura, instrumento de controle administrativo de significativa amplitude. Cientes disso, após a conquista do poder os revolucionários buscaram conter o avanço institucional do poder judicial em relação aos poderes constituídos na nova ordem política, a partir da separação total entre as atividades estatais. Justificações de caráter político-ideológicas eram dadas no sentido de que a proibição dos tribunais de controlarem a Administração encontraria razão na nobre missão então conferida à Administração Pública, de diminuir as distinções de classes que o poder real não havia obtido êxito em fazer.<sup>225</sup>

Neste contexto, para Vasco Pereira da Silva a invocação do princípio da separação de poderes estava a serviço da facilitação dos poderes executivos após a revolução francesa, mas não propriamente do ideário liberal abstratamente considerado. Há distância entre teoria e prática, neste caso. Isto é, não se prestava propriamente a concretizar a ideia de contenção da usurpação do poder, justamente porque na prática misturava a atividades de julgar e administrar, em contrariedade às admoestações de Locke e Montesquieu. No entanto, algumas gradações a esse modelo se sucederam no passar dos anos, de modo que a atividade de juiz-administrador deixou de ser realizada pelas mesmas autoridades, dentro dos mesmos órgãos onde haviam sido originados os litígios. Foram desenvolvidos órgãos especializados para os litígios

<sup>223</sup> SILVA, V. M. P. D. P. da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 11-20.

<sup>224</sup> Ibid., p. 27. Neste mesmo sentido, em 1908 o constitucionalista inglês Albert Dicey diria que “todo traço da fábrica governamental napoleônica traz de volta alguma característica da monarquia antiga; o seu Conselho de Estado revive o Conselho do Rei, os seus Prefeitos são cópias dos Intendentes reais”. No original “[...] every feature of Bonaparte’s governmental fabric recalls some characteristic of the ancient monarchy; his Conseil d’État revives the Conseil du Roi, his Prefects are copies of the royal Intendants”. DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Liberty Fund: Indianapolis, 1982, p. 218)

<sup>225</sup> SILVA, V. M. P. D. P. da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 19-23.

administrativos, até culminar na concessão de maior autonomia ao Conselho de Estado em 1872, espécie embrionária de tribunal administrativo, já dotado de relativa capacidade de controle da Administração Pública, consolidando um modelo “meio-administrativo, meio-jurisdicionalizado”.<sup>226</sup>

A partir da jurisprudência do Conselho de Estado começa a tomar forma a própria noção de direito administrativo e controle judicial dos atos administrativos, com particular destaque para o caso Agnès Blanco, quando o Tribunal de Conflitos remeteu o caso de uma criança que havia sido atropelada por um trem de uma empresa pública para o Conselho de Estado, reconhecendo que a justiça administrativa era a única competente para conhecer do caso. No acórdão, foram decisivas as teses de afastamento de incidência da legislação civilista, uma vez que, tratando-se de empresa pública, o Estado estava sujeito a um regramento especial que se destinava a conciliar as necessidades dos serviços públicos com os direitos dos particulares.<sup>227</sup>

Segundo Pereira da Silva, imperava o paradigma de que o regime jurídico-administrativo era voltado majoritariamente à consecução dos objetivos estatais, ou seja, era um Direito da Administração, em detrimento de uma ideia de Direito dos Administrados em face do Estado.<sup>228</sup> Ainda que o desfecho do caso tenha sido no sentido de obrigar o Estado a fornecer uma indenização, o que pode ser considerado avançadíssimo para a época<sup>229</sup>, o reconhecimento da competência exclusiva da jurisdição administrativa também implicou no afastamento das normas que colocavam estado e particulares em posição de igualdade.<sup>230</sup>

No entanto, pondera-se, há outras narrativas sobre essa sucessão de transformações do estado e de origem do direito administrativo na França. Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, por exemplo, contestam a ideia de nascimento autoritário da lei administrativa. Para os administrativistas, “é historicamente insustentável a afirmação de que o Direito Administrativo possuiria raízes autoritárias”, porquanto essa leitura desdenha a importância simbólica da legislação revolucionária e ignora a influência do próprio iluminismo característico do período histórico:

O reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que se submete à lei e não ao soberano ou ao Direito tradicional-costumeiro do medievo torna-o sem dúvida alguma num instrumento de libertação e não somente de dominação. O reconhecimento da felicidade como um direito individual (primeiro por meio da abstenção do Estado, depois pela intervenção) – como se pode extrair já do Preâmbulo da Declaração dos

<sup>226</sup> Ibid., p. 31-33

<sup>227</sup> SILVA, V. M. P. D. P. da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35

<sup>228</sup> Ibid., p. 36-37.

<sup>229</sup> FARIA, E. F. de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 75

<sup>230</sup> SILVA, V. M. P. D. P. da. Op. cit., p. 36-37.

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – retrata também uma novidade sem precedentes.<sup>231</sup>

No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho em artigo de 1998 já destacava que a jurisprudência administrativa francesa não teve origem na tentativa de criação de um juiz em causa própria, uma vez que desenhado para ser separado da “Administração ativa”, e que o “Conselho de Estado alicerçou, historicamente, jurisprudência no sentido de amplo controle dos atos administrativos, especialmente, através dos recursos de excesso de poder”.<sup>232</sup>

O ponto principal é que o direito administrativo não teve origem em raízes autoritárias “justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior”, criado a partir de um contexto de destruição da Administração do Antigo Regime, criação de uma administração racional e transformação dos princípios filosóficos subjacentes ao período revolucionário, como “primado da lei, separação entre autoridades administrativas e judiciárias, liberalismo político e promoção da igualdade formal”, além da “construção de um sentido de interesse público desconhecido para o Antigo Regime”.<sup>233</sup>

Não se pretende aderir de maneira comprometida a nenhuma das duas vertentes, mas tão só demonstrá-las para fins de contextualização histórica. A despeito dessa controvérsia, brevemente introduzida, interessa mesmo nesta fase do desenvolvimento do direito administrativo a discussão travada entre o constitucionalista inglês Albert Van Dicey e o administrativista francês Maurice Hauriou no final do século XIX acerca dos modelos de controle da Administração Pública. Naturalmente, a diferença entre os dois começava pelo fato de a Inglaterra não possuir um regime jurídico-administrativo, tampouco uma jurisdição administrativa, haja vista a singularidade da experiência francesa.<sup>234</sup> Sequer havia, conforme consigna Dicey, uma tradução equivalente para o termo *droit administratif* no vernáculo inglês. Nem a tradução ao pé da letra – *administrative law* – soava familiar aos operadores do direito na

<sup>231</sup> GABARDO, E.; HACHEM, D. W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 158-159.

<sup>232</sup> BACELLAR FILHO, R. F. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, 1998. p. 71.

<sup>233</sup> GABARDO, E.; HACHEM, D. W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 170.

<sup>234</sup> A despeito de ter sido concebido na França, o *droit administratif* já havia sido relativamente difundido pela Europa continental ao tempo que Dicey escreveu suas críticas a esse sistema. No entanto, é especialmente contra a fórmula francesa que Dicey centra seu fogo argumentativo. DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Liberty Fund: Indianapolis, 1982. p. 213-214.

Inglaterra, fato que simbolizava o não reconhecimento do instituto e seus princípios estruturantes.<sup>235</sup>

A principal diferença entre o *droit administratif* e o sistema jurídico inglês residiria na incompatibilidade entre a ideia de *rule of law* e um direito especial para o estado e seus servidores. A ideia de *rule of law* materializava o princípio político liberal de igualdade perante a lei, o que parecia polarizar com a concessão de prerrogativas especiais ao estado e seus membros. O direito administrativo francês, dizia Dicey, se fundava essencialmente em dois pilares. O primeiro, que os funcionários do estado estavam investidos de uma função representativa que acompanhava uma série de prerrogativas especiais oponíveis contra os particulares. Esse conjunto de prerrogativas necessariamente carregaria identidades distintas daquelas regras e princípios que regeriam horizontalmente as relações entre dois particulares. Mesmo as regras entre um particular e o Estado seriam distintas e estariam marcadas pelo signo da verticalidade, uma vez que ao indivíduo lidando com o estado não se aplicam as mesmas normas aplicáveis às relações travadas entre vizinhos.<sup>236</sup>

O segundo pilar do direito administrativo francês seria a supracitada concepção heterodoxa de separação dos poderes, na qual nenhum poder pode interferir no outro – de nenhuma forma – para que não haja usurpação. Mais especificamente, significava que tal como os juízes devem ser inamovíveis e independentes, devem os membros do governo ser independentes da jurisdição dos tribunais enquanto estiverem no exercício da função.<sup>237</sup> A função não velada dessa invocação ao princípio da separação de poderes seria a velha ideia, praticada pelo Antigo Regime e ora pelos revolucionários, de aumentar o poder governamental através da diminuição da autoridade jurisdicional.<sup>238</sup>

Da combinação dessas duas pedras de toque resultariam as características que formam o sistema de direito administrativo francês: instituição de uma diferença entre a lei comum e a lei administrativa; o afastamento da jurisdição comum sobre litígios envolvendo particulares e o estado, assegurada a remessa de processos dessa natureza para instâncias administrativas de alguma forma ligadas ao governo; e a tendência despótica de proteger os atos administrativos praticados pelos servidores do estado em face da supervisão e controle da jurisdição.<sup>239</sup>

---

<sup>235</sup> Ibid., p. 213-215.

<sup>236</sup> DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Liberty Fund: Indianapolis, 1982. p. 215.

<sup>237</sup> Ibid., p. 216-220.

<sup>238</sup> Ibid., p. 220.

<sup>239</sup> Ibid., p. 223-224.

Esta última característica estaria especialmente associada à imunidade dos atos do governo, promovida pela legislação francesa. O ordenamento jurídico francês reconhecia que uma série de atos estava imune da revisão jurisdicional e mesmo da revisão administrativa, por se tratarem de atos tipicamente políticos. Políticas de segurança pública nacional, política externa, subscrição de tratados, imigração, entre tantos outros, eram temas considerados fora da jurisdição administrativa e geral, reservados exclusivamente à discricionariedade do governo francês. Seriam atos de estado, ou atos de governo. Daí porque não poderiam ser revistos por instâncias externas e tampouco os funcionários do governo responsabilizados por praticá-los. O ápice dessa noção de imunidade governamental se encontrava no artigo 75 da Constituição francesa de 1800, que instituiu que nenhum oficial de governo poderia ser processado pelos seus atos oficiais sem a permissão do Conselho de Estado, órgão que, na visão inglesa de Dicey, se confundia com o próprio governo.<sup>240</sup>

Alguns anos depois, Hauriou contestou que, em maior ou menor medida, todos os estados modernos possuem funções administrativas e formas de controle da Administração, sem necessariamente essa função estar investida de um regime jurídico próprio. O que os diferencia, então, é a concessão de um regime especial associado a uma jurisdição, não havendo contradição apriorística entre o estado de direito (*rule of law*) e o *droit administratif*. Isto porque, no seu ver, as funções administrativas consistiriam na satisfação de necessidades de ordens públicas e prestação de serviços públicos em geral, elementos comuns entre os mais variados países europeus. Um estado pode assumir essas funções sem confiar a elas um regime especial, como é o caso da Inglaterra, onde os agentes estão sob o controle dos tribunais e sujeitos a lei comum, podendo o judiciário fazer-lhes determinações. Daí não haver necessidade de uma jurisdição administrativa, sem que disso resulte que não haja função administrativa.<sup>241</sup>

No caso da França, as funções administrativas são confiadas especialmente ao poder executivo, por decorrência da evolução do princípio da separação de poderes. Isto tem por consequência a submissão dos agentes administrativos às suas autoridades hierárquicas, não aos tribunais comuns; a autoexecutoriedade dos atos administrativos em relação aos cidadãos, sem que haja necessidade de autorização prévia do judiciário; a impossibilidade de os cidadãos forçarem os agentes administrativos a agir de determinada forma através de decisões judiciais; a existência de dois tipos de leis, leis comuns e administrativas e, por consequência, de duas

---

<sup>240</sup> Ibid., p. 225-227.

<sup>241</sup> HAURIOU, M. **Précis de Droit Administratif**. Paris: Librairie du Recueil Général des Lois Et Arrêts, 1893. p. 1. APUD AMARAL, D. F. do. **Curso de Direito Administrativo**, v. I, Coimbra: Almedina, 2006. p. 119.

jurisdições correspondentes asseguradas por um tribunal de conflitos.<sup>242</sup>

Para Hauriou, portanto, esse sistema se justifica pela centralização das funções administrativas sob a autoridade legal do poder executivo, ao invés de relegá-la a outro poder estranho às funções administrativas, como o judiciário. Este arranjo institucional corresponderia a uma evolução histórica, uma vez que todos os países da Europa que possuem sistema administrativo um dia já tiveram algo parecido com o sistema inglês. Por isso a sua ideia de que tenha sido pela “evolução e diferenciação de poderes que a mudança ocorreu”.<sup>243</sup>

Marcadamente, o debate travado entre os dois reflete uma polarização de visões acerca das formas de controle da Administração Pública. A importância da reconstituição – ainda que breve – desse debate reside na tentativa de demonstrar algumas das raízes que justificariam a ausência completa de controle judicial da Administração Pública, ou uma atuação mais intensa contra a Administração Pública. Na primeira frente, tem-se uma ideia largamente temerária de inexistência de controle judicial, sob as vestes de um discurso que exalta as credenciais políticas dos atores de governo. Certamente esse modelo “puro” não se presta a evitar usurpações e abusos de poder. Pelo contrário, cria uma margem de maior de arbitrariedade na medida que retira do judiciário a função de corrigir ilegalidades do executivo e entrega esse ofício a um órgão da própria Administração.

De outro lado, parece correto afirmar que ambos os sistemas – inglês e francês – possuíam função administrativa e, ainda que em diferentes graus, uma forma de submissão da Administração à lei, sendo a diferença entre eles apenas a concessão de regime próprio e a instituição de uma jurisdição administrativa. Neste particular, parece que o erro de Dicey foi ter reduzido a ideia de *droit administratif* à existência de uma jurisdição administrativa, misturando um elemento de direito material com outro de organização judiciária, porquanto na Inglaterra já haviam leis que regulassem especialmente os poderes de autoridades administrativas.<sup>244</sup>

Como bem observa o português Diogo Freitas do Amaral, Hauriou acertou – ou fez uma previsão não intencional – ao dizer que historicamente os países com regime administrativo passaram por uma fase de jurisdição judicial única, evoluindo depois para um regime misto. Isto porque essa evolução haveria de ter lugar futuramente na Inglaterra, por mais que em menor grau. Mesmo com diferenças significativas, de modo a ser difícil afirmar a existência de uma aproximação, certo é que na atualidade a Inglaterra adotou os chamados *administrative tribunals*

<sup>242</sup> Ibid., p. 120

<sup>243</sup> Ibid., p. 121. No original: “C’est donc par une évolution et une différenciation des pouvoirs que s’est produit le changement”.

<sup>244</sup> HAURIOU, M. **Précis de Droit Administratif**. Paris: Librairie du Recueil Général des Lois Et Arrêts, 1893. p. 1. APUD AMARAL, D. F. do. **Curso de Direito Administrativo**, v. I, Coimbra: Almedina, 2006. p. 122.

e a França aumentou consideravelmente as hipóteses nas quais as relações entre privados e estado estão submetidas ao controle judicial. No entanto, nem os *administrative tribunals* se assemelham à jurisdição francesa, tendo em vista que a administração inglesa se mantém plenamente submetida ao controle dos tribunais comuns, nem o controle administrativo francês se deslocou da jurisdição administrativa, eis que apenas cresceu o número de casos em que o estado age sob a égide do direito privado, de modo a eventualmente estar submetido tribunais comuns.<sup>245</sup>

## 2.2 Controle deferente do ato administrativo

Com as transformações do direito administrativo, também mudaram significativamente as posições doutrinárias a respeito dos limites do controle judicial do ato administrativo. Se antes predominava certa orientação de autorrestrrição judicial em algumas circunstâncias, hoje são numerosas as hipóteses de revisão judicial dos atos administrativos e menores, por consequência disso, as posições que adotam uma ideia de deferência às escolhas da Administração Pública. Atualmente, este entendimento mais ortodoxo de controle jurisdicional do ato administrativo limitado aos aspectos das formalidades legais vem perdendo força, num contexto de maior ativismo judicial legitimado pela própria doutrina administrativista e constitucionalista. Fala-se em controle de razoabilidade, de constitucionalidade, de juridicidade, enfim, novos parâmetros de controle do ato administrativo, para além da simples legalidade enquanto critério balizador da incursão do poder judiciário no mérito da decisão do gestor.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> Ibid., p. 124-126.

<sup>246</sup> A exemplo disso, em 2016 foi conduzido uma interessante pesquisa de monografia no âmbito da Escola de Direito FGV Rio, da acadêmica Thaís Barberino do Nascimento, orientada pelo professor Eduardo Jordão, que captou justamente uma diminuição de produções científicas na área de Direito Administrativo que defendessem algum tipo de deferência à Administração Pública, especificamente no âmbito da Revista de Direito Administrativo da FGV. A pesquisa centrou-se em analisar artigos publicados na Revista desde 1988, após a promulgação da Constituição Federal, e constatou que desde 2001 não havia sido publicado mais nenhum artigo que assumisse uma postura mais restritiva de controle judicial dos atos administrativos. A hipótese da pesquisa era de que após 1988 a doutrina tinha passado a defender um controle judicial mais intensivo (menos deferente), a partir dos princípios constitucionais consagrados, e que mais recentemente havia diminuído essa tendência, de modo que estaria ressurgindo uma doutrina de caráter mais restritivo. A hipótese não se confirmou. Não houve um período de refluxo, ao menos não nas publicações da Revista de Direito Administrativo da FGV. Ao contrário, a tendência foi de produção científica voltada a justificar um controle judicial cada vez mais intenso. Entre 1988 e 2001 ainda foram produzidos artigos que defendiam uma postura mais restritiva do controle judicial da Administração Pública, relativamente à temas específicos, como comissão examinadora de concursos públicos, remoção voluntária de servidor público, revisão de atos dos Tribunais de Contas, declaração de disponibilidade de funcionário público, até distribuição de recursos orçamentários para segurança pública. Ainda, as razões para justificar um controle judicial dos atos administrativos, em 1988, se voltavam mais às questões de competência. Depois, foram assumidas razões de forma, finalidade, controle por conceitos jurídicos indeterminados, até alcançar as razões de conveniência e oportunidade do mérito do ato administrativo. Convém ressaltar que, tal como esse trabalho, a pesquisa

No princípio era a legalidade. A doutrina tradicional trabalhava essencialmente com a possibilidade de controle de legalidade dos atos administrativos, quer fossem eles vinculados ou discricionários, e os parâmetros de controle formal se dirigiam essencialmente à forma, competência e, embora ainda de forma tímida, à parte material da finalidade e motivo para averiguar não ter havido desvio de finalidade e desvinculação dos motivos que supostamente teriam originado o ato, tendo estas duas últimas hipóteses florescidas a partir da influência da jurisprudência administrativa francesa.

Grosso modo, havia certo consenso de que a análise do mérito do ato poderia implicar em violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que o poder judiciário estaria se pondo no lugar da Administração Pública. Destarte, a revisão judicial deveria ser formal, não material, a examinar o preenchimento de requisitos estruturais do ato administrativo – os elementos do ato. Como observa Emerson Gabardo, até meados de 1980 imperava a noção de que o princípio da legalidade implicava a vinculação precisamente à lei, no sentido de legalidade positiva. Somente depois, em razão da influência do neoconstitucionalismo, passou-se a falar em legalidade em sentido amplo, com a ideia de vinculação da atividade administrativa ao direito, de modo que o agente não estaria mais preso à lei em sentido formal, mas ao conjunto de valores presentes no ordenamento jurídico como um todo.<sup>247</sup>

O fato é que, para a doutrina “tradicional”, o papel do judiciário seria não avaliar a conveniência e oportunidade de uma decisão administrativa, mas de perquirir se a Administração observou os deveres legais de forma básicos para expedir o ato. Na prática, o exame de legalidade abarcaria verificar se quem praticou o ato detinha competência para tanto, se a forma de veiculação do ato condizia com a previsão legal, se o objeto era de interesse público e não uma dissimulação de interesse privado, se as razões fático-jurídicas eram verdadeiras e idôneas, e se a finalidade se adequava àquilo buscado pela legislação.<sup>248</sup> É o que será chamado de controle moderado (ou deferente) do ato administrativo, da perspectiva da doutrina tradicional, enquanto oposto à um controle ativista – ou não deferente.

No entanto, é preciso ressaltar que não se trata de uma doutrina imóvel no tempo. Ao

---

consolidada na FGV se destinava a analisar o posicionamento doutrinário através do exame de publicações científicas, não de tribunais a partir da análise de jurisprudência. NASCIMENTO, T. B. do. **Evolução do controle judicial da administração pública pós-88**: uma análise por meio da RDA. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2016.

<sup>247</sup> GABARDO, E. A flexibilização da legalidade mediante o prestígio de uma ideia equivocada de eficiência e uma visão nihilista da separação dos poderes. In: HACHEM, D. W.; GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (Coord.). **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Homenagem ao professor Romeu Felipe Barcellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016. p. 211.

<sup>248</sup> TORRES, J. **Controle judicial da Administração Pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 45.



contrário, como se verá, a adoção de teorias novas da jurisprudência administrativa francesa transformará significativamente a doutrina, no sentido de autorizar mais hipóteses de controle judicial do ato administrativo, fundadas nos elementos do ato. Eduardo Jordão inclusive destaca que nesse período a doutrina evoluiu para um controle cada vez mais amplo, justamente pelo fato de aderir à novas teses francesas.<sup>249</sup> No entanto, o que se nota de modo geral é uma linha de deferência aos limites do controle judicial, em respeito ao mérito do ato administrativo reservado ao gestor público.

A exemplo do posicionamento de Miguel Seabra Fagundes, em artigo datado de 1951, para quem o juiz não deveria ingressar no mérito do ato administrativo sob pena de substituir-se na figura do administrador. Haja vista a separação constitucional de funções, o papel das instituições judiciais se restringiria a conter os demais poderes nos exatos limites do ordenamento jurídico. O ato administrativo, no caso, se revestiria de um procedimento da Administração vinculado à juízos de circunstâncias perceptíveis apenas ao administrador, de uma escolha entre soluções de conveniência e oportunidade pertencentes ao terreno da política, sendo defeso, portanto, a penetração judicial nesta seara por faltar aos membros do judiciário o conhecimento de causa suficiente para realizar esse tipo de apreciação. Para Seabra Fagundes, em essência, o “mérito está no sentido político do ato administrativo” e é característica típica dos atos administrativos discricionários, especialmente relativo à constituição dos motivos e objetos do ato, firmados pelo administrador. O jurista chega a admitir que o mérito se traduziria numa “apreciação quase pessoal dos agentes sobre certos fatos”, algo de certo modo inadmissível pela doutrina atual.<sup>250</sup>

Quando se tratasse de atividade de competência vinculada, a revisão judicial seria apenas para assegurar a consecução do único caminho legal previsto pela lei. Isto porque quando a Administração expedisse ato vinculado à uma predeterminação legal, já se encontraria esgotado o conteúdo político (mérito) da vontade estatal, expressada adequadamente pelo legislador no devido fórum deliberativo. Neste caso, a única opção disposta ao administrador seria a de executar o comando formado pelo poder legislativo. Na eventualidade de não o fazer, caberia a intervenção judicial para corrigir a disfunção.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 361.

<sup>250</sup> FAGUNDES, M. S. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, mar. 1951. p.1-2.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 7-8.

André Bueno da Silveira dá conta de que julgados do Supremo Tribunal Federal, proferidos em época contemporânea ao pensamento de Seabra Fagundes, corroboram justamente o entendimento de que não caberia ao poder judiciário ingressar no mérito dos critérios de oportunidade e conveniência adotados pela Administração Pública<sup>252</sup>, perfilhando dessa visão mais tradicional que entendia que o controle de atos administrativos se bipartia em polos estanques e excludentes de legalidade e mérito, de modo que ficava afastada do poder judiciário a prerrogativa de apreciar o mérito do ato administrativo, deixando-o reservado às escolhas do gestor público<sup>253</sup>.

Certo é que não se trata de uma visão radical, vez que reconhece que mesmo os atos discricionários padecem de controle judicial, por mais que limitados aos aspectos de legalidade. Ademais, Seabra Fagundes admite que o uso abusivo do poder discricionário, de maneira que exorbite da esfera de ação livre do gestor, autoriza a intervenção judicial. Neste caso, não se trataria de um exame propriamente da zona interna de discricionariedade, mas da extrapolação dessa zona de modo a configurar uma arbitrariedade. Ou seja, não seria um exame do mérito, mas do excesso, de uma prática administrativa exercida além da zona de discricção reservada ao administrador público.<sup>254</sup> Ao fim e ao cabo, seria um abuso de competência<sup>255</sup>, elemento estrutural do ato administrativo. Nestas hipóteses, o poder de controle judicial não estaria destinado a dizer se o ato foi bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno, razoável ou irrazoável, mas a declará-lo ilegal porque desbordante dos limites imposto pela legalidade. As demarcações dessa linha – de competência – já teriam sido traçadas pelo legislador, de modo que o administrador estaria adstrito a elas mesmo exercendo um poder discricionário.<sup>256</sup>

Cabe também mencionar que, conforme registra Victor Nunes Leal, o caso pioneiro de controle judicial dos atos administrativos discricionários foi relatado próprio Miguel Seabra Fagundes, então na condição de desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no julgamento da Apelação Cível nº 1.422 de 28/07/1948, que discutia a possibilidade de o poder

<sup>252</sup> SILVEIRA, A. B. da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, dez. 2017. p. 113-114.

<sup>253</sup> MORAES, G. de O. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 43.

<sup>254</sup> FAGUNDES, M. S. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-19, jan./mar. 1951. 11-12.

<sup>255</sup> Em sentido similar, lecionava Tácito: “O desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.”. TACITO, C. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-74, out. 2005. p. 65.

<sup>256</sup> FAGUNDES, M. S. Op cit., p. 12.

judiciário rever ato de autoridade estadual de trânsito que havia fixado horário de tráfego para uma determinada companhia de ônibus de modo a colocá-la em prejuízo, em benefício de outra empresa concorrente. Unanimemente, o Tribunal anulou o ato por desvio de poder, reconhecendo que buscava finalidade estritamente particular em detrimento do interesse público de bom funcionamento do serviço, razão pela qual a lei havia concedido competência discricionária ao agente.<sup>257</sup>

Em José Cretella Júnior, em artigo datado de 1965, também se encontra posicionamento parecido. O mérito do ato administrativo encerraria um conteúdo de conveniência e oportunidade inexaminável pelo poder judiciário em qualquer circunstância. No entanto, o que se admite é a possibilidade de exame do mérito do processo administrativo, que consistiria em avaliar eventual equívoco na apreciação de provas ou se a aplicação da lei se deu de forma viciada, falsa ou errônea. Para chegar nessa conclusão, Cretella Júnior propõe essa diferenciação entre mérito do ato administrativo e mérito do processo administrativo.<sup>258</sup>

O mérito do processo administrativo residiria na legalidade do procedimento, dita de outra forma. O mérito do ato administrativo estaria na valoração da decisão a ser tomada, a partir do binômio conveniência-oportunidade, onde o administrador pondera sobre hora, lugar, dia, razoabilidade, equidade, justiça, economia, acerto, moralidade, entre outros fatores. Seria o exame das variáveis políticas típicas dos atos discricionários, que se diferenciam dos atos vinculados justamente porque no caso destes últimos já se esgotou na esfera legislativa o aspecto político ou optativo da vontade estatal, tal como apregoadado por Seabra Fagundes. Desse modo, se a Administração valorasse em termos de conveniência e oportunidade ante um ato vinculado, estaria invadindo o terreno da legalidade.<sup>259</sup> Estaria, e estas são palavras do autor desta dissertação, invadindo terreno do poder legislativo haja vista que não haveria mais alternativa à Administração senão obedecer ao comando do parlamento.

Em Cretella Júnior, a exigência de uma diferenciação entre mérito do processo e do

---

<sup>257</sup> LEAL, V. N. Reconsideração do Tema do Abuso de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, dez. 2013. Nov. 2019. p. 195. Em comentário similar, o ex-ministro Velloso registrou no prefácio da 7ª edição da obra de Seabra Fagundes sobre o controle dos administrativos que “o acórdão de Seabra foi o pioneiro, no Brasil, na apreciação dos atos discricionários pelo Poder Judiciário. Até então, a discricionariedade era encarada como tabu e com fetichismo pelos tribunais, que se recusavam a enfrenta-la. O acórdão inovou na jurisprudência brasileira, tanto que Victor Nunes Leal deixou expresso que ele rompeu com ‘a praxe reiterada dos nossos tribunais que sempre declararam os atos discricionários insuscetíveis de apreciação jurisdicional, sem aprofundar a questão da possível arbitrariedade poder discricionário”. VELLOSO, C. M. da S. Prefácio à 7ª edição de **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, de Miguel Seabra Fagundes, 2005, p. 7-8 APUD BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 204-205.

<sup>258</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jun. 1965. p. 37.

<sup>259</sup> *Ibid*, p. 31-34.

ato administrativo se justifica pela necessidade de não abarcar um conceito amplo de mérito do ato, de modo que o judiciário possa revisá-lo a partir de noções de oportunidade e conveniência. Isto implicaria na destruição campo divisor entre os poderes, principalmente por acarretar numa intervenção do judiciário no conteúdo verdadeiramente político.<sup>260</sup>

Em outro texto de Cretella Júnior, denominado *Teoria do Ato de Governo*, tem-se uma postura ainda mais favorável à Administração Pública com a defesa da existência de atos de governo insuscetíveis de revisão judicial. Para o administrativista, estes atos seriam aqueles que, por sua condição especial, escapam de revisão judicial não por exceção ao princípio da legalidade, mas por exceção à competência do juiz. Geralmente são atos expedidos em circunstâncias de crise, excepcionais, que exigem da Administração atuação enérgica. Consistem, grosso modo, de uma decisão de alta política, geralmente relativa à defesa do estado e da sociedade das perturbações dos ataques de inimigos internos e externos. No entanto, apesar da discricionariedade do ato político ser maior do que aquela conferida ao ato administrativo, esse encontra limite nas prerrogativas individuais, liberdades públicas e direitos subjetivos públicos, cuja ultrapassagem autoriza a incursão judicial.<sup>261</sup>

Themístocles Brandão Cavalcanti, em 1966, iria adotar posição semelhante ao diferenciar o sistema brasileiro de jurisdição e aqueles dotados de instância administrativa contenciosa, sendo estes últimos mais tendentes a revisar atos administrativos para além da conformidade com a lei. O sistema brasileiro, entretanto, seria algo mais cauteloso no que toca ao controle jurisdicional dos atos, sendo vedado o exame de oportunidade. Mesmo no âmbito da teoria do abuso de poder – que permite perquirir a finalidade do ato – deveria haver certa postura de autorrestrição judicial, uma vez que a análise do conteúdo dos atos da Administração colocaria o poder judiciário na condição de árbitro da ação administrativa. Em posição crítica, Cavalcanti entende que no Brasil havia uma confusão entre análise da legalidade do ato e a teoria do abuso de poder, “forçando-se a mão” para criar uma doutrina de análise judicial do mérito.<sup>262</sup>

Todavia, inspirado na jurisprudência francesa, o autor adota posição embrionária da teoria dos motivos determinantes no sentido de que caberia ao poder judiciário examinar os motivos do ato, principalmente em caso de lesão de direitos, uma vez que envolvem questão de legalidade. Se as razões de direito e de fato invocadas para produzir algum ato administrativo se revelarem equivocadas, falsas ou inexistentes, estará afetado o aspecto da legalidade do ato

---

<sup>260</sup> Ibid, p. 28.

<sup>261</sup> CRETELLA JUNIOR, J. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 95, jul./set. 1987. p. 73-79.

<sup>262</sup> CAVALCANTI, T. B. O Princípio da Legalidade e o Desvio de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 149-155, dez. 2013, 2019. p. 151-152.

porque diz respeito a uma insuficiência de elemento estrutural do ato administrativo. Assim, estaria autorizada a intervenção judicial para corrigir o vício de ilegalidade<sup>263</sup>.

Victor Nunes Leal compartilhava entendimento próximo a essa linha mais restritiva, ainda que com algumas ressalvas, em 1981. O jurista reconhecia não haver atos propriamente discricionários, mas aspectos discricionários dos atos administrativos, consistentes no binômio oportunidade-conveniência. Por exemplo, todo ato administrativo, ainda que discricionário, deve obedecer aos pressupostos formais de competência, porque deve emanar da autoridade legalmente habilitada. Por consectário lógico, não se poderia falar na existência de atos imunes ao controle jurisdicional, mas sim de alguns aspectos dos atos – a discricionariedade – inatingíveis pela revisão judicial. Atos completamente insuscetíveis somente existiriam em circunstâncias próprias de países que mantêm a categoria chamada de atos de governo ou em períodos de exceção revolucionária<sup>264</sup>, onde muitos atos estariam afastados do conhecimento de tribunais.<sup>265</sup>

No mesmo passo de Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal reconhece que a prática exorbitante de ato discricionário contraria a legalidade, nomeadamente quando a expedição do ato administrativo discricionário não coincidir com a finalidade prevista na lei, do que resultaria o desvio de finalidade ou desvio de poder. No entanto, para o ato ser reputado ilegal, essa previsão legal deve ser específica.<sup>266</sup>

Ainda, adotando também a teoria dos motivos determinantes, Victor Nunes Leal reconhece que o controle judicial dos atos administrativos pode examinar os motivos que levaram o agente a produzir determinado o ato. No entanto, em posição mais reticente, entende que a verificação da realidade dos motivos só ocorre quando a Administração os divulga em público. Isto porque, nos chamados atos discricionários nem sempre os motivos necessitam ser publicizados, uma vez ser livre a valorização da autoridade. A partir do momento que os motivos são divulgados, torna-se possível a verificação da sua existência real e, por corolário lógico, a sua

<sup>263</sup> Ibid., p. 153-154.

<sup>264</sup> LEAL, V. N. Reconsideração do Tema do Abuso de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, dez. 2013. 189- 190. Vale mencionar que dificilmente há nessa assertiva de Leal alguma forma de justificativa jurídica do regime militar de 1964, uma vez que o próprio jurista foi aposentado compulsoriamente em 1969 pelo Conselho Nacional de Segurança, junto com os ministros Hermes Lima e Evandro Lins. O ex-ministro já era conhecido pela sua militância em favor da legalidade, em movimento liderado por Sobral Pinto na defesa da eleição e posse de Juscelino Kubitschek, que enfrentava ameaças de golpe militar. Ainda, é conhecida e reconhecida a sua clássica e avançada obra sobre a constituição das relações de poder no Brasil, denominada Coronelismo, enxada e voto. FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “Cortes” Victor Nunes, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, jan. 2013. p. 24.

<sup>265</sup> LEAL, V. N. Reconsideração do Tema do Abuso de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, dez. 2013. p. 188-192.

<sup>266</sup> Ibid LEAL, V. N. Reconsideração do Tema do Abuso de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, dez. 2013. p. 194.

revisão em caso de incoerência entre os motivos anunciados e a realidade concreta.<sup>267</sup>

Em sentido similar caminha a tradicional doutrina administrativista de Hely Lopes Meirelles, cuja primeira edição é de 1964, mas que hoje se encontra revisada e atualizada sob a égide da Constituição Federal de 1988. Meirelles entendia que o controle dos atos administrativos seria destinado a examinar a legalidade das condutas do poder público, como um meio de preservação dos direitos individuais, quer fossem direitos públicos ou privados. Também poderia o judiciário atuar para coibir a conduta omissa da Administração Pública, quando importasse no descumprimento de comandos legais e constitucionais que determinassem uma obrigação de fazer em certo sentido. Ademais, mesmo os atos discricionários estariam sujeitos à revisão judicial, nomeadamente a respeito do preenchimento de seus requisitos formais e se não teriam desbordado em arbitrariedades ilícitas.<sup>268</sup>

No entanto, o mérito do ato administrativo seria matéria infensa à revisão judicial. Consistiria numa análise de eficiência, resultado, conveniência e oportunidade, típica da própria Administração Pública ou do poder legislativo, neste último caso quando estiver constitucionalmente previsto, tal como está nos incisos IX e X do artigo 49 da Constituição Federal, que atribuem ao Congresso Nacional a competência exclusiva de apreciar as contas e planos do poder executivo, além de fiscalizar sua atuação.<sup>269</sup> Essas atribuições, como se vê, estão associadas às características políticas das instituições que, para Meirelles, estariam habilitadas a fazer o controle do mérito dos atos administrativos, dentro de uma análise de eficiência, resultado, conveniência e oportunidade.

Interessante, ainda, é que sua doutrina sustenta que os atos discricionários também poderiam sofrer uma espécie de controle de razoabilidade/proporcionalidade, para examinar se, ao tomar uma decisão, a Administração Pública não teria agido arbitrariamente, uma vez que “o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido”. Não são usados propriamente os termos razoabilidade ou proporcionalidade, mas se infere a partir da consideração de que atos discricionários praticados de forma arbitrária devem ser anulados. Logo, o poder judiciário deveria primeiro examinar se o ato *sub judice* realmente ostentava uma natureza discricionária, para depois avaliar se a discricção não teria resultado em alguma sorte de arbitrariedade.<sup>270271</sup>

---

<sup>267</sup> Ibid., p. 193-194

<sup>268</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 845-846.

<sup>269</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 799.

<sup>270</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 847.

<sup>271</sup> Como se verá nas próximas seções, esta lógica se aproxima da ideia de deferência constituída pela doutrina *Chevron*, consistente num exame judicial de dois passos similar ao raciocínio exposto por Meirelles, o primeiro referente à natureza da norma, o segundo referente à interpretação levada a cabo pelo gestor público.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles ainda sustenta a diferenciação entre atos administrativos e atos políticos. Em edições passadas, era adotado um posicionamento de que os atos políticos eram completamente imunes ao controle judicial. No entanto, esse posicionamento foi revisto e ora se desloca para uma posição mais intermediária, de defender uma apreciação judicial “com maiores restrições”.<sup>272</sup> Atos políticos seriam atos tipicamente governamentais, não apenas de administração, e consistiriam na condução dos negócios públicos numa zona de ampla liberdade (conveniência e oportunidade) de sua realização, onde não há uma forte incidência de critérios jurídicos pré-determinados.<sup>273</sup>

Todos os poderes, em alguma medida, os praticariam. Como quando o executivo nomeia ministro de estado ou veta projeto de lei com base em interesse público, quando o legislativo aprova contas e cassa mandatos, ou mesmo quando o poder judiciário delibera pela criação de tribunais inferiores e escolhe quadros para compor o quinto constitucional, dentre advogados e membros do Ministério Público.<sup>274</sup> São todos exemplos de atos tipicamente políticos, cuja valoração dos seus motivos é infensa de revisão judicial.

Por força da inafastabilidade do poder judiciário, estaria autorizada a apreciação da natureza do ato e eventualmente das “consequências perante o direito individual do postulante”, sem que haja uma verificação dos fundamentos políticos do ato depois de verificada sua natureza política. Ou seja, constatado se tratar de ato essencialmente político, seria defeso “adentrar seu conteúdo e valorar seus motivos”.<sup>275</sup> Naturalmente que, tal como os atos discricionários, Meirelles sustenta que a natureza política do ato por si só não lhe garante imunidade jurisdicional, tendo que se examinar se a expedição do ato não tenha se excedido no tocante aos limites do poder discricionário.<sup>276</sup>

No caso do célebre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, verifica-se uma posição intermediária. No campo da clássica divisão entre atos vinculados e discricionários, Bandeira de Mello delinea a extensão do controle judicial ao estabelecer duas premissas sobre a discricionariedade. A primeira, que a lei que concede abstratamente uma zona de discricionariedade ao agente assim o faz para que seja encontrada uma solução pertinente ao caso concreto, adequada às características da norma, de modo que seja atingida a sua finalidade. Por consequência, a discricionariedade não configura uma liberdade de conduta, haja vista que a existência de mais de uma solução abstrata contida na norma não significa que todas as soluções

<sup>272</sup> MEIRELLES, H. L. Op. cit., p. 848-849

<sup>273</sup> Ibid., p. 849.

<sup>274</sup> Ibid., p. 849.

<sup>275</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 849.

<sup>276</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 850.

sejam adequadas para o caso concreto. A segunda premissa é que a lei pode instaurar uma possibilidade de discricção, mas não uma certeza que essa zona de discricionariedade existirá na realidade prática. Isto porque a configuração do caso concreto no qual a norma seja aplicável pode amoldá-la de tal maneira que reste apenas uma única decisão a ser tomada pelo administrador.<sup>277</sup> Assim, o mérito do ato administrativo consiste no campo de liberdade composto por duas ou mais soluções admissíveis, adstrito ao exato atendimento da finalidade legal.<sup>278</sup>

Disso resulta uma consequência relevante sobre o controle judicial do ato administrativo, nomeadamente de que não basta que o agente alegue agir dentro de uma esfera de discricionariedade para evitar a revisão judicial, de modo que o juiz poderá cotejar as hipóteses normativas em abstrato com o caso concreto, em exame de razoabilidade, para aferir se o agente agiu de acordo com a finalidade da norma e com as circunstâncias reais do caso. Daí segue que pode o juiz concluir que, mesmo em face da existência de discricionariedade, a providência tomada pelo agente se revelou incabível, caso tenha frustrado a finalidade da legislação.<sup>279</sup> Não fosse a ressalva a seguir, seria possível deduzir que esse posicionamento implica reconhecer que caberá ao juiz decidir qual é escolha adequada a ser eleita dentro do leque de opções possíveis, oferecido pela lei que institui uma zona de discricionariedade ao agente.

No entanto, e aí entra o ponto intermediário de sua posição, Bandeira de Mello sustenta que esse tipo de revisão judicial é legítimo quando da ocorrência de circunstância concreta onde não for eleita a solução que a inteligência normal, razoável, aponte como adequada em face dos termos e da finalidade que presidem a existência da norma. Caso diferente emerge quando não for possível identificar pacífica e incontroversamente uma única solução idônea, isto é, circunstância em que desponte como admissível mais de uma opinião razoável dentro do processo de tomada de decisão na seara administrativa.<sup>280</sup>

Nesse caso haverá legítima discricionariedade do agente, consistente na margem para escolher, mediante critérios de razoabilidade, um entre dois comportamentos cabíveis em face do caso concreto, de modo adotar a solução que mais se adequa à finalidade legal, quando “por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a solução vertente.”. Em face disso, a

<sup>277</sup> MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 991.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 993.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 992.

<sup>280</sup> MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 993.



interpretação judicial do sentido da lei não estaria ferindo o mérito do ato administrativo, mas declarando os contornos da discricionariedade, recolhendo a significação possível sobre o texto normativo em relação ao contexto.<sup>281</sup>

O controle pode se dar também em circunstâncias em que o ato é praticado com fundamento em conceitos indeterminados, termos vagos, dentro das zonas de certeza positiva e certeza negativa. Ainda que possa a legislação vir acompanhada de expressões fluidas, para Bandeira de Mello, é possível divisar aquilo que é certo que é (zona de certeza positiva) e aquilo que é certo que não é (zona de certeza negativa) o comando da lei. Mesmo em face de conceitos indeterminados, o agente não está autorizado a usar inteligência desarrazoada, atribuindo, por exemplo, o atributo de “notável saber” à pessoa notoriamente desprovida dessa característica.<sup>282</sup>

A doutrina de Bandeira de Mello parte de uma noção de controle judicial dos atos administrativos vinculada à legalidade estrita, através do exame jurisdicional da finalidade que reveste a norma. Em suas palavras, consiste numa tarefa de “desvendar uma vontade que preexiste no próprio Direito Positivo”, sendo “o meio específico e próprio de identificar os confins da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade, noção cardeal do Estado de Direito”.<sup>283</sup>

Ainda, torna claro que o judiciário não tem o papel de eliminar a discricionariedade, em exercício de apreciação subjetiva. Este, de conveniência e oportunidade, ainda permanece exclusivo do agente e “indevassável pelo juiz, sem o que haveria a substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes”.<sup>284</sup>

Por esta razão parece que sua doutrina se afigura como um posicionamento intermediário entre posições mais moderadas, consolidadas antes da Constituição de 1988 e ainda não orientadas pela nova configuração constitucional, e menos deferentes (ativistas) firmadas após 1988, como se verá.

### 2.3 Constitucionalização do direito administrativo, neoconstitucionalismo e juridicidade administrativa

A ideia de constitucionalização do direito administrativo é o verdadeiro terreno fértil

---

<sup>281</sup> Ibid., p. 1001.

<sup>282</sup> Ibid., p. 1.004-1.014.

<sup>283</sup> MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1018-11019.

<sup>284</sup> Ibid., p. 1.020.

onde vicejam as teorias de controle mais intenso da atividade administrativa. Trata-se de um fenômeno ambíguo, porque em parte é concreto, em outra é retórico. É concreto porque, de fato, a Constituição de 1988 elevou à dimensão constitucional um variado leque de regras especiais de direito administrativo. Ademais, a consolidação da Constituição enquanto documento dotado de força normativa teve o condão de conformar a interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional através das lentes constitucionais. São fenômenos que decorrem da envergadura da Constituição, frutos de um amadurecimento institucional e democrático, deferente às escolhas do poder constituinte originário.

Em contraponto, entende-se que há uma natureza retórica – de cunho neoconstitucionalista – na exacerbação desse processo de constitucionalização, propagado com a finalidade de recrudescer os instrumentos de controle judicial e apoiado numa imagem pejorativa e generalizante de Administração Pública. Já se falou no capítulo I de como esses arquétipos da política vêm acompanhados de uma visão idealizada das instituições judiciais e negativa das atividades legislativas e administrativas. Neste terreno em particular, a invocação do processo de constitucionalização do direito administrativo costuma servir para dar vazão a um controle fundado na divergência interpretativa entre judiciário e Administração, quando não com base em conceitos jurídicos indeterminados extraídos explícita ou implicitamente da Constituição. Como observa Eduardo Jordão, a “constitucionalização do direito administrativo consiste, nestes casos, num mecanismo de ampliação da intervenção judicial – e, a rigor, de transferência de poder das autoridades administrativas para o Poder Judiciário”.<sup>285</sup> A nova abordagem constitucionalista do direito administrativo conduziu à adoção de teses neoconstitucionalistas, com todas as implicações aí embutidas.<sup>286</sup>

De modo que é imperativo frisar, uma vez mais, que as observações seguintes não se destinam a legitimar uma esfera livre de controle, tampouco negar os avanços promovidos pelo arranjo constitucional. O propósito é oferecer uma perspectiva crítica, fundada na valorização da separação de poderes, no sentido de analisar como parte da doutrina interpreta essas mudanças para dentro do direito administrativo em detrimento das prerrogativas da Administração Pública.

A constitucionalização do direito administrativo se materializa essencialmente de duas maneiras, já brevemente mencionadas. A primeira, através da reafirmação constitucional

---

<sup>285</sup> JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 357.

<sup>286</sup> CADEMARTORI, L. H. U.; OLIVEIRA, V. C. Constitucionalização Do Direito Administrativo e a Sindicabilidade Do Ato Discricionário. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, jul. 2016. p. 171.

dos princípios e regras norteadores do direito administrativo, que já existiam desde a Constituição de 1934, mas que não haviam recebido tanto detalhamento e completude quanto na Constituição Federal de 1988. As normas tipicamente relativas à Administração Pública passaram a gozar de status constitucional e se tornaram garantias dos administrados diante do estado, com a finalidade de conter o arbítrio estatal. Em face disso, o gestor público se vê constricto e vinculado não somente à lei, mas também às normas constitucionais de direito administrativo.<sup>287</sup>

A exemplo disso, a Constituição Federal de 1988 disciplina princípios gerais de direito administrativo, regras de vencimentos, proventos e pensões de servidores públicos, prestação de serviços públicos, previsão de licitação como condição para celebração de contratos administrativos, aumento das hipóteses de desapropriação, extensão da regra de responsabilidade civil objetiva aos particulares prestadores de serviços públicos, atos de improbidade administrativa, previsão de órgãos reguladores das atividades telecomunicação e petróleo, arrolamento dos bens da União e dos Estados, amplo leque de medidas judiciais de controle da Administração Pública em relação aos interesses difusos e coletivos, tais como ações populares, ação civil pública e mandado de segurança coletivo.<sup>288</sup>

A segunda nuance da constitucionalização do direito administrativo diz respeito a um fenômeno mais largo, de constitucionalização dos códigos de forma geral. Ou seja, não apenas algumas regras de direito administrativo foram movidas para dentro do texto constitucional, como o próprio texto passou a ser reitor do ordenamento jurídico, fazendo valer sua posição superior na hierarquia piramidal do direito. Para Di Pietro, a constitucionalização de valores e princípios foi causa de uma intensificação da constitucionalização do direito administrativo, uma vez que eles passam a orientar a atuação dos três poderes do estado. No caso da Administração Pública, este processo é sentido através da limitação da discricionariedade não só pela legalidade em sentido estrito, mas pelos valores e princípios consagrados na Constituição, que constituiriam a legalidade em sentido amplo, como liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.<sup>289</sup>

Trata-se de um fenômeno sobretudo hermenêutico, que leva a cabo o paradigma

---

<sup>287</sup> Ibid., p. 174.

<sup>288</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 5.

<sup>289</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 5-7.

segundo o qual os princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas os gerais; não só os explícitos, mas os implícitos – se irradiam e conformam todo o sistema jurídico, dotando de força normativa preceitos constitucionais como dignidade da pessoa humana e preservação dos direitos fundamentais em face da lei em sentido estrito<sup>290</sup>. Elevado às últimas consequências, pode significar a legitimação para que administradores deixem de aplicar a lei em nome de aplicar diretamente um princípio constitucional.<sup>291</sup>

Para Barroso, o fator essencial para a constitucionalização do direito administrativo foi a aplicação dos princípios constitucionais no direito público codificado, não apenas os princípios específicos da Administração Pública, encartados no artigo 37 da Constituição, mas, sobretudo os de caráter geral<sup>292</sup>, tais como dignidade da pessoa humana e igualdade. Para o jurista, há três mudanças paradigmáticas resultantes do processo de constitucionalização do direito administrativo.

A primeira, a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a começar pela distinção entre interesse público primário (interesse da sociedade, traduzido em valores como justiça e bem-estar social) e interesse público secundário (interesse fazendário, meramente estatal). Havendo conflito entre interesse público primário e secundário, caberia ao intérprete do direito ponderar os valores em jogo em face dos fatos e da normativa própria. A segunda alteração de paradigma se daria no campo da vinculação do administrador à Constituição e não apenas à legislação ordinária, de modo que a Administração poderia atuar com base diretamente em normativas constitucionais, sem mediação legislativa, havendo que se falar em substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade. A terceira mudança, e talvez mais importante, seria a autorização constitucional de controle judicial do mérito do ato administrativo. Há uma “superação” do entendimento tradicional sobre a revisão judicial, que concedia uma revisão dos atos somente no tocante aos aspectos formais (competência, forma e finalidade), não do mérito (motivo, objeto). A partir disso, princípios como moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade passam a autorizar a revisão da discricionariedade administrativa.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte. Fórum, 2008. p. 49.

<sup>291</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142.

<sup>292</sup> BARROSO, L. R. Op. cit., p. 49.

<sup>293</sup> BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte. Fórum, 2008. p. 49.

Um aspecto crítico que pode ser levantado, de antemão, é que esse chamado processo de constitucionalização do direito administrativo impactou sensivelmente a forma como a doutrina entende que o direito se aplica aos três poderes do estado. No entanto, esse impacto é distribuído desigualmente, privilegiando as instituições judiciais em detrimento dos poderes democraticamente constituídos.

Em Di Pietro, a exemplo disso, tem-se que o processo de constitucionalização resultou, para o legislativo, no dever de observação aos valores constitucionais sob pena de declaração de inconstitucionalidade dos seus atos; para o executivo, como já dito, na diminuição da discricionariedade em homenagem aos princípios constitucionais; para o judiciário, no entanto, o impacto teria resultado na ampliação do seu controle sobre as leis e os atos administrativos, através da interpretação dos valores consagrados na Constituição.<sup>294</sup> Em suas próprias palavras, Di Pietro sustenta em resumo que “os princípios e valores limitam a função legislativa e a administrativa e ampliam a possibilidade de controle judicial sobre as leis e os atos administrativos”.<sup>295</sup>

Na mesma linha, Barroso sustenta que a constitucionalização do direito trouxe para o legislativo a redução da sua liberdade de conformação de atos normativos e impôs-lhe deveres de atuação para a concretização de direito e programas constitucionais. Em face do executivo, esse fenômeno não só resultou na diminuição da discricionariedade, como vinculou o administrador público diretamente aos preceitos constitucionais. Para o judiciário, a constitucionalização serviu de parâmetro para o controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes – em nível incidental e por ação direta – e condicionou a interpretação do ordenamento jurídico.<sup>296</sup>

Na esteira dessas transformações, o paradigma da legalidade estrita a qual está vinculada a Administração Pública é substituído por conceitos como legalidade em sentido amplo ou juridicidade, que, a rigor, expressam o mesmo fenômeno, de supervalorização dos preceitos constitucionais. Há uma sobreposição da ideia de legitimidade e constitucionalidade com força de converter a natureza da própria legalidade, convertendo-a em juridicidade.<sup>297</sup>

---

<sup>294</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 5.

<sup>295</sup> Ibid., p. 6-7.

<sup>296</sup> BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. p. 13

<sup>297</sup> GABARDO, E. A flexibilização da legalidade mediante o prestígio de uma ideia equivocada de eficiência e uma visão niilista da separação dos poderes. In: HACHEM, D. W.; GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (Coord.).

Destaca-se a obra *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, de 1994, de Carmen Lucia Antunes Rocha – e a essa altura é importante saber a posição de nossos ministros – para quem os princípios constitucionais não são propriamente axiomas jurídicos, mas conceitos de dimensão tipicamente axiológica em virtude do conteúdo ético neles contidos, capazes de conformar a atuação da Administração Pública<sup>298</sup>. Como observa Emerson Gabardo, essa obra em particular figurou como um “marco simbólico de uma nova perspectiva interpretativa” em matéria de vinculação da Administração Pública.<sup>299</sup>

Na mesma linha dos juristas antes citados, Carmen Lucia Antunes Rocha destaca que o princípio da juridicidade figura como direito fundamental do cidadão e dever da Administração Pública, consistente na vinculação do gestor ao direito<sup>300</sup> como um todo, não à legalidade estrita do positivismo jurídico. Essa ideia toma particular relevo, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal, que declarou o Brasil um Estado Democrático de Direito e plasmou uma série de princípios gerais e específicos, explícitos e implícitos, aplicáveis à Administração.<sup>301</sup>

A consagração do princípio da juridicidade se dá a partir da busca pela legitimidade do sistema jurídico, em razão de a legalidade exclusivamente formal ter-se demonstrado insuficiente no mundo contemporâneo, incluindo ter estado a serviço de “ideologias fechadas” e “voltados ao benefício das coisas do poder”. Além de tudo, a lei formal contém a potencialidade do “veneno totalitário”, conforme teria demonstrado a experiência hitlerista. Isto porque a lei pensada no seu aspecto puramente estrito e formal não garante a humanidade da norma, conforme observado na aplicação das leis alemãs no período nacional-socialista.<sup>302</sup>

Assim, o repensar da legalidade conduziu à ampliação do seu conteúdo, de forma a integrá-lo à legitimidade como um “imperativo para a garantia da realização do princípio

---

**Direito Administrativo e suas transformações atuais.** Homenagem ao professor Romeu Felipe Barcellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016. p. 211-212.

<sup>298</sup> ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 32.

<sup>299</sup> GABARDO, E. Op. cit., p. 211.

<sup>300</sup> Em outra passagem, a jurista afirma que a Administração Pública se confunde com o próprio Direito no sentido de que “ela é o próprio Direito tornada movimento realizador de seus efeitos para intervir e modificar a realidade social sobre a qual incide. Em verdade, quem se submete ao Direito é o administrador público.”.

ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 82.

<sup>301</sup> ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 80-81.

<sup>302</sup> ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 106-108.

democrático”. Assim, o império da lei dá lugar ao “império da Justiça”, veiculado através dos ideais de justiça concebidos e aspirados pelo povo.<sup>303</sup>

Pretensamente, essa ideia de juridicidade é legitimada pelo fato de que há uma crise da lei em sentido estrito produzida pelo legislativo, de tal modo que deixa de ser o fundamento único da Administração Pública<sup>304</sup>. Chega-se a afirmar que essa crise, que se confunde com uma crise de legitimidade dos parlamentos, é um truísmo.<sup>305</sup>

Essa crise se desdobra em alguns acontecimentos como a inflação legislativa dos ordenamentos, criados por parlamentos ávidos de tratar de qualquer assunto imbuído do “mito positivista da completude do ordenamento jurídico”, de forma a banalizar o sentido da lei e tirar-lhe a credibilidade; a lei em sentido estrito também teria sido responsável pelas barbaridades históricas promovidas pelos regimes totalitários em ascensão no século XXI, já que não estaria vinculada à qualquer senso de moral e justiça; a lei teria deixado de ser a principal manifestação da vontade geral, na medida em que houve a ascensão do constitucionalismo, movimento vitorioso em face da falência do legalismo; uma série de mecanismos hoje permite que o poder executivo edite atos normativos suficientes para balizar a atividade administrativa, sem que seja necessário contar com a movimentação do poder legislativo; e o poder legislativo já não tem assegurada uma atuação independente, haja vista que o executivo é dotado de capacidade suficiente para controlar a sua agenda através da reserva de iniciativa de leis, trancamento da pauta do Congresso e formação de sólidas bases parlamentares, no que se cogita até da perda do “sentido clássico” da separação de poderes.<sup>306</sup>

Segundo Binenbojm, a crise da lei formal e a emergência do neoconstitucionalismo conformou um novo pensamento sobre o direito administrativo, em que não se pode mais entender o funcionamento da Administração Pública balizado apenas pela estrita legalidade. Isto porque a atividade administrativa não se encontra vinculada somente à lei em sentido estrito, mas ao bloco de legalidade composto pelas leis, regulamentos gerais, setoriais e, sobretudo pela Constituição, com destaque para seu complexo sistema de princípios e regras, que passa a ser o elo de unidade do regime jurídico administrativo.<sup>307</sup>

---

<sup>303</sup> Ibid., p. 106-107.

<sup>304</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68.

<sup>305</sup> Ibid., p. 126.

<sup>306</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127-135.

<sup>307</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 141.

É dessa forma, de acordo com Binenbojm, que o paradigma da legalidade administrativa, ou da vinculação positiva à estrita legalidade, será alterado pela noção de vinculação administrativa à juridicidade, materialmente simbolizada através da substituição da lei pela Constituição como parâmetro de validade da atuação da Administração Pública. Ainda, essa parametrização constitucional se dá de forma direta, isto é, independente de mediação legislativa entre a Constituição e a Administração Pública, de modo que os valores constitucionais figuram como “fundamento primeiro” da atividade administrativa<sup>308</sup>, tendo a reserva vertical da lei sido substituído pela reserva vertical da Constituição<sup>309</sup>.

Daí que a vinculação administrativa ao princípio da juridicidade tem como resultado a Administração continuar a realizar-se segundo a lei, quando esta for constitucional, mas também podendo encontrar fundamento diretamente na Constituição, para além e independente da própria legalidade. Eventualmente, a atividade administrativa pode legitimar-se perante o direito e contra a lei, fazendo uma ponderação da legalidade com os princípios constitucionais, o que consistiria em “atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição”.<sup>310</sup>

O paradigma da juridicidade aparenta produzir uma redução da vinculação do administrador público, uma vez que, sob o pretexto de aplicar a Constituição, poderia o agente atuar com base em conceitos jurídicos flexíveis. No entanto, conforme vai apontar a doutrina, a tendência é o fortalecimento dos instrumentos de controle do judiciário, com a transferência de maiores poderes e da abertura de margem para maior subjetivismo judicial<sup>311</sup>, com a conseqüente diminuição das competências conferidas aos agentes públicos e o enfraquecimento da separação de poderes – com todas as conseqüências pormenorizadas no capítulo I.

Neste mesmo sentido, mesmo autores referências em matéria de estudo da juridicidade, como o português Paulo Otero, reconhecem que uma normatividade principialista fundada num texto constitucional compromissário e pluralista – como é o caso da Constituição brasileira – conduz a uma debilitação da segurança jurídica, além de reduzir o papel garantístico da lei. Isto porque gera um cenário em que cada grupo ou indivíduo

---

<sup>308</sup> Ibid., p. 141.

<sup>309</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 836  
APUD BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142.

<sup>310</sup> BINENBOJM, G. Op cit., p. 142.

<sup>311</sup> CYRINO, A. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017. p. 196-197.



insatisfeito com o resultado de uma decisão administrativa pode abrir litígios judiciais fundados na violação de princípios constitucionais vagos<sup>312</sup>. De modo que a Administração Pública se limitará a ser uma primeira instância de casos concretos, que, na sequência, serão objetos de revisão judicial.<sup>313</sup>

Otero ainda destaca que com esse fenômeno – de um sistema constitucional principialista capaz de conformar o próprio conceito de legalidade administrativa – opera-se o fornecimento de todo o “material genético” apto a eliminar os últimos vestígios da separação de poderes que polariza o poder político e o poder judicial, de modo a conduzir para um governo de juízes. É assim que, paradoxalmente, o pluralismo que funda a ordem constitucional dá origem a um modelo de dicção do direito que carece de credenciais político-democráticas.<sup>314</sup>

Ademais, esta invocação da crise do legislativo e da lei formal é recorrente na doutrina administrativista brasileira e se insere no contexto de declarar a ilegitimidade das instituições políticas, com o resultado – consciente ou não – de fortalecer a musculatura institucional do judiciário. O ponto é que a lei teria perdido seu prestígio e grandeza no momento em que se desvinculou dos ideais de justiça, de tal maneira que ora só serviria a interesses de facções partidários e corporações.<sup>315</sup> Chega-se a falar em politização da lei<sup>316</sup>, como se esse adjetivo – politização – fosse uma espécie de anormalidade estranha ao processo legislativo. Ou, em outros casos, que a crise da legalidade está associada ao fato de a lei votada ter deixado de ser enxergada como fruto da vontade geral, mas tão somente da vontade das maiorias parlamentares, por vezes inclusive controladas pelo executivo.<sup>317</sup>

### 2.3.1 Breve contraponto

<sup>312</sup> Essas circunstâncias institucionais geram episódios extremos, como a regulação judicial da nomeação de ministros de estado no Brasil, uma aparente tendência dos últimos anos, tendo acometido os governos Dilma Roussef, Michel Temer e Jair Bolsonaro, ainda que em diferentes graus de efetividade. Cf. MEDEIROS, I. K.; OLIVEIRA, C. L. de. *Cristiane Brasil e Principiologismo*. Juscatarina, s.p. 2018. Disponível em: <<https://www.juscatarina.com.br/2018/02/23/isaac-kofi-medeiros-cristiane-brasil-e-principiologismo/>>. Acesso em: 07/09/2019 e JORDÃO, E. Desvio de finalidade e ativismo judicial. *Jota*, s.p., 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/desvio-de-finalidade-e-ativismo-judicial-20042016.>>. Acesso em: 22/12/2019. e BRAND, V. B. *Quem vigia o vigilante? Uma análise judicialização do Poder Executivo brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

<sup>313</sup> OTERO, P. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 164-169.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>315</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 13.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>317</sup> MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

Aprofunde-se um pouco mais essa crítica, antes de avançar para a próxima seção. Como é comum nas teorias que padeceram do influxo do neoconstitucionalismo, e isso já foi bem explorado em outras seções, as instituições políticas e seus próprios institutos – a lei – são descritas da maneira mais desprestigiada possível, neste caso com o argumento de que com a superação do paradigma da legalidade estrita caberá ao judiciário fazer valer os valores consagrados na Constituição. Vale a pena chamar atenção a dois contrapontos, neste particular.

Em primeiro lugar, parece temerário afirmar que há uma crise da lei formal como fruto de uma desqualificação do poder legislativo e, em face disso, fortalecer os mecanismos de controle judicial. No mínimo, esta é uma tarefa para a Ciência Política e áreas correlatas. Pode ser que a ideia de crise legislativa seja intuitiva, e que essa intuição sirva para chegar a algumas conclusões razoáveis, mas não parece ser atribuição da Ciência Jurídica afirmar alguma sorte de crise dos parlamentos e, daí, deduzir que o judiciário estará dotado de maiores condições para aplicar o programa constitucional, com fundamento em valores e princípios e num controle mais intenso dos atos administrativos.

A lógica é simples. Invoca-se uma pretensa crise dos parlamentos e, por consequência, da lei formal – constatada sem rigor científico ou imparcialidade – de modo a flexibilizar o conceito de legalidade em favor de uma ideia de juridicidade, ou legalidade em sentido amplo, onde reinam os conceitos indeterminados ao invés da letra da lei. Ato contínuo, justificção similar é dada para legitimar uma atividade intensa de controle judicial em relação aos atos administrativos, quer porque a Administração Pública é disfuncional, quer porque o Judiciário é incumbido de realizar o programa constitucional, em detrimento da simples legalidade absorvida pela Administração para expedir seus atos.

Este tipo de concertação, ademais, privilegia estritamente os profissionais do direito, juristas ou operadores, cujas opiniões passam a conformar a distribuição do poder deliberativo na sociedade. Numa democracia, a opinião de um jurista sobre a crise de legitimidade das instituições políticas deve produzir o mesmo efeito da opinião em sentido oposto de um não-jurista – e vice-versa. Uma crise de legitimidade para uns, materializada pela ideia de afastamento de ideais de justiça, pode se revelar uma circunstância política natural para outros. O próprio conceito de justiça (ou qualquer outro preceito moral) já divide suficientemente a sociedade para fazer crer que este não deve ser um critério balizador da

atividade legislativa<sup>318</sup> – muito menos para declarar a existência de uma crise e a partir daí legitimar uma maior transferência do poder decisório ao judiciário. Essa contradição fica ainda mais clara quando a objeção ao instituto da legalidade parte das próprias instituições judiciais para justificar a ampliação do controle judicial, pois se torna um argumento circular. Conjura-se, em sede judicial, a crise da lei formal em função das idiossincrasias da política institucional, como forma de legitimar uma maior intervenção judicial.

Em segundo lugar, a alegação de que a crise da lei em sentido estrito tem origem no afastamento legislativo dos ideais de justiça e interesse público no mínimo pressupõe um passado idealizado da política institucional brasileira. É dizer: se a generalização atual é no sentido de que, hoje, os atores políticos atuam egoisticamente e não visam mais o bem geral, significa dizer que eles foram antecidos por grupos políticos que não se moviam por interesses, senão pelo interesse público. Num país como o Brasil, repleto de experiências políticas pretéritas marcadas por autoritarismo e patrimonialismo<sup>319</sup>, este argumento parece apresentar pouca aderência.

Carece de fundamento sólido essa objeção de distanciamento do parlamento dos ideais de justiça e interesse público. De fato, a democracia brasileira tem pouco mais de 30 anos e de lá pra cá não foram poucos os escândalos de corrupção – o *cupim da República*, usando da expressão de Ulisses Guimarães – envolvendo a elite parlamentar do País. No entanto, sem incorrer numa espécie de complexo de vira-lata<sup>320</sup>, certo é que o que antecede a Nova República não são tempos exatamente gloriosos, senão – faça-se uma digressão apenas

---

<sup>318</sup> Aqui se relembra Waldron, para quem os critérios vinculados ao resultado da decisão não podem ser os únicos parâmetros de validade de um sistema democrático, uma vez que a sociedade é composta por membros que divergem radicalmente sobre temas essenciais, de tal maneira que dificilmente haverá um consenso sobre o caráter de justiça de uma decisão tomada por uma instância deliberativa, quer seja ela judicial ou parlamentar. Em face disso, é necessário buscar o consenso sobre os mecanismos de tomada de decisão em si. WALDRON, J. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. BIGONHA, A. C. A.; Moreira, L. (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 258.

<sup>319</sup> Neste sentido, Cf. FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2012. Para uma visão diferente sobre o fenômeno da corrupção no Brasil, Cf. SOUZA, J. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

<sup>320</sup> A definição inicialmente foi cunhada pelo dramaturgo Nelson Rodrigues em 1958 para designar o pessimismo e a baixa autoestima do brasileiro principalmente no futebol, o que o escritor atribuía à derrota que a seleção havia sofrido contra o Uruguai na final da Copa do Mundo de 1950. Em suas palavras, “Por ‘complexo de vira-latas’ entendo eu a inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo. Isto em todos os setores e, sobretudo, no futebol.” RODRIGUES, N. **À sombra das chuteiras imortais**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. p.51- 52: Complexo de vira-latas. No sentido atual, notadamente mais politizado, Jessé Souza aponta que o complexo de vira-lata é uma interpretação dominante da sociedade brasileira para si mesma incutida por estudiosos do Brasil, principalmente Sérgio Buarque de Holanda, através da noção pejorativa de homem cordial e seu alongamento em relação ao Estado patrimonial; “as duas noções conjugadas constroem a ideia do brasileiro como vira-lata da história, sendo a imagem invertida no espelho do protestante americano transformado em herói.” SOUZA, J. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 30.

do século XX – uma sucessão de golpes de estado (1937 e 1964), fechamentos do Congresso Nacional (1930, 1937, 1968 e 1977), fraudes eleitorais e, claro, escândalos de corrupção, intercalados por breves períodos de normalidade democrática, nomeadamente entre 1946 e 1964 e, depois, com o fim do regime militar, de 1985 em diante.

Nem é necessário aprofundar-se demais em dizer, sob pena de desviar o foco da dissertação, que a política democrática, por definição, é um jogo de disputa de interesses, quer sejam eles legítimos ou não. A bem da verdade, salvo a legalidade e as regras constitucionais, não há propriamente árbitros para qualificar quais interesses são legítimos e quais não o são. A legitimidade de algum interesse em disputa é balizada pelas preferências políticas da sociedade. A exemplo disso, para uma visão mais liberal de sociedade, a pressão de grupos econômicos para dentro dos parlamentos faz parte do jogo democrático, o que constitui o *lobby*. À uma visão de esquerda, trata-se da subjugação da política pelo poderio das classes dominantes. No mesmo sentido, as reivindicações de servidores públicos ante o poder legislativo podem se afigurar a uma parcela de sociedade como expressão de um corporativismo ilegítimo. Na visão dessas categorias, pode se tratar de uma luta por melhores condições de trabalho legítima do ponto de vista da política. Mais uma vez, a invocação de uma ilegitimidade da lei em sentido estrito e dos parlamentos é fundada – e limitada – pela unilateralidade de quem a declara como tal.

Interessante notar, por fim, que essa alegação é sempre escudada nos valores inculcados na Constituição Federal, como se a experiência constituinte por si só não tivesse sido fruto de uma deflagração política movida por interesses e pressões de grupos partidários, econômicos, sociais e do alto escalão do funcionalismo público brasileiro, que lograram inequívoco êxito em entrincheirar (legitimamente ou não, a depender do observador) seus próprios interesses no texto constitucional de 1988. A exemplo disso, foi neste contexto que foram asseguradas as garantias e prerrogativas constitucionais dos órgãos de controle brasileiros, sobretudo judiciário, polícia federal e Ministério Público<sup>321</sup>, fator indisputavelmente responsável por parte da proeminência e autonomia com que essas instituições desempenham suas funções no Brasil de hoje.

---

<sup>321</sup> Em artigo na Folha de São Paulo, de 2003, Miguel Reale Júnior destacava que a “Assembléia Constituinte foi a passarela pela qual desfilou a sociedade organizada, em defesa de seus interesses, do índio ao magistrado, ‘da tanga à toga’. As corporações como a magistratura, o Ministério Público, as polícias Civil, Militar e Federal, os servidores públicos em geral e as Forças Armadas tiveram atendidos os seus pleitos.” REALE JÚNIOR, M. Pacto por ações concretas. **Folha de São Paulo**, s.p., 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1110200309.htm>>. Acesso em: 06/11/2019.

## 2.4 Controle não deferente dos atos administrativos

Conforme exposto, em maior ou menor medida as teses neoconstitucionalistas aplicadas ao direito administrativo resultaram numa assim chamada “superação” do paradigma da legalidade em sentido estrito, onde reina um protagonismo ainda maior das instituições judiciais para dar vazão aos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988. Isto porque, conforme se verá de excertos da doutrina, o judiciário será incumbido da tarefa de controlar a atividade administrativa com a finalidade enquadrá-la no programa constitucional, através do uso dos princípios ou preceitos correlatos, mesmo quando o gestor público agir com base na legalidade.

Se para a doutrina tradicional – ou moderada – o mérito do ato administrativo era lugar reservado ao agente público, em homenagem à separação de poderes, parece que nessa nova toada esta zona se torna diminuta, quando não inexistente. De um controle restrito às razões de competência, forma, finalidade (teoria do desvio de poder) e motivo (teoria dos motivos determinantes), passa-se a um controle do mérito do ato ou de suas tangentes. Trata-se do que será chamado de doutrina do controle não deferente ou *neoconstitucionalismo administrativista*.

### 2.4.1 A doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Numa espécie de posição intermediária, tem-se a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de 1989, onde comenta as principais transformações nesse plano operadas pelo então novo texto constitucional. Ali, vai desenhar algumas das linhas básicas de início do processo de estreitamento da competência discricionária, sem, entretanto, deixar de reconhecer que o mérito é o sentido político do ato<sup>322</sup>, concordando expressamente com Seabra Fagundes e José Cretella Júnior, e que como tal deve ser preservado na medida da legalidade.

Para o autor, o mérito é o resultado da discricionariedade, desde que esta última seja exercida de forma regular. A discricionariedade, quando existente, se encontraria nos elementos de motivo e objeto dos atos administrativos, que estariam vinculados, respectivamente, aos critérios de oportunidade e conveniência. No entanto, a “função discricionária de bem administrar” encontra limites na dimensão concreta das soluções que satisfaçam o dever legal originário da discricionariedade. Mesmo os critérios de conveniência e oportunidade sofrem

---

<sup>322</sup> MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 31.

restrições de parâmetros legais. Nomeadamente há limites, quanto à oportunidade, para integrar o motivo do ato, e à conveniência, para integrar o objeto.<sup>323</sup>

Isto porque a valoração incorreta do objeto e do motivo constitui não uma irregularidade do mérito, senão vícios de finalidade. Se o agente valora incorretamente o motivo ou escolhe da mesma maneira errônea o objeto, o ato será nulo. Para sustentar essa ideia, Moreira Neto traz a noção de observância a dois princípios, da realidade e da razoabilidade<sup>324</sup>.

O princípio da realidade consiste na inadmissão de fatos e argumentos inverídicos ou fictícios – salvo hipóteses excepcionais de presunções jurídicas. Na esteira disso, também não pode a Administração ser o palco de “determinações utópicas irrealizáveis”, mas sim um instrumento de concretização real do interesse público. Assim, o princípio da realidade exige que a aplicação discricionária do direito não reconheça suficiente, possível ou existente aquilo que não efetivamente o é.<sup>325</sup>

Por sua vez, o princípio da razoabilidade consiste em que a aplicação discricionária da norma jurídica não possa conduzir a resultados que traíam ou ignorem os interesses públicos a ela subjacentes, de modo que o juiz não pode considerar satisfeita sua obrigação ao somente aplicá-la de forma racional, vez que a função jurisdicional tem natureza criativa. A ordem jurídica não é neutra ou mecânica, senão um conjunto que deve ser realizado por atos humanos “razoavelmente aptos para impor os valores e os interesses estabelecidos pelo legislador”.<sup>326</sup>

É dessa forma que o controle judicial dos atos administrativos, especialmente no que se refere ao poder discricionário, não se subordina aos axiomas positivistas que tomam por insindicável o mérito administrativo, porque resta superada a distorcida concepção de separação de poderes segundo a qual um poder não pode obstar o livre exercício da competência exclusiva do outro. Na prática, o que se sujeita não é a discricionariedade em si, que em parte permanece preservada, mas o resultado do seu exercício, através do exame de exorbitação da ordem jurídica mediante o uso dos princípios da razoabilidade e realidade.<sup>327</sup>

Diante disso, os atos podem ser anulados, em relação ao motivo, por razões de inexistência, insuficiência, inadequabilidade, incompatibilidade e desproporcionalidade, sendo

---

<sup>323</sup> MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 34-35.

<sup>324</sup> Ibid., p. 35-37. A invocação de princípios como parâmetro de controle dos critérios de conveniência e oportunidade, juntamente com o discurso de superação do positivismo e separação de poderes, foram os motivos pelos quais esse autor foi categorizado como controle não deferente, ainda que numa posição intermediária.

<sup>325</sup> Ibid., p. 37.

<sup>326</sup> Ibid., p. 39.

<sup>327</sup> MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 58-61.

as duas primeiras réguas identificadas a partir do uso do princípio da realidade e as três últimas a partir do princípio da razoabilidade. Relativamente ao objeto, serão anulados por razões de impossibilidade, desconformidade e ineficiência, sendo a primeira discernida pelo princípio da realidade e as demais pelo da razoabilidade.<sup>328</sup>

#### 2.4.2 A doutrina de Maria Sylvia Di Pietro

Destaca-se igualmente a doutrina de Maria Sylvia Di Pietro, que, por sua sobriedade e moderação em relação a esses aspectos, parece que também figura como posicionamento intermediário nesta nova categoria doutrinária. A administrativista sustenta que quando a lei era vista sob a ótica do positivismo jurídico, os atos do poder executivo eram observados tão só a respeito dos seus aspectos formais, sem qualquer vinculação a um conteúdo de justiça, de modo que o controle jurisdicional era essencialmente formal.<sup>329</sup>

Com a instauração do Estado Democrático de Direito, acresceram-se à lei formal considerações de ordem axiológica, ampliando a possibilidade de controle judicial, uma vez que os atos administrativos praticados poderiam ser revistos de acordo com a sua obediência aos valores estruturantes do ordenamento jurídico, resultando em maiores limitações à discricionariedade administrativa e de forma a tornar mais complexa a atividade controladora.<sup>330</sup>

Di Pietro, ademais, vê na adoção de princípios constitucionais como dignidade do ser humano, interesse público, moralidade, proporcionalidade, boa-fé, entre outros tantos de conteúdo fluido, fatores de inevitável limitação da discricionariedade na atividade administrativa.<sup>331</sup> É dessa forma que o judiciário não pode mais alegar a existência de competência discricionária como fundamento para deixar de examinar o ato administrativo. Em primeiro lugar, deve o juiz interpretar a norma diante do caso concreto submetido e, somente depois, concluir se a norma concede ou não concede opções diferentes à Administração Pública, lógica próxima daquela apresentada por Bandeira de Mello. Assim,

---

<sup>328</sup> MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 62.

<sup>329</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: CARLIN, V. I. (Org.). **Grandes temas de direito administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009. p. 607.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 607.

<sup>331</sup> *Ibid.* p. 608.

entende que se, em face do caso concreto, haver mais de uma opção válida perante o direito, afasta-se a possibilidade de correção do elemento discricionário do ato administrativo.<sup>332</sup>

No entanto, a zona de discricionariedade do agente se encontra reduzida pelo reconhecimento de que cabe ao poder judiciário interpretar os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, sobretudo partir de princípios e valores constitucionais, como critério de validade da atividade administrativa. Assim, se no exercício interpretativo o magistrado chegar na conclusão de que somente uma solução era válida com base nesses preceitos, o juiz deve invalidar a decisão administrativa em contrário a esta única solução. Em suma, defende que o exame da matéria fática dos casos especificamente analisados pode afastar ou não a competência discricionária.<sup>333</sup>

Igualmente, é diminuída a competência discricionária da Administração diante da superação do paradigma de que o capítulo da ordem social da Constituição Federal possui tão só normas programáticas, isto é, dependentes de mediação legislativa. Neste particular, o direito à educação, saúde, trabalho, lazer, moradia, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância não dependem de providências legais ou administrativas para surtirem efeitos concretos, de tal maneira que podem ser assegurados através de decisões judiciais. Daí o crescimento da intervenção judicial em políticas públicas, que vem numa crescente tendência de dar procedência às reivindicações com fundamento nesses direitos.<sup>334</sup>

No entanto, Di Pietro, faz ressalvas quanto à posição extremada de que o mérito do ato já não mais existe, “o que, evidentemente, constitui exagero inaceitável”, ou que já não há mais qualquer margem de competência discricionária, sob pena de reconhecer que a Administração Pública tenha se transformado apenas num robô aplicador da legislação. Em algumas hipóteses, portanto, há uma maior liberdade decisória conferida à autoridade administrativa, como na autorização de uso de bem público, exoneração de servidor ocupante de cargo comissionado, revogação de procedimento licitatório, revogação de licença para construir por motivo de interesse público, entre outras circunstâncias similares.<sup>335</sup>

Ainda em Di Pietro, tem-se a problemática da discricionariedade técnica, uma vez que para a autora o conceito de técnico, por si só, afasta a ideia de discricionariedade. Isto

---

<sup>332</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 11.

<sup>333</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 11-12.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p. 8-11.



porque, na seara administrativa, em boa parte das vezes a solução técnica correta pode ser apontada pelo órgão de apoio técnico que, à luz da ciência, dará o caminho a ser trilhado pela Administração, de modo que não há discricionariedade propriamente dita. Não há uma decisão política de como agir, apenas de seguir a orientação técnica indicada pela ciência.<sup>336</sup>

No caso das agências reguladoras, depara-se com o mesmo problema. Quando uma agência reguladora baixa ato normativo definindo, por exemplo, o conceito de produtos nocivos à saúde, esse ato não é propriamente discricionário haja vista que tem fundamento nos conhecimentos científicos que a agência dispõe, não numa margem de liberdade executiva. Até porque, Di Pietro ressalta, a atividade das agências reguladoras é normativa apenas no sentido formal, pois se tratam de verdadeiros atos administrativos vinculados à normativas já pré-delineadas pelo ordenamento jurídico, de modo que a elas – as agências – cabe apenas o trabalho de esmiuçar tecnicamente preceitos deixados em abertos, com base no atual estágio da ciência. Não se trata, é dizer, de poder regulamentar, salvo no caso onde a Constituição Federal expressamente assim o disse, como é na hipótese dos órgãos reguladores de telecomunicação e petróleo.<sup>337</sup>

A vista disso, o controle judicial sobre a discricionariedade técnica é admitido sem muita dificuldade, principalmente porque a legislação processual permite que o magistrado use do apoio de peritos técnicos na resolução de caso que se afigure complexo ao conhecimento médio. Com relação aos atos administrativos, se eventual conceito indeterminado presente na lei puder ter sentido atribuído pela opinião de órgão técnico, pode o judiciário rever a decisão do agente a partir desses instrumentos concedidos pela legislação processual. Assim, termos como *valor histórico* de um bem e *perigo público iminente* podem ser apreciados pela via judicial.<sup>338</sup>

Igualmente válido que haja o controle judicial da atividade das agências reguladoras na opinião de Di Pietro, tendo em vista os mesmos fatores. O controle judicial dos atos normativos de efeitos concretos, onde as agências decidem ou disciplinam situações concretas com base em normas antecedentes e superiores, não difere muito do controle dos atos administrativos comuns. A lei deixa certa margem para as agências atuarem em situações

---

<sup>336</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: CARLIN, V. I. (Org.). **Grandes temas de direito administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009. p. 620.

<sup>337</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: CARLIN, V. I. (Org.). **Grandes temas de direito administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009. p.619-621.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 621-622.

irregulares de desequilíbrio do mercado, que possam afetar a concorrência e o serviço público. Nestas hipóteses o agente decide no caso concreto qual é a melhor solução para o interesse público, podendo ser conhecido pelo judiciário.<sup>339</sup>

Já no caso dos atos normativos propriamente ditos, dotados de efeitos gerais, entra o fator discricionariedade técnica, onde as agências decidem o conteúdo de conceitos dentro dos limites dos conhecimentos científicos, de forma a explicitar diretrizes e termos técnicos previstos na legislação. Em face disso, o judiciário é acionado para, eventualmente, apreciar a validade de normativas dessa natureza, com o auxílio de peritos técnicos ou através do uso do princípio da razoabilidade e do devido processo legal substantivo.<sup>340</sup>

#### 2.4.3 A doutrina de Carmen Lúcia Antunes Rocha

Na obra já citada de Carmen Lúcia Antunes Rocha, tem-se também a ideia de estreitamento da discricionariedade, esta que, segundo a autora, teria por muito servido de “apelido mais doce” para a arbitrariedade estatal. Superada uma noção restritiva, o controle judicial do ato administrativo passou a incidir sobre o desempenho estatal, sobretudo em matéria de discricionariedade, fazendo cair por terra a teoria que opunha legalidade e oportunidade, onde a primeira tinha relação com atos vinculados e a segunda com discricionários.<sup>341</sup>

De modo que, no Estado Democrático de Direito, não haveria comportamento administrativo invulnerável ao controlador da juridicidade, porque esta noção – juridicidade – é incompatível com o arbítrio e o voluntarismo do administrador público, e tampouco os critérios de conveniência e oportunidade estão fora da zona de juridicidade administrativa.<sup>342</sup>

Assim, o controle judicial se dá através da discricionariedade, assim considerada como a competência estatal de o administrador poder buscar, no caso concreto e diante das circunstâncias materiais, a solução adequada à finalidade pública. Logo, o controle se materializa, e se limita também, a anular determinada conduta adotada pelo administrador

---

<sup>339</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: CARLIN, V. I. (Org.). **Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009. p. 622-624.

<sup>340</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: CARLIN, V. I. (Org.). **Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009. p. 624.

<sup>341</sup> ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 118.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 118-119.

público em face de violação à juridicidade (aí incluídos os princípios constitucionais), de forma a orientar a adoção de conduta diversa. Assim, não poderia o magistrado substituir a apreciação do administrador pela sua própria.<sup>343</sup> Veja-se que, a despeito de propagar uma ideia ampla de juridicidade, Carmen Lúcia ainda mantém um certo aspecto moderado relativo aos limites do controle judicial.

#### 2.4.4 A doutrina de Odete Medauar

Odete Medauar trabalha com a ideia de direito administrativo em evolução, onde o princípio da legalidade sofreu transformações profundas, uma vez que, em virtude da concepção positivista e da sacralização da legalidade, chegou-se ao formalismo excessivo da letra fria da lei, em que predominam os textos em detrimento do seu espírito ou da dinâmica concreta do mundo real.<sup>344</sup>

Desse modo, após a promulgação da Constituição Federal a Administração Pública passa a se vincular diretamente aos valores consagrados no texto constitucional, dentre eles o princípio da legalidade, ora, porém, enfileirado com outros preceitos do Estado Democrático de Direito, de modo a deslocar o centro de gravidade normativa da função administrativa.<sup>345</sup>

Um dos aspectos desse processo transformador se reflete na conformação do poder discricionário para estar em sintonia com os princípios constitucionais, de modo a abandonar o paradigma da simples vinculação à legalidade e de insindicabilidade dos critérios de oportunidade e conveniência. Destarte, há por consequência uma ampliação do controle judicial do ato administrativo relativamente às nuances que “roçam a conveniência e oportunidade dos atos administrativos”, a exemplo do que passa a ocorrer na jurisprudência francesa e alemã.<sup>346</sup>

Isto porque o texto constitucional conferiu diretrizes de maior controle da Administração Pública, como é o exemplo do princípio da moralidade e da impessoalidade, que servem de guia para a conformação mesmo do poder discricionário do agente. Neste particular, toma relevo principalmente a previsão de manejo de ação popular com a finalidade

---

<sup>343</sup> ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 120.

<sup>344</sup> MEDAUAR, O. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 199-200.

de anular atos lesivos à moralidade administrativa, a despeito de qualquer consideração de legalidade estrita que possa envolver o ato administrativo impugnado.<sup>347</sup>

Por consequência disso, também ficam sob a guarda do controle judicial os atos de governo, tido como aqueles editados pela maior autoridade do poder executivo em atividade essencialmente política, relativos às diretrizes governamentais para a vida em coletividade, ou em sede de relacionamento com outros poderes, países e organismos internacionais. Por força da inafastabilidade do poder judiciário, materializada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, eventual ato de governo que lesionar direitos pode ser apreciado e revisado pela via jurisdicional.<sup>348</sup>

#### 2.4.5 A doutrina de Gustavo Binenbojm

A seu turno, Gustavo Binenbojm descreve que o balizamento da atividade administrativa foi de início, adstrito à lei, mantendo-se intocável o mérito do ato praticado pela Administração, até que se sucederam mudanças nessa concepção, elencadas pelo administrativista como etapas do “itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa”, no qual é nítida a evolução do controle judicial dos atos administrativos.<sup>349</sup>

Inicialmente, teve lugar a teoria dos elementos do ato, que grosso modo admitia sindicância, por suposto, dos elementos vinculados do ato tido como discricionário (competência, forma e finalidade). Em seguida, a evolução se deu no sentido de autorizar o controle por parâmetros implícitos na lei, a partir da teoria do desvio e excesso de poder e dos motivos determinantes. No terceiro estágio, consolidaram-se as teorias que legitimavam o controle dos (e a partir dos) conceitos indeterminados presentes na legislação. O último e atual estágio do “itinerário da juridicização da discricionariedade” corresponde à matriz neoconstitucional de vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 462.

<sup>348</sup> Ibid., p. 185. Por sinal, já em artigo datado de 1994 Medauar diria que na doutrina então recente “nota-se repúdio à concepção antiga de ato de governo. Como se viu, as Constituições contemporâneas, ao consagrarem o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional a toda lesão de direito e ao reforçarem os meios de controle de constitucionalidade, esvaziam as noções precedentes e impedem a aplicação lesiva a situações subjetivas de particulares. Os tribunais atuaram no mesmo sentido, devendo, na época atual, evitar que razões políticas afastem ou atenuem o controle sobre tais atos”. MEDAUAR, O. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993. p. 85.

<sup>349</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 199.

<sup>350</sup> Ibid., p. 199.

A partir dessa última fase do itinerário, já não há mais falar na dicotomia entre atos discricionários e vinculados, mas em graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. De modo que a discricionariedade já não é mais uma zona de liberdade de decisão e tampouco imune ao controle judicial. Isto porque a concepção negativa de discricionariedade – onde não há controle judicial – só se realiza no contexto do perfil do direito moldado pelas regras, oposto ao atual enquadramento do direito feito pelos princípios. Assim, o princípio da pura legalidade dá lugar à incidência direta dos princípios, dentro de uma lógica mais ampla de juridicidade.<sup>351</sup>

Como dito alhures, Binebojm chega a falar em juridicidade *contra legem*, constituída pelo reconhecimento da validade jurídica da atividade administrativa que esteja em desconformidade com a lei, mas ancorada diretamente nos preceitos constitucionais. Isto porque a lei teria perdido sua centralidade que outrora sustentava no ordenamento jurídico e ora passa a ser apenas um dos princípios reitores da Administração Pública.<sup>352</sup>

Em razão disso, o próprio agente público pode deixar de aplicar a lei se reputá-la inconstitucional, de maneira autoexecutória, sem haver a necessidade de aguardar pronunciamento judicial, uma vez que a Administração Pública está diretamente vinculada à Constituição Federal e, como tal, deve o chefe da Administração ordenar o não-cumprimento da norma como forma de preservar a hierarquia superior do texto constitucional.<sup>353</sup>

Neste leque amplo, figuram os princípios gerais extraídos do contexto constitucional, inclusive de forma implícita, entre eles o princípio da igualdade, do Estado de Direito e o da proporcionalidade. Ainda, os próprios princípios setoriais que norteiam o agir da Administração Pública, refletidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Estes e outros preceitos consagrados ora conformam o conteúdo da decisão discricionária, de forma a proporcionar às instituições judiciais uma crescente ingerência sobre o mérito da atividade administrativa.<sup>354</sup>

Assim, há um maior estreitamento do mérito do ato administrativo através da noção de que não há oportunidade e conveniência fora dos limites estabelecidos pelos princípios como o da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência administrativa (controle por princípios). Para Binenbojm, não haveria nisso um controle do mérito do ato

---

<sup>351</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208-209.

<sup>352</sup> Ibid., p. 174.

<sup>353</sup> Ibid., p. 175.

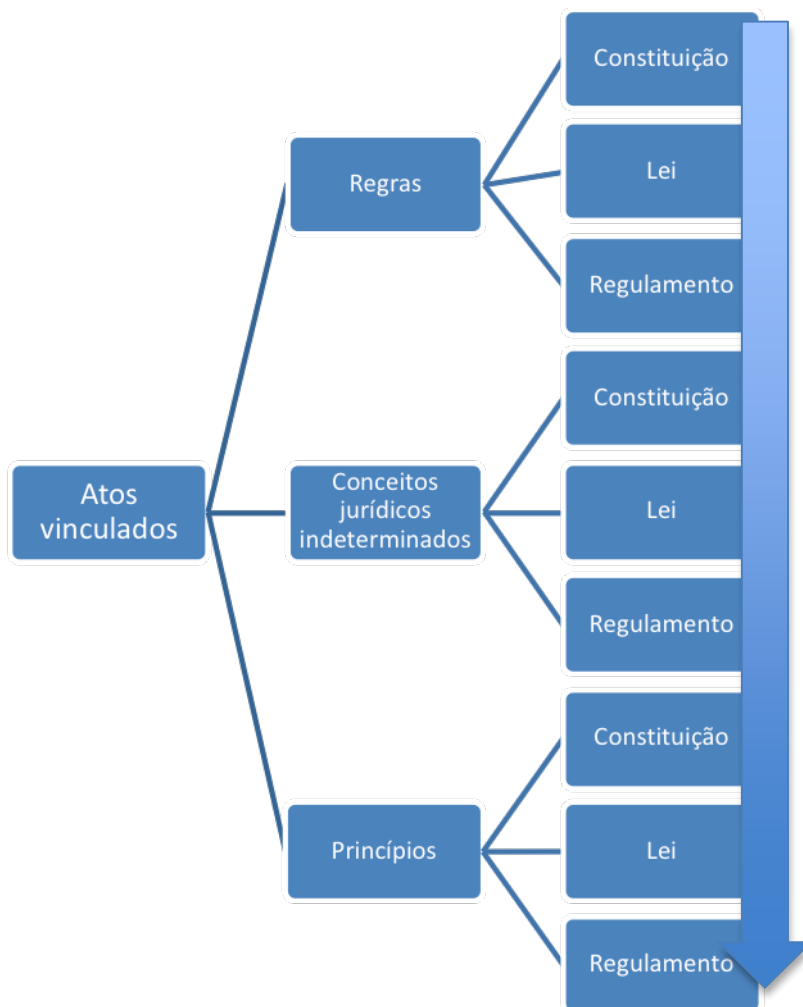
<sup>354</sup> Ibid., p. 209.

administrativo, mas apenas o reconhecimento de que, por exemplo, o conteúdo desproporcional do ato não compõe a zona de mérito.<sup>355</sup>

Para Binenbojm, os atos administrativos, ao contrário de serem classificados entre vinculados e discricionários, são taxados dentro de uma escala decrescente de densidade normativa vinculada, a começar por atos vinculados por regras, atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados e, ao fim, atos vinculados diretamente por princípios. Ademais, esses três graus de vinculação ainda se subdividem na dimensão constitucional, legal e regulamentar.<sup>356</sup>

O esquema a seguir ilustra esse raciocínio, onde a seta informa o nível decrescente de densidade normativa vinculada:

Figura 1 – Teoria de Gustavo Binenbojm



<sup>355</sup> Ibid., p. 208-209.

<sup>356</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 210.

Na linha dos graus de vinculação proposto por Binbojm, no controle da Administração por regras há o maior nível de vinculação à juridicidade, haja vista que existe o dever inequívoco de adoção de uma determinada postura descrita na norma. Trata-se de circunstância em que o próprio legislador fechou a zona de indeterminação normativa e indicou, ele mesmo, a maneira como deve proceder o agente público, sem dotá-lo de margem decisória para além da moldura fática pré-estabelecida. É o caso, por exemplo, da previsão de sanção pecuniária incidente na hipótese de ultrapassagem de semáforo que indique o sinal de “pare”. Neste caso, o administrador só poderá agir de maneira diferente em casos excepcionais, onde a aplicação da norma se revele contrária à sua finalidade original.<sup>357</sup>

Em matéria de controle por conceitos jurídicos indeterminados, Binbojm diferencia essa modalidade do controle de atos administrativos de competência discricionária. Isto porque neste último a lei teria concedido um poder de escolha do administrador dentro da situação concreta, ao passo que no primeiro não há uma liberdade de decisão, mas sim um dever de interpretação do sentido dos conceitos indeterminados, como urgência, interesse público, notório saber, bons antecedentes, reputação ilibada e notória especialização. Ao agente caberia a interpretação abstrata do conceito e o exercício de sobrepô-la ao caso concreto através da subsunção à hipótese normativa.<sup>358</sup>

Caberá ao judiciário, em circunstâncias como essa, averiguar se a interpretação do conceito jurídico indeterminado se deu de forma motivada e dentro da zona de certeza positiva (o que é certo que ele é) e, por decorrência lógica, fora da zona de certeza negativa (o que é certo que ele não é), conforme apregoado por Bandeira de Mello em passagem supracitada. Nas hipóteses em que a interpretação do sentido do conceito se der necessariamente na zona intermediária entre esses parâmetros – zona de penumbra –, admite-se um controle parcial da jurisdição, através da demarcação das linhas de significação no caso concreto, a ser construída argumentativamente com amparo nos princípios constitucionais gerais e específicos da Administração Pública.<sup>359</sup>

No último nível da escala de vinculação à juridicidade administrativa, há o controle judicial dos atos discricionários por princípios, onde o juiz deverá observar se, na

---

<sup>357</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 230. Para um debate interessante acerca da excepcionalidade de normas dessa característica, Cf. SCHAUER, F. A critical guide to vehicles in the park. **New York University Law Review**, New York, vol. 83, 2008. p. 1109-1134.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 222.

aplicação de uma norma, o agente observou os princípios constitucionais gerais e setoriais que possam incidir sobre a atuação da Administração Pública. Nesta circunstância, poderá o judiciário invalidar com fundamento na violação desses preceitos ou mesmo, “dependendo das circunstâncias fáticas e da intensidade da violação aos princípios”, proferir uma decisão mandamental de forma a firmar a única decisão possível em face do caso concreto e dos valores consagrados pelo texto constitucional.<sup>360</sup>

A exemplo disso, Binenbojm traz circunstância em que, em determinada região, a Administração Pública esteja reiteradamente autorizando a instalação e funcionamento de unidades hospitalares gerenciadas pela iniciativa privada, em virtude de entender que a região necessita de incentivos de melhorias relativas aos serviços de saúde. Diante disso, certo particular realiza um investimento vultoso para realizar esse tipo de empreendimento, dotado de confiança legítima na postura da Administração Pública exibida em situações pretéritas praticamente idênticas. Contudo, a Administração muda de orientação política a respeito da instalação e funcionamento de hospitais na região e indefere o pedido de autorização do particular. Para Binenbojm, neste caso haveria ofensa aos princípios da proteção da confiança legítima e da moralidade administrativa, e se revelaria o típico caso em que “o espaço da discricionariedade é reduzido a zero, nada restando ao juiz senão determinar a concessão da autorização.”<sup>361</sup>

Em exemplo ainda mais emblemático, Binebojm refere-se a uma hipótese em que, em período de economia indexada no Brasil, uma lei dispusesse que os recursos de certo fundo público fossem obrigatoriamente aplicados em caderneta de poupança ou outra aplicação financeira, a ser decidida a critério da Administração. Neste cenário, uma mudança no quadro econômico (desindexação e controle inflacionário) somado ao princípio da eficiência implicaria num estreitamento do mérito do ato administrativo, uma vez que a combinação desses fatores afasta do rol de opções o investimento em caderneta de poupança, por se revelar opção desvantajosa em termos de gestão financeira. Dessa forma, o judiciário poderia ser acionado para invalidar a opção feita pelo administrador, porque contrário ao princípio constitucional da eficiência.<sup>362</sup>

No mais, a despeito de apresentar uma tendência a um controle judicial mais intenso, Binenbojm faz ressalvas no sentido de que, em certos casos, a legitimação da revisão

---

<sup>360</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233.

<sup>361</sup> Ibid., p. 234.

<sup>362</sup> Ibid., p. 236.



dos atos administrativos se dê a partir de um critério jurídico-funcional, segundo o qual a densidade do controle varie de acordo com a natureza do ato a ser praticado. Não seria levado em conta tão só a “programação normativa” do ato, mas a preparação técnica, a legitimidade democrática e a estrutura orgânica do poder em questão – entre outros aspectos – para modular a intensidade da revisão judicial.<sup>363</sup>

Neste sentido, propõe que esses parâmetros de modulação da intensidade do controle judicial se deem a partir de cinco critérios. O primeiro postula que quanto maior for o grau de objetividade da norma, mais intenso deve ser o grau da revisão judicial. O segundo prescreve que quando maior for a expertise técnica implicada na matéria em exame, menor deve ser a intensidade do controle. O terceiro refere que quanto maior for o grau de politicidade da decisão administrativa, relativa às credenciais político-eleitorais do agente, menor deve ser a intensidade do controle. Em quarto lugar, o controle deve ser menos intenso conforme o grau de efetiva participação social na deliberação da matéria, em respeito aos procedimentos democráticos. Em quinto e último lugar, propõe que quanto maior for a restrição aos direitos fundamentais, maior deve ser a intensidade do controle judicial.<sup>364</sup>

No caso de colisão entre esses critérios, deverá o juiz privilegiar, nesta ordem de prioridade, a proteção aos direitos fundamentais, o grau de objetividade da norma em questão, a legitimidade política da autoridade, a expertise técnica do órgão administrativo e, por fim, o grau de participação social no processo decisório.<sup>365</sup>

Poder-se-ia dizer, assim, que mesmo na doutrina de Binensbojm, abertamente neoconstitucionalista, há pequenos traços de deferência à Administração Pública? Ainda que possa haver uma abertura neste sentido, dificilmente que esses critérios laterais se sustentem em face do cerne de sua teoria, que parte da pressuposição de que os princípios e valores constitucionais conformam o ato administrativo de tal maneira que estreitam o seu mérito, quando não o anulam completamente, delegando ao judiciário a tarefa de demarcar justamente essas linhas através do uso de termos fluidos.

Cabe lembrar, ademais, que mesmo o reconhecimento de uma maior atividade interpretativa de parte da Administração Pública, através da admissão de atuação constitucional *contra legem*, implica necessariamente numa revisão judicial com os mesmos critérios, porém com muito mais elasticidade, haja vista que a discricionariedade judicial

---

<sup>363</sup> BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 226.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 241.

tende a gozar de mais autonomia hermenêutica e menor grau de responsabilização comparativamente à discricionariedade administrativa - isso sem contar a autonomia funcional do poder judiciário. É dizer: agentes administrativos sempre estarão mais suscetíveis de revisão e culpabilização pelos seus atos – ainda que fundamentados diretamente na Constituição, não na lei – do que juízes.

#### 2.4.6 A doutrina de Juarez Freitas e o direito fundamental à boa administração pública

Juarez Freitas trabalha com o conceito de direito fundamental à boa administração pública e de discricionariedade legítima, em contraposição à “discricionariedade sem controle” dos “caprichos partidários”, que seja a expressão do estado capaz de assumir adequadamente suas funções reguladoras, prestacionais e redistributiva, ao contrário de ser um estado de governo “vocacionado ao efêmero particularista”<sup>366</sup>. Para chegar a esse objetivo, aprofunda-se a sindicabilidade dos atos administrativos, com fundamentos nos princípios constitucionais. A exemplo disso, a impenhorabilidade dos bens públicos dá lugar ao direito à saúde, fazendo “preponderar axiologicamente” o segundo através da concessão judicial de medicamentos custeados pelo estado, como que paralisando algumas regras para preservar os direitos fundamentais.<sup>367</sup>

Para Freitas, o direito fundamental à boa administração pública é resumido da seguinte maneira:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.<sup>368</sup>

<sup>366</sup> Na linha da doutrina neoconstitucionalista, de severas críticas aos poderes políticos, em outra passagem o eminente administrativista afirma que o controle sistemático e abrangente dos atos administrativos “é o único capaz de desconstruir as falácias que presidem as decisões desastrosas, intensificadas de iniquidade e perpetuadoras de oligarquias plutocratas”. FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 330. Em outra obra, para fundamentar seu ponto de vista o autor colaciona trecho extraído de obra da ministra Carmen Lúcia, que afirma que “partidarismo é o ranço do personalismo e mandonismos transmutados numa modernidade injusta e obtusa”. FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 21.

<sup>367</sup> Ibid., p. 21-22.

<sup>368</sup> Ibid., p. 22.

Dentro deste conceito, ainda estaria englobada a ideia de administração dialógica, assegurado o contraditório e ampla defesa; imparcial, que deixa de praticar ou estimular discriminações de toda sorte; proba, que preza pela ética no trato com a coisa pública; observadora da legalidade temperada, sem a “absolutização irrefletida das regras”; e preventiva, precavida, eficaz e eficiente, comprometida com os objetivos fundamentais da República.<sup>369</sup>

Por discricionariedade legítima, entende a competência de avaliar no plano concreto as melhores soluções, através de juízo de conveniência e oportunidade que obedeçam a parâmetros juridicamente válidos de coerência e consistência, de acordo com as condições formais e materiais do direito fundamental à boa administração pública. O ato administrativo, portanto, deve ser condizente com parâmetros de motivação congruentes e praticado em observância à competência, forma (sem sucumbir a formalismos), objeto e, principalmente, “consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados ou finalidades, nos termos da Constituição”, de modo a exteriorizar propósitos coerentes às diretrizes estabelecidas pelos princípios constitucionais.<sup>370</sup> É, em outras palavras do mesmo doutrinador, aquele praticado de forma a apreciar justamente as consequências diretas e indiretas, com o olhar na economicidade e juridicidade.<sup>371</sup>

A vista disso, não se admite a existência de decisões administrativas integralmente insindicáveis, nem atos exclusivamente políticos<sup>372</sup>, uma vez que toda conduta administrativa estriba sua legitimidade, quer seja ela vinculada ou discricionária, no primado dos princípios constitucionais, estando incluídas nesse rol igualmente as condutas omissivas, que devem ser combatidas vigorosamente. É dessa forma que nas relações administrativas deve prevalecer a observância ao direito fundamental à boa administração, que necessariamente acarreta no recrudescimento do controle judicial dos atos administrativos.<sup>373</sup>

Assim, o controle se dá não pelo mérito, mas pelo exame de consonância da opção tomada pelo agente com os princípios, sobretudo da eficiência, eficácia e economicidade, de

---

<sup>369</sup> Ibid., p. 23.

<sup>370</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26-28.

<sup>371</sup> FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 329.

<sup>372</sup> Em outra passagem, Freitas vai asseverar que no exame “de conveniência e oportunidade, o controle sistemático tem o escopo de impedir que o merecimento se transforme em prepotência voluntarista. Com isso, não se aceita deferência exacerbada a ato administrativo exclusivamente político, pois todos os momentos da tomada de decisão (e respectivas motivações) precisam revelar sintonia com as diretrizes eminentes de Direito Administrativo.”. Ibid., p. 354.

<sup>373</sup> FREITAS, J. Op. cit., p. 29-32.

modo a realizar a melhor solução para o caso concreto. O mérito, para Juarez Freitas, não é diretamente controlável, mas sim o seu oposto: o demérito e a antijuridicidade.<sup>374</sup>

Sem embargo, isto não significa uma maior deferência à discricionariedade. Pelo contrário. Os atos discricionários são aqueles que “mais densamente precisam ser sindicados”, em observância à busca pela melhor opção.<sup>375</sup> Neste particular, Freitas trabalha com uma noção menos maniqueísta de ato vinculado e ato discricionário, ao argumento de que em maior ou menor medida há um pouco de discricionariedade em atos de competência vinculada e vice-versa.<sup>376</sup> Assim como não há atos completamente discricionários, também não existem atos puramente vinculados, de “mera obediência irreflexiva”.<sup>377</sup> Trata-se de uma forma de avaliar os atos administrativos pelo nível de intensidade da sua subordinação à legalidade, porque a diferença entre eles se dá somente nessa dimensão e não para enfraquecer a sindicabilidade.<sup>378</sup> É dizer: ambos variam de nível de vinculação com a legalidade, mas prestam igual tributo ao ordenamento constitucional.

Sob este ângulo, os atos administrativos vinculados são aqueles onde a normatividade impõe de forma mais intensa a conduta a ser adotada pelo agente público, de modo a reduzir quase que inteiramente o feixe de discricção passível de ser invocado, sendo possível falar numa liberdade “residual” da atividade administrativa em questão, através de onde o administrador define o conteúdo do comando legal previsto na norma e examina a subordinação da regra ao quadro principiológico.<sup>379</sup> Assim, não cabe a fuga impune do agente ao “mundo pseudo-seguro das regras”, na medida em que se alarga o controle dos “porquês, das prioridades e das consequências sistêmicas dos atos administrativos”.<sup>380</sup>

Daí que os atos vinculados necessitam de rigorosa motivação, pois o agente público não realiza subsunção automática da lei. Nessa medida, haverá um controle não apenas sobre a legalidade do ato, mas “também em face da totalidade dos princípios”, de devido processo legal, duração razoável do processo, proibidade de escolhas políticas, entre outros. A exemplo disso, constatados os requisitos de uma licença, a Administração deve concedê-la em tempo útil. No mesmo sentido, não pode a atividade administrativa vinculada

---

<sup>374</sup> Ibid., p. 32-34.

<sup>375</sup> Ibid., p. 42.

<sup>376</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

<sup>377</sup> FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 330.

<sup>378</sup> Ibid., p. 358.

<sup>379</sup> FREITAS, J. Op. cit., p. 34-36.

<sup>380</sup> FREITAS, J. Op. cit., p.362.

cobrar tributos estabelecendo discriminações contrárias à federação, com fundamento em lei estadual, haja vista ser contrário ao ordenamento constitucional.<sup>381</sup>

A seu turno, os atos de competência discricionária (discricionariedade legítima) se afiguram enquanto aqueles que devem os agentes praticar – ou seja, não é mera faculdade – através da utilização dos critérios de conveniência e oportunidade, para identificar a melhor solução ao caso concreto no plano das consequências. Neste caso, o controle se dá em face do erro manifesto, da violação à desproporcionalidade e aos preceitos constitucionais, uma vez que seu ofício se destina a concretizar ao máximo possível os valores consagrados pelo sistema constitucional<sup>382</sup>.

Trata-se, portanto, de uma “discricionariedade vinculada”, porque só existe margem de atuação dentro do quadro de princípios e regras constitucionais. Sem, entretanto, que disso resulte a eliminação da discricção, mas que numa gestão qualificada está subordinada a princípios da eficiência e eficácia. O ponto é que a discricionariedade não se legitima por vontades particularistas, noção incompatível com a ideia de controle e Estado Democrático, tampouco com a mera invocação de conveniência e oportunidade, mas sim por sua vinculação aos programas, políticas e metas constitucionais.<sup>383</sup> Dessa forma, a multiplicidade de opções dada ao agente só existe em plano abstrato, haja vista que, no concreto, algumas dessas opções se tornam inadmissível diante dos princípios constitucionais.<sup>384</sup>

A partir desses elementos, Freitas sustenta a ideia de um controle “proporcionalista” dos atos administrativos, onde quanto maior for a liberdade dada ao agente, maior o controle judicial, nomeadamente voltado à consecução das políticas públicas constitucionalizadas, referentes ao desenvolvimento sustentável e ao bem-estar geracional, que devem ser implementadas pelos governos através de programa eficazes, eficientes e justificados. Neste particular, admite-se inclusive o controle da seleção de prioridades e das escolhas públicas do administrador, de maneira a examinar a qualidade de projetos e soluções selecionadas pela Administração Pública, além de sopesar os custos e benefícios diretos e indiretos implicados na tomada da decisão administrativa.<sup>385</sup> Em suas palavras, “o controle sistemático de eficiência e eficácia pode/deve retirar as prioridades constitucionais das nuvens

---

<sup>381</sup> Ibid. p. 333-332.

<sup>382</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34-36.

<sup>383</sup> FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 348-350.

<sup>384</sup> Ibid., p. 356.

<sup>385</sup> Ibid., p. 365.

em que se encontram, em vez de deixar o agente político entregue a si mesmo e a seus caprichos”.<sup>386</sup>

Ilustrando, Freitas sustenta que eventual invocação à discricionariedade administrativa na alocação voluntária de recursos não elide a responsabilidade do Município de prover programas de atendimento às crianças vítimas de abusos, haja vista que o artigo 227 prescreve um direito de proteção infanto-juvenil contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Por consequência disso, o controle judicial pode indagar sobre a eleição de prioridades do administrador público, não havendo razão idônea para invocar a reserva do possível, de modo que deve o poder judiciário determinar o cumprimento específico de prestações positivas de parte da municipalidade.<sup>387</sup>

Ainda, o controle dos atos administrativos deve coibir aquilo que Freitas denomina de “automatismos e impulsivismos da antiga discricionariedade”, consistente no uso enviesado da Administração Pública, através da tomada de decisões por critérios estritamente ideológicos, sem base em dados ou evidências e voltados exclusivamente a objetivos de curto prazo, na contramão de ideia de direito à boa administração pública. Diante disso, o controle deve se materializar através da checagem de dados em fontes independentes de informação, sob pena das políticas públicas não encontrarem respaldo na racionalidade dialógica e serem fundadas na “confiança cega nas crenças e ideologias”.<sup>388</sup> Assim, a liberdade conferida ao agente se amolda às diretrizes do sistema constitucional, de maneira imparcial e de modo a fazê-lo selecionar a escolha legítima e livre de intenções menores e particularistas<sup>389</sup>.

Cuida chamar atenção ainda que, ao contrário Binenbojm, que defende que os atos administrativos parametrizados diretamente por princípios estão na última escala de vinculação normativa, Freitas aduz que o controle de atos administrativos deve ser “preponderantemente de fundo principiológico”, haja vista que a discricionariedade existe para que o agente concretize as finalidades constitucionais expressadas nos princípios, de modo que, quanto maior a liberdade, maior terá de ser o controle para fazer valer os valores consagrados no texto constitucional, sem que, alega, disso resulte usurpação de poder ou invasão do mérito.<sup>390</sup>

---

<sup>386</sup> Ibid., p. 337.

<sup>387</sup> FREITAS, J. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 337.

<sup>388</sup> Ibid., p. 340.

<sup>389</sup> Ibid., p. 362.

<sup>390</sup> Ibid., p. 360.

Vê-se que na doutrina de Juarez Freitas o controle judicial do ato administrativo vai muito além dos elementos estruturais do ato, nomeadamente competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Em maior ou medida, o controle desses aspectos já vinha sendo admitido pela doutrina antes mesmo da Constituição Federal, tendo sido aprofundado após o novo texto constitucional. Em Freitas, o que se vê é o controle efetivamente do (de)mérito a partir do exame de eficiência e resultado dos atos administrativos, assegurado inclusive o controle judicial da eleição de prioridades orçamentárias da gestão pública.

O que se nota, de maneira geral, é um aprofundamento das condições de controle judicial de atos administrativos, sobretudo comparativamente aos entendimentos mais tradicionais de preservação do mérito e sindicabilidade dos elementos estruturais do ato administrativo. A discricionariedade – exercício do mérito administrativo – é cada vez mais diminuta na medida em que a doutrina se aproxima dos postulados neoconstitucionalistas de superação da legalidade estrita e supervalorização dos princípios constitucionais. Naturalmente, o agente público está sempre vinculado aos parâmetros constitucionais, mas disso não decorre que a legalidade pode ou deve ser afastada em homenagem a conceitos de natureza fluida, que propiciam demasiado subjetivismo judicial.

Ademais, como já dito alhures, a ideia de vinculação à juridicidade administrativa revela uma situação paradoxal na qual o administrador está colocado num ambiente de cada vez maior insegurança, por mais que se afirme que a superação da legalidade estrita sirva para conferir maior elasticidade ao agente. A vinculação direta aos princípios constitucionais – ao contrário da simples vinculação à legalidade estrita – na prática confere mais poder de controle ao poder judiciário.

O raciocínio é simples. Se o administrador dispõe de uma série de princípios elásticos para justificar suas posições, também o juiz dispõe dos mesmos instrumentos para controlá-lo.<sup>391</sup> No entanto, essa aparente via de mão dupla é assimétrica. Somada às prerrogativas funcionais do judiciário, a discricionariedade judicial realizada através do livre convencimento do magistrado põe-no em situação privilegiada e inclusive menos suscetível a eventuais punições. Como já dito, mesmo o reconhecimento de uma maior atividade interpretativa de parte da Administração Pública, através da admissão de atuação constitucional *contra legem*, implica necessariamente numa revisão judicial com os mesmos

---

<sup>391</sup> JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)** Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 357.

critérios, porém com muito mais elasticidade, haja vista que as instituições judiciais tendem a gozar de mais autonomia e menor grau de responsabilização comparativamente aos agentes administrativos.

Há, ainda cabe dizer, um tom geral de condenação dos atores políticos, dos partidarismos, ou coisa que o valha, na condição de antônimos da boa administração pública. Neste particular, ganha especial relevo o banimento da ideia de atos de governo ou atos tipicamente políticos, ou mesmo de natureza técnica. Nota-se um excesso de patrocínio de judicialização da atividade administrativa em detrimento de um sinal de deferência à Administração Pública. Ainda que eventualmente se façam ressalvas no sentido de preservar a separação de poderes estatais, este conceito costuma aparecer de forma lateral, sem que influa significativamente na ideia central: a ampliação cada vez maior do controle judicial sobre os atos administrativos.

## 2.5 Síntese do Capítulo II

Ao longo do capítulo II, viu-se algumas das formas histórica de controle da Administração Pública, contrastando principalmente as visões do direito francês e inglês do final do século XIX e início do século XX, a partir do debate travado entre os publicistas Albert Van Dacey e Maurice Hauriou sobre a jurisdição administrativa francesa. Em seguida, analisou-se a evolução da doutrina brasileira acerca das hipóteses de controle judicial do ato administrativo, partindo-se da premissa de que o ativismo judicial contra a Administração Pública se manifesta principalmente através de um controle intenso dos atos administrativos, à míngua de consideração sobre a discricionariedade do gestor. Dividiu-se, para efeitos didáticos, as doutrinas em duas categorias. A primeira foi chamada de *controle deferente* ou *moderado*, caracterizada essencialmente por ser limitada ao controle de legalidade do ato e por, em maior ou menor medida, deferir à discricionariedade do gestor público. Esta doutrina, no entanto, não é estática. Ela evolui a partir da segunda metade do século XX e gradativamente vai aderindo à novas teses de controle em razão da influência da jurisprudência administrativa francesa. Foram enquadradas nesta categoria as doutrinas de Miguel Seabra Fagundes, José Cretella Júnior, Themístocles Brandão Cavalcanti, Victor Nunes Leal, Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, este último na condição de uma posição intermediária. A segunda doutrina foi chamada de *controle não deferente* ou *neoconstitucionalismo administrativista*, caracterizada por invocar a



constitucionalização do direito administrativo como um argumento a um controle mais intenso da Administração Pública, a partir de princípios, regras constitucionais e a ideia de vinculação do gestor à juridicidade administrativa. Foram enquadradas nesta categoria as doutrinas de Diogo de Figueiredo de Moreira Neto, Maria Sylvia di Pietro, estes dois primeiros na condição de uma posição intermediária, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Odete Medauar, Gustavo Binenbojm e Juarez Freitas. Neste contexto, fez-se uma reflexão crítica acerca de como a consequência prática dessas orientações doutrinárias é a transferência do poder decisório da Administração Pública para as instituições judiciais.

No próximo capítulo será examinada a teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein, na condição de uma alternativa ao ativismo judicial. Em seguida, mais especificamente, será feito um estudo sobre a doutrina *Chevron*, de origem norte-americana, que orienta que tribunais devem prestar deferência às decisões razoáveis de administradores públicos. Inspirado em *Chevron*, será indagado se há fundamentos normativos para a aplicação de um princípio da deferência no Brasil, como uma alternativa ao cenário de controle ativista dos atos administrativos. Ao final, será proposto um conceito de princípio da deferência à Administração Pública e parâmetros mínimos para aplicá-lo de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

### **3 Capítulo III: Princípio da deferência à Administração Pública**

No capítulo I, foi feita uma descrição do ativismo judicial, a raiz do termo, implicações, fundamentos teóricos e principais críticas a ele associadas, principalmente pelos efeitos negativos gerados em relação ao exercício do núcleo essencial de atividade do poder executivo e legislativo. No capítulo II, o foco foi direcionado especificamente para o poder executivo, levando em consideração o fato de que o ativismo judicial em relação a esse ramo do estado se materializa principalmente através de um controle intenso dos atos administrativos. Para isto, fez-se um apanhado histórico das formas de controle da Administração e, principalmente, da evolução do posicionamento doutrinário brasileiro sobre os limites e alcances do controle judicial do ato administrativo. Verificou-se que a doutrina abraçou cada vez mais hipóteses de revisão judicial.

O propósito do capítulo III é oferecer alternativas. Se for verdade que a doutrina sustentou a ampliação de controle, e isto foi uma premissa fixada no capítulo II, ora pretende-

se fazer o contrário: verificar se há fundamentos para hipóteses de deferência à Administração Pública. Para isto, será defendido um modelo de minimalismo judicial, de modo geral. Depois, de forma específica relativamente às relações travadas entre poder judiciário e poder executivo, será defendido um modelo de deferência à Administração Pública.

Para alcançar a finalidade pretendida, busca-se inspiração nos principais enunciados da doutrina *Chevron*, fazendo-se as adaptações necessárias para que não se incorra em importações acríticas de doutrinas estrangeiras. Apesar do obstáculo, é certo que as descrições dos capítulos I e II apontam para a necessidade de iniciar o diálogo acadêmico sobre um modelo de deferência à Administração Pública, e uma das maneiras de fazer isto é optando por um ponto de partida já consolidado – mas não imune a críticas, como se verá – na experiência estrangeira.

### 3.1 Um modelo de minimalismo judicial

Para sustentar uma doutrina da deferência com inspiração no modelo *Chevron*, importa antes conceituar o que seria um modelo de minimalismo judicial, conduta oposta à ativismo judicial. Também se fala em autocontenção ou autorrestricção judicial, conceitos distintos, mas que se reportam em maior ou menor medida à ideia de que instituições judiciais devem ter um comportamento parcimonioso no exercício jurisdicional ao examinar matérias afeitas aos demais poderes. A ideia de minimalismo recomenda certa postura de autocontenção judicial, como se verá. O propósito desta primeira seção é oferecer, de forma geral, a descrição de uma postura de autocontenção a partir da abordagem de Cass Sunstein sobre minimalismo judicial, para, na próxima seção, analisar a ideia de deferência, com base na doutrina *Chevron*, como uma espécie de recomendação de autocontenção judicial destinada especialmente às relações travadas entre poder judiciário e executivo.

O termo minimalismo judicial designa uma conduta modesta (*small steps*), ao oposto de ambiciosa, em face de casos complexos, de modo a orientar um processo decisório que se pronuncie somente sobre as questões imprescindíveis ao julgamento do caso concreto, sem adentrar em questões controvertidas que se revelem desnecessárias. Em boa síntese, juízos minimalistas tentam decidir os casos concretos ao invés de estabelecer regras

amplas.<sup>392</sup> Daí o nome da principal obra de Cass Sunstein sobre minimalismo judicial se chamar *One Case At a Time* (um caso de cada vez).

A adoção de uma postura minimalista se justifica por uma série de razões, segundo Sunstein. Esta conduta reduz os custos das decisões judiciais ao ser menos ambiciosa do ponto de vista argumentativo na resolução de casos, de modo a facilitar a obtenção de consensos em órgãos colegiados. Ainda mais importante, restringe os efeitos colaterais políticos e econômicos de decisões judiciais, sejam elas acertadas ou não, ao deixar algumas questões não decididas – ou a serem decididas. O minimalismo, ao fim, promove um potencial democrático em certa comunidade ao alocar o poder decisório a atores representativos, sujeitos à responsabilização política.<sup>393</sup>

### 3.1.1 Dimensão procedimental do minimalismo

De acordo com Cass Sunstein, o minimalismo judicial pode ser categorizado em duas dimensões diferentes: procedimental e substancial.<sup>394</sup> Primeiro será analisada a dimensão procedimental, depois substancial.

O minimalismo é procedimental no sentido de que orienta um procedimento a ser adotado por juízes ao resolverem casos concretos, de maneira evitar a emissão de votos profundos e amplos sobre temas que possam se revelar complexos demais ou politicamente controvertidos. Evitam-se decisões categóricas e ambiciosas demais em temas que exijam um comportamento judicial mais cauteloso, voltado ao presente, à resolução do caso concreto – ao contrário de criar normas gerais prospectivas. Com a adoção desse comportamento, juízes deixam questões mais abstratas em aberto propositalmente, de modo a obter maior adesão de pontos de vista divergentes e possibilitar a rediscussão do tema no futuro, além de diminuir os riscos de erros judiciais imprevistos.<sup>395</sup> Para tanto, Sunstein lança mão de um recurso argumentativo que ele denomina de *acordos teóricos incompletos*, como se verá.

### 3.1.2 Julgamentos estreitos e superficiais

---

<sup>392</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 10.

<sup>393</sup> Ibid., p. 4.

<sup>394</sup>Cf. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo, moderação e o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein. **Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol. único, 2007.

<sup>395</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 9-10.

O procedimento minimalista pode ser superficial, ao contrário de profundo, e estreito, ao contrário de amplo. Em primeiro lugar, juízos minimalistas requerem a intenção de decidir de maneira estreita, ao oposto de ampla, sobre os casos submetidos ao poder judiciário, de forma a resolvê-los de maneira centrada no caso concreto, não nos casos futuros e em todas suas implicações circundantes. A exemplo disso, quando um juiz decide sobre as férias de um trabalhador, ele quer decidir apenas aquela circunstância e não sobre como deve ser decidida futuramente os litígios sobre férias, muito menos sobre problemas no ambiente de trabalho em geral, de tal maneira que evite uma fundamentação excessivamente ampla e que amplie o escopo do exercício jurisdicional.<sup>396</sup>

Juízos minimalistas, no sentido superficial, ao oposto de profundo, requerem que ao decidir, por exemplo, sobre um caso complexo de medicamentos, seja ordenado um comando para resolver a situação pontual, concreta, ao contrário de descer aos aspectos estruturantes da matéria ou ao seu princípio fundamental. Propositamente, são deixadas de lado as grandes reflexões sobre como as questões morais controvertidas de fundo devem ser resolvidas, de modo a reter foco sobre a resolução imediata do caso concreto.<sup>397</sup> Esta é camada superficial do minimalismo judicial, ela pretende permitir que pessoas que divergem sobre grandes questões abstratas possam concordar sobre o resultado específico e imediato realizado com base nos mesmos objetos controvertidos, ou ao menos sobre o significado geral de algumas provisões.<sup>398</sup>

Assim, uma das vantagens do minimalismo – em sua dimensão procedimental – é o seu potencial de convergência. Em juízos superficiais, pessoas e instituições podem concordar com o resultado de uma decisão, a despeito de elas divergirem sobre os aspectos fundamentais a ela subjacentes. Pessoas em espectros políticos diferentes não concordarão sobre o significado e a extensão do direito à liberdade de expressão, sobretudo em discussões abstratas, amplas e profundas, mas tendem a concordar em termos superficiais e em casos concretos sobre a aplicação pontual desse direito. Juízes podem discordar sobre até onde a liberdade de expressão vai, mas provavelmente concordarão que o governo não pode impedir uma passeata política, a não ser que haja um grande e claro perigo para o público em geral.

---

<sup>396</sup> Ibid., p. 2.

<sup>397</sup> SUNSTEIN, C. Beyond judicial minimalism. **Harvard Public Law Working Paper**, Cambridge, n. 8-40, 2008. p. 2.

<sup>398</sup> SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 15.

Um juízo minimalista, portanto, não pretende resolver altas disputas conceituais, mas prover uma resposta mais modesta às circunstâncias reais em exame.<sup>399</sup>

Esta aptidão para gerar acordos sobre resultados específicos, em julgamentos modestos, é o que Sunstein denomina de acordos teóricos incompletos. Ele entende que pessoas tendem a discordar tanto maior for o grau de abstração de uma proposição:

O que eu estou enfatizando aqui é que quando pessoas divergem sobre alguma proposição de alto nível de abstração (relativamente), elas podem ser capazes de concordar quando diminuem o nível de abstração. Juízos teoricamente incompletos sobre casos particulares são o material ordinário do direito. E no direito, o ponto de acordo é frequentemente muito particularizado – absoluta e relativamente particularizado – no sentido de que envolve um resultado específico e uma série de razões que não vão muito além do caso concreto. Teorias altamente abstratas raramente são refletidas explicitamente no direito.<sup>400</sup>

A principal vantagem decorrente do minimalismo judicial sob a luz dos acordos teóricos incompletos é que permite a produção de estabilidade social e respeito mútuo, ao promover um maior potencial de acordo entre pessoas divergentes. Um tribunal minimalista, neste sentido, ajuda a atingir um objetivo importante numa sociedade plural: tornar a concordância possível quando ela for necessária e desnecessária quando for impossível.<sup>401</sup>

Sunstein ressalta que isso não significa a ausência de respostas e argumentos judiciais. Reconhece, por exemplo, que há desacordos que não são razoáveis, que devem, portanto, ser resolvidos pelas instituições judiciais. Mas enfatiza que existe uma grande diferença entre uma postura judicial moderada, que se recusa a oferecer respostas ambiciosas às questões fundamentais de uma comunidade, e a simples recusa a oferecer respostas. Por vezes, ambições dessa natureza são desnecessárias e explicações pouco densas, que resultem em consenso entre diferentes pessoas, são suficientes. O que Sunstein sugere, em síntese, é que cortes podem fazer progresso ao deixar de lado as discórdias na maioria dos casos, mediante a convergência através de um encaminhamento modesto, de forma a acomodar a pluralidade existente numa comunidade.<sup>402</sup>

---

<sup>399</sup> SUNSTEIN, C. Op., cit., p. 3.

<sup>400</sup> No original “What I am emphasizing here is that when people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they lower the level of abstraction. Incompletely theorized judgments on particular cases are the ordinary material of law. And in law, the point of agreement is often highly particularized - absolutely as well as relatively particularized - in the sense that it involves a specific outcome and a set of reasons that do not venture far from the case at hand. High-level theories are rarely reflected explicitly in law”. SUNSTEIN, C. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 38.

<sup>401</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 50.

<sup>402</sup> Ibid., p. 14 e 51.

### 3.1.3 Custos e erros judiciais

Juízos minimalistas pretendem reduzir ao máximo os custos decisoriais e custos de erros. Tratam-se de custos diferentes, mas que são igualmente evitáveis por juízos minimalistas sob a premissa de que o poder judiciário tem limitações próprias e seus julgamentos podem gerar consequências indesejáveis. Portanto, eventualmente deve-se adotar uma postura mais contida, mediante juízos estreitos e superficiais.<sup>403</sup>

Decisões minimalistas reduzem os custos decisoriais da atividade jurisdicional no sentido de que cortes costumam ser órgãos colegiados plurais e encontram potenciais dificuldades na formação de consensos sobre questões mais profundas, de modo que decisões minimalistas facilitam julgadores com diferentes pontos de vistas acordarem sobre o mesmo resultado.<sup>404</sup> Neste ponto, a ideia já citada de acordos teóricos incompletos auxilia na produção de consenso entre julgadores com pontos de vista diferentes, além de ajudar na promoção de estabilidade social.

Ademais, diante de casos complexos, o processo de fundamentação é dispendioso, requer uma ampla gama de informações, e, nesta extensão, pode gerar efeitos prospectivos indesejados ao ser amplo e profundo, haja vista a mutabilidade do objeto decidido. Assim, a possibilidade de mudança rápida sobre circunstâncias complexas recomenda uma conduta minimalista, que diminua os ônus decisoriais dos julgadores. Sunstein oferece o exemplo de regulação da liberdade de expressão no âmbito de tecnologias de informação emergentes, ambiente disruptivo onde tudo muda numa velocidade desigual. Uma decisão profunda e ampla em casos dessa natureza, que seja exauriente sobre a matéria e crie uma regra geral, com os ônus argumentativos daí decorrentes, pode gerar efeitos indesejados em situações futuras, transformadas pelo decurso do tempo.<sup>405</sup>

Em sentido similar, juízos dessa natureza minimizam os erros e efeitos sistêmicos das decisões, quer sejam eles políticos, econômicos ou de outra natureza. Tendo em vista que juízes possuem saber limitado e podem errar, como qualquer pessoa de carne e osso, minimalistas acreditam que decisões profundas demais em termos de fundamentação e demasiadamente amplas em termos de alcance tendem a produzir maiores danos.<sup>406</sup> Assim, o

---

<sup>403</sup> Ibid., p. 46-47

<sup>404</sup> Ibid., p. 47.

<sup>405</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 48

<sup>406</sup> SUNSTEIN, Cass. Beyond judicial minimalism. **Harvard Public Law Working Paper**, Cambridge, n. 8-40, 2008. p. 4.

método interpretativo consiste em fundamentar a decisão de um caso concreto com argumentos menos abrangentes quanto for possível, a partir de uma descrição do necessário para justificar o seu resultado.<sup>407</sup>

Por efeitos sistêmicos de uma decisão judicial ambiciosa, cite-se como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal que derrubou a cláusula de barreira, a pretexto de assegurar o princípio da pluralidade partidária, e gerou grandes incentivos para a criação de inúmeras legendas partidárias que hoje compõem o tumultuado quadro político brasileiro. Após a cláusula ter sido declarada inconstitucional, em 2006, constatou-se a cada eleição um aumento abrupto na criação de novos partidos, fator que contribuiu para a alta fragmentação e desestabilização do sistema político brasileiro.<sup>408</sup> O Supremo Tribunal Federal, neste caso, assumiu uma postura ativista e deixou de considerar as variáveis políticas que estavam fora do seu alcance informacional.

Alguém a esta altura pode fazer a objeção de que juízos minimalistas podem agir para perpetuar injustiças, uma vez que recomenda certa postura de autocontenção judicial, algo de menos ambicioso em face de litígios controvertidos. Para Sunstein, esse argumento seria forte caso juízes estivessem numa posição excelente para tomar decisões exatas sobre o conteúdo do que é justo. Se for aceita a premissa de que juízes erram, e que estes erros possam carregar efeitos prospectivos ainda piores, o minimalismo pode ser justificado precisamente por diminuir, ao invés de aumentar, o nível de injustiças, ao reduzir o potencial de impacto de eventuais erros sobre a sociedade.<sup>409</sup>

Em resumo, minimalismo é mais atrativo quando instituições judiciais julgam casos em meio a uma incerteza moral ou factual sobre a matéria, e que envolvam circunstâncias que mudem rapidamente. Ainda, minimalismo é aconselhado quando qualquer solução ampla e profunda possa produzir maiores confusões em casos futuros, quando não haja necessidade de planejamento antecipado ou quando as pré-condições da democracia não estejam em risco. Em outros casos, abordagens não-minimalistas podem produzir melhores

---

<sup>407</sup> OLIVEIRA, C. L.; MOURA, S. P. O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 8., n. 14, jan-jun, 2016. p. 243.

<sup>408</sup> SILVEIRA, M. de P.; RABELO, M. A. A nova cláusula de desempenho e a cláusula de desempenho que o STF não decidiu: fragmentação partidária ou livre participação das minorias? **Revista do TRE-RS**, ano 23, n 44. Porto Alegre: 2018. p. 49-89.

<sup>409</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 49.

resultados. Isto depende de uma análise pontual, e não derroga a tese central de que, em geral, o minimalismo produz menos chance de erros.

Sunstein enumera ao menos quatro circunstâncias em que isso pode ocorrer: quando juízes tenham considerável confiança sobre o mérito da solução que eles possam oferecer, quando a solução possa reduzir incertezas dispendiosas para cortes e litigantes no futuro, quando envolva matéria em que o planejamento antecipado de outros atores é importante e quando uma abordagem não-minimalista produza metas democráticas mediante a preservação das pré-condições da democracia, ou mediante a criação de incentivos positivos a agentes eleitos. Disso resulta que a defesa do minimalismo está associada à análise das controvérsias substantivas subjacentes aos casos concretos.<sup>410</sup>

#### 3.1.4 Dimensão substancial do minimalismo e a promoção da democracia

O minimalismo não se restringe a orientar um procedimento formal, mas também gira em torno de um conteúdo. Por mais que juízes deixem questões em aberto, eles, ao fazerem isso, sempre estarão decidindo indiretamente.<sup>411</sup> A exemplo disso, ao decidir de maneira minimalista um caso sobre aborto, sem a invocação de argumentos altamente abstratos e sem pretender dar um ponto final a essa controvérsia (procedimento), um juiz está concedendo espaço para que essa discussão seja travada dentro de arenas democráticas, ou seja, está decidindo em favor de uma promoção da deliberação majoritária (substância).

Para Sunstein, então, esse núcleo substancial do minimalismo corresponde justamente às “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”, ou à “moralidade interna da democracia”<sup>412</sup>, valores que em suma apontam para a necessidade de o poder judiciário preservar o processo democrático e direitos essenciais, como liberdade religiosa, vedação à tortura, direito de não ser preso arbitrariamente, etc.<sup>413</sup> Em outras palavras, significa que “Cortes devem adotar formas de minimalismo que podem aprimorar e fortalecer o processo democrático, atentando-se para as regras de Direito Constitucional que promovem a responsabilidade e deliberação política”.<sup>414</sup>

---

<sup>410</sup> Ibid., p. 57.

<sup>411</sup> SUNSTEIN, C. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 61.

<sup>412</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 10-11.

<sup>413</sup> SUNSTEIN, C. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 65-68.

<sup>414</sup> OLIVEIRA, C. L.; MOURA, S. P. A minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do senado federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 8. Curitiba, 2016, p. 245.



A recomendação de uma postura minimalista, ao prezar por uma intervenção mínima, propositalmente deixa em aberto alguns dissensos. Deixa as coisas não decididas. Esse estado de indecisão gera um ambiente de incentivos onde os dissensos podem ser resolvidos através do exercício da cidadania e das instâncias políticas representativas. Daí o valor democrático do minimalismo judicial, que assegura que alguns debates serão resolvidos em termos de deliberação política.<sup>415</sup>

Um sistema constitucional democrático pressupõe um controle eleitoral onde representantes são responsáveis perante o público. Neste sistema, atores políticos importantes devem tomar decisões importantes, preferencialmente dentro de um quadro institucional onde haja um intercâmbio de argumentos entre pessoas com diferentes informações e perspectivas, de modo a tornar a divergência uma força produtiva. O minimalismo judicial viabiliza uma promoção desse design institucional.<sup>416</sup>

Juízes podem adotar condutas minimalistas – julgamento estreito e superficial, ou mesmo deixar de reconhecer a competência para o julgamento, com fundamento na deferência a outro poder – para assegurar a promoção da democracia e a responsabilização de atores políticos relevantes, a partir da premissa de que juízes não fazem parte da estrutura política e, assim sendo, devem ser econômicos em matéria de profundos desacordos ou em outros campos que fujam da sua especialidade. Inclusive porque, ainda que escolham a decisão correta, encaminhamentos amplos e prematuros feitos pela via judicial sobre algumas dessas matérias podem resultar em efeitos sistêmicos inconvenientes em razão da insuficiência de informações disponíveis ao judiciário, como já foi citado anteriormente. Ao deixar algumas questões não decididas, ou a decidir em sentido similar, tribunais incentivam atores representativos a tomar a dianteira, quer por sua expertise ou credenciais políticas.<sup>417</sup>

Neste sentido, o minimalismo judicial requer uma espécie de conduta humilde de julgadores ou de “virtudes passivas”, no sentido de que atores judiciais reconheçam a

---

<sup>415</sup> SUNSTEIN, C. Beyond judicial minimalism. *Harvard Public Law Working Paper*, Cambridge, n. 8-40, 2008. p. 4.

<sup>416</sup> One case at a time, 25. Um outro conceito interessante de democracia pode ser encontrado em Robert Dahl, para quem um governo pode ser democrático se verificada a existência de alguns requisitos: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão de adultos. Ao ser adotada uma política pela comunidade, os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer serem conhecidas suas opiniões sobre o rumo dessa política. Ao tomarem a decisão sobre esta política, todos os votos devem ser contados igualmente, com o mesmo peso conferido a todos os membros adultos, garantindo-se a concessão de um tempo razoável para que estes membros possam se inteirar sobre as consequências da decisão em jogo. No mais, o processo democrático deve ser contínuo, aberto às mudanças do tempo.<sup>416</sup> DAHL, R. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB. 2001, p. 49-50.

<sup>417</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 26-27.

limitação da sua capacidade diante de certos casos. Nem sempre as informações disponíveis serão suficientes para formar a convicção judicial sobre determinada matéria, a depender do que se está a julgar. Assim, juízes minimalistas sabem que eventualmente podem falhar e, por consequência, assumem uma postura de maior autocontenção, de modo a respeitar a pluralidade democrática.<sup>418</sup>

O fato de o minimalismo apontar para uma certa conduta de autorrestrrição judicial não significa, como frisa Sunstein, que cortes necessariamente deixarão de revisar atos dos demais poderes. Apenas o farão de outro modo, menos abrangente, de forma pontual, sem ampliar o escopo da revisão judicial com considerações e fundamentos desnecessários, sob pena de impor amarras futuras aos demais atores institucionais.<sup>419</sup>

Em essência, então, o minimalismo constitui-se enquanto doutrina que recomenda um procedimento de maior autocontenção judicial na resolução de casos, atento às limitações informacionais do poder judiciário e seus integrantes, de modo a reduzir os custos decisoriais e efeitos sistêmicos indesejáveis causados por erros. Em outra camada, substancial, há um verniz democrático ligado ao minimalismo judicial porquanto permite a acomodação da pluralidade existente dentro de uma comunidade e a responsabilização de atores representativos para a tomada de decisões. Em certa medida, essa forma de proceder se assemelha com a ideia de deferência à Administração Pública, como se verá na próxima seção.

Cabe, para fins de exemplificação, demonstrar três decisões do Supremo Tribunal Federal, duas que representam condutas minimalistas e uma em sentido contrário.

Em matéria de decisão minimalista, é o caso da ADI nº 3510/DF, que visava declarar inconstitucional parte da Lei de Biossegurança na extensão que permitia as pesquisas com células-tronco embrionárias, ao argumento de haver ofensa ao direito à vida. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação. Neste particular, destaca-se o caráter minimalista do voto da então ministra Ellen Gracie, que assumidamente reconheceu as limitações do poder judiciário para tratar de uma matéria complexa, politicamente controversa, que escapa da sua expertise institucional:

Equívocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana. (...) Buscaram-se

---

<sup>418</sup> Ibid., p. 40-41.

<sup>419</sup> Ibid., p. 28-31.

neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.<sup>420</sup>

Tem-se também a ADI nº 5465/DF, de relatoria do ministro Luiz Fux, que questionava a constitucionalidade da lei orçamentária aprovada em 2016 pelo Congresso Nacional. A ação havia sido ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, com o argumento principal de que houve abuso do poder de legislar (desvio de finalidade), ao reduzir o orçamento do poder judiciário trabalhista por motivos de retaliação política, o que, na visão da autora, seria ilícito, imoral, desproporcional e desarrazoado. A ação foi julgada improcedente e invocou-se a necessidade de haver uma postura de deferência em relação ao mérito da deliberação parlamentar. Expressamente, o voto define que a jurisdição constitucional “não detém capacidade institucional automática ou pressuposta e não pode empreender, no âmbito do controle abstrato, a tarefa de coordenação” das leis orçamentárias. Ademais, consignou-se que “a função de definir receitas e despesas do aparato estatal é uma das mais tradicionais e relevantes do poder legislativo, impondo-se ao poder judiciário, no caso, uma postura de deferência institucional em relação ao debate parlamentar”.<sup>421</sup>

Em sentido inverso, é o caso da Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.530/DF concedida pelo mesmo ministro Luiz Fux que, pela via monocrática,

---

<sup>420</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Relator: Ministro Ayres Britto, DF. 29 mai. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 28/05/2010. Comentando sobre deferência judicial aos demais poderes, Cláudio Ladeira de Oliveira usa do caso acima como exemplo de conduta de autorrestrrição: “Em quarto lugar, juízes e tribunais podem optar por decidir questões politicamente controvertidas de acordo com as preferências dos demais poderes, legislativo e executivo, os quais são capazes de influenciar as decisões judiciais de distintas formas, em graus variados de intensidade. Isso depende em primeiro lugar das características específicas das instituições judiciais, do grau de autonomia administrativa que possuem. A disposição para a deferência judicial está, ao menos em parte, relacionada à existência ou não mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, de mandatos fixos para o tribunal constitucional, da existência de órgão de controle externo etc. Por outro lado, a adesão a princípios de auto-restrrição também pode ser uma opção de princípio por parte dos magistrados. Um exemplo é o voto da ministra Ellen Gracie, na ADI que julgou a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança”. OLIVEIRA, C. L. de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, 2015, p. 199-200. Sobre o tema, também conferir OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Direito como integridade e ativismo judicial: algumas considerações sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2009.

<sup>421</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5468. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 30 jun. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 02/08/2017.

determinou a anulação da aprovação do texto do Projeto de Lei nº 4.850/2016, originalmente concebido como as *10 Medidas Contra a Corrupção*, pelo plenário da Câmara dos Deputados, em sede de controle judicial do processo legislativo (controle preventivo de constitucionalidade), sendo que o projeto ainda seguiria para o Senado Federal, onde poderia receber ajustes e reparos em matéria de constitucionalidade e aderência ao projeto inicial. Em essência, a liminar foi concedida porque a Câmara dos Deputados alterou o conteúdo original do projeto de iniciativa popular, que foi protocolado por deputado federal na forma de projeto de lei ordinário por razões técnicas – a Câmara alegou que não tinha condições de examinar todas assinaturas legalmente requeridas, assim como o fez em outras circunstâncias similares festejadas, como a aprovação da Lei da Ficha Lima. O ministro devolveu o processo à Câmara, com fundamento em normas regimentais *interna corporis* e no “princípio democrático”, onde mandou recomeçar do zero.<sup>422</sup>

Os últimos dois casos se tratam de duas decisões conflitantes entre si, mas conduzidas pelo mesmo magistrado, o que no mínimo sugere uma falta de coerência por parte do STF. Na primeira, o Supremo adota uma conduta minimalista e deixa de apreciar um tema complexo em respeito às capacidades institucionais do poder legislativo, além de fazer referência à natureza política da decisão parlamentar. Na segunda, o STF precipitou-se ao sobrestar prematuramente a norma ainda em curso de formação, sem levar em consideração que os atores político-democráticos poderiam corrigir eventuais distorções do projeto no Senado, principalmente pelo grande apelo social e midiático que envolveu a sua tramitação, e pretendeu oferecer uma resposta ambiciosa a um problema essencialmente político.

### 3.2 A deferência no caso *Chevron*

Feitos os comentários introdutórios sobre minimalismo judicial, enquanto conduta oposta ao ativismo, ora analisa-se a ideia de deferência à Administração Pública, constituída a partir da doutrina *Chevron*, na condição de uma espécie de autorrestrição aplicada especialmente às relações travadas entre poder executivo e poder judiciário, através do controle judicial de atos do executivo. A ideia de analisar *Chevron* parte da necessidade de

---

<sup>422</sup> Para um exame do julgado e do controle judicial do processo legislativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Cf. MEDEIROS, I. K. **Controle preventivo de constitucionalidade**: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da judicialização da política. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 76-86.

buscar alguma referência minimamente consolidada na experiência estrangeira sobre concessão de deferência à atividade administrativa.

O modelo *Chevron* de deferência constitui um pilar fundamental do direito administrativo estadunidense, tendo alguns autores inclusive taxado sua dimensão normativa de “quase-constitucional”<sup>423</sup>, haja vista a sua importância para a cultura jurídica americana. Consiste, em essência, na utilização de um método de exame judicial bifásico de atos do poder executivo. É uma espécie de modelo de autorrestrrição construído ao longo dos anos pela evolução da jurisprudência dos Estados Unidos, tendo como marco principal o caso *Chevron USA Inc. vs. Natural Resources Defence Council*<sup>424</sup>, julgado pela Suprema Corte em 1984.

### 3.2.1 Chevron USA Inc. versus Natural Resources Defence Council

A controvérsia que originou o caso tem como pano de fundo os termos da legislação ambiental conhecida como *Clean Air Act*<sup>425</sup>, que continha um rigoroso programa de conformidade aplicável às áreas que tivessem falhado em atender aos padrões nacionais de qualidade do ar nos Estados Unidos. Pelo programa, uma nova licença era requerida sempre que determinada empresa construísse uma nova “fonte fixa” ou modificasse uma existente. Antes da gestão de Ronald Reagan, a Agência de Proteção Ambiental (EPA - *Environmental Protection Agency*) entendia que o termo “fonte fixa” designava todo aparato ou unidade capaz de emitir algum nível de poluição dentro de uma planta industrial. Sob a égide dessa interpretação, por exemplo, o acréscimo de uma nova caldeira ou a modificação de uma existente exigia um procedimento burocrático de obtenção de uma nova licença administrativa.<sup>426</sup>

Já sob a administração de Reagan, onde havia clara proeminência de medidas liberalizantes da economia, a EPA redefiniu – ou melhor, ampliou – o significado do termo “fonte fixa” previsto no *Clean Air Act*, de maneira a englobar uma planta industrial inteira. Este novo entendimento sobre a legislação fazia parte de uma política governamental de descarregar o setor produtivo dos ônus originados por regulações complexas e excessivas,

---

<sup>423</sup> SUNSTEIN, C. Chevron step zero. **Virginia Law Review**, Virginia, vol. 92, no. 2, 2006. p. 188.

<sup>424</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC**, 467 U.S. 837, 844, 1984.

<sup>425</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Escritório do conselho legislativo. **Clean air act**, 1963. Disponível em: <<https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure>>. Acesso em: 05/01/2020.

<sup>426</sup> SUNSTEIN, C. Chevron without Chevron. **Supreme Court Review**, Chicago, 2018. p. 4.

assegurando às empresas maior flexibilidade no desenvolvimento de suas atividades econômicas. Pela nova interpretação conferida pela EPA, estava permitido que empresas pudessem construir novas fontes de poluição e modificar outras já existentes dentro da planta industrial sem necessidade de obtenção de uma nova licença, contanto que elas não excedessem o limite poluente instituído pelo *Clean Air Act*.<sup>427</sup>

A justificativa fornecida pela agência era de que a interpretação predecessora agia como um desincentivo ao investimento e à modernização de fábricas em funcionamento, porque desencorajava a substituição de peças e equipamentos velhos por aparelhos novos e limpos. Para a EPA, o alargamento da noção de “fonte fixa” produziria desenvolvimento econômico e não causaria mal ao meio ambiente; ao contrário, seria mais benéfico uma vez que geraria incentivos para novos investimentos de modernização do parque industrial.<sup>428</sup>

A medida provocou a reação de grupos ambientalistas, liderados pelo Conselho de Defesa dos Recursos Naturais (NRDC - *Natural Resources Defence Council*), que reivindicavam que o aumento do escopo do termo “fonte fixa” acarretaria num grande potencial de prejuízo ao meio ambiente e à qualidade do ar, além de contrariar as provisões do *Clean Air Act*. A controvérsia foi judicializada pela NRDC, contra ato da então diretora da EPA, Anne Gorsuch<sup>429</sup>, e levada perante o Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, onde em 1982 foi dado provimento favorável ao NRDC<sup>430</sup>.

O Tribunal entendeu que, apesar de a legislação não ser clara sobre esse conceito, a razão de ser do programa de conformidade era a melhoria da qualidade ar em áreas que haviam falhado nesse quesito. Essa melhoria, então, seria viabilizada através das obrigações impostas às empresas, para que as áreas em desconformidade atingissem mais rapidamente os padrões nacionais de qualidade. De acordo com isso, a interpretação levada a cabo pela EPA, ao flexibilizar tais obrigações, frustrava o escopo do *Clean Air Act*.<sup>431</sup>

Sendo uma das interessadas, a companhia *Chevron USA Inc.* recorreu à Suprema Corte em 1983. Tal como a Corte de Apelações, a Suprema Corte entendeu não haver uma clareza a respeito do conceito de “fontes fixas” no que dizia respeito ao texto da legislação. No entanto, foi levado em consideração que a língua inglesa permitia a interpretação segundo

---

<sup>427</sup> Ibid., p. 4.

<sup>428</sup> Ibid., p. 4.

<sup>429</sup> Vale a menção especial ao nome da então diretora da EPA à época dos fatos em razão de um fato curioso. Uma das principais vozes críticas à doutrina *Chevron* no debate público estadunidense atual é a de Neil Gorsuch, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos desde 2017, filho da mesma Anne Gorsuch.

<sup>430</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia. **National Resource Defense Council, Inc versus Gorsuch**, 685 F2d 718, 1982.

<sup>431</sup> SUNSTEIN, C. *Chevron without Chevron*. **Supreme Court Review**, Chicago, 2018. p. 5.

a qual o termo pudesse ser compreendido como uma planta industrial inteira. Para a Suprema Corte, a conotação dada pela EPA era razoável, embora não fosse a única possível.<sup>432</sup>

Diante disso, a Suprema Corte construiu uma resposta que firmaria as bases da doutrina *Chevron* de deferência. Para o relator do caso, o juiz John Paul Stevens, a Corte deveria se perguntar se a intenção do poder legislativo foi clara e inequívoca. Isto é, se o comando previsto na lei não continha ambiguidades ou omissões que pudessem admitir mais de um significado plausível. Se, no entanto, a intenção do Congresso havia sido clara, a discussão estava encerrada, pois caberia ao judiciário, assim como a agência, fazer valer o comando emanado pelo poder legislativo. Se, do contrário, a lei era omissa ou ambígua no ponto em que havia controvérsia, incumbiria ao poder judiciário analisar se a posição adotada pela agência era admissível em face da letra da legislação. Ou seja, se era uma interpretação razoável à luz do texto<sup>433</sup>.

Por ser o coração do argumento, o trecho merece reprodução:

Quando um tribunal revisa a interpretação de uma agência sobre uma lei que ela administra, a corte é confrontada com duas perguntas. Primeiro, sempre, é a questão de saber se o Congresso falou diretamente sobre o assunto em discussão. Se a intenção do Congresso é clara, esse é o fim da questão; pois o tribunal, assim como a agência, deve efetivar a intenção inequivocamente expressa do Congresso. Se, no entanto, o tribunal determinar que o Congresso não abordou diretamente o assunto em discussão, o tribunal não impõe simplesmente sua própria interpretação ao estatuto, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Se o estatuto for silencioso ou ambíguo com relação à questão específica, a questão para o tribunal é se a resposta da agência se baseia em uma interpretação admissível da lei.<sup>434</sup>

A Suprema Corte acrescentou que a interpretação conferida pela agência representa uma acomodação de interesses políticos conflitantes em torno da complexidade técnica que envolve a estrutura regulatória, e, portanto, merece deferência. Segundo o voto do relator, nesses casos talvez o Congresso não tenha obtido êxito na formação de uma coalizão suficiente para especificar o significado de alguns dispositivos legais, ou talvez o Congresso tenha conscientemente desejado que o administrador fosse responsável por ponderar tais

---

<sup>432</sup> Ibid., p. 5-6.

<sup>433</sup> SUNSTEIN, C. *Chevron step zero*. *Virginia Law Review*, Virginia, vol. 92, no. 2, 2006. p. 191.

<sup>434</sup> No original: “When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. 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, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. 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”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC*, 467 U.S. 837-844, 1984.

especificidades em nível de formulação de políticas públicas, tendo em vista a expertise técnica e a responsabilidade política envolvida. Para a Corte, asseverou o voto do relator, essas questões não importam porque juízes não são *experts* nesse campo e não fazem parte de nenhum desses poderes políticos.<sup>435</sup>

Assim, prossegue o voto, em casos dessa natureza as cortes não devem impor as suas próprias preferências sobre assuntos de política pública, ainda que pudessem chegar em outra conclusão caso o processo tivesse brotado de início na esfera judicial. Por outro lado, uma agência incumbida pelo próprio Congresso a formular políticas públicas, dentro dos limites da delegação, é dotada de agentes competentes para exercer essa atribuição. E ainda que agências não sejam diretamente *accountable* do ponto de vista político, são vinculadas ao poder executivo e, por consequência, figuram como instituições apropriadas para acomodar finalidades públicas conflitantes que o Congresso por si só não resolveu, intencionalmente ou não, “à luz da realidade do dia-a-dia”.<sup>436</sup>

### 3.2.2 Os dois passos de *Chevron*

Com base nas premissas supracitadas, a Suprema Corte validou a nova interpretação conferida pela EPA, uma vez que o *Clean Air Act* não continha um conceito inequívoco de “fonte fixa” e a interpretação da agência era admissível, pois pretendia, com base na letra da norma, levar a cabo um programa que acomodava progresso na redução da poluição do ar e crescimento econômico.<sup>437</sup> Estas premissas forjaram o que se convencionou chamar de teste *Chevron* de dois passos (*Chevron two-step test*), ilustrado abaixo:

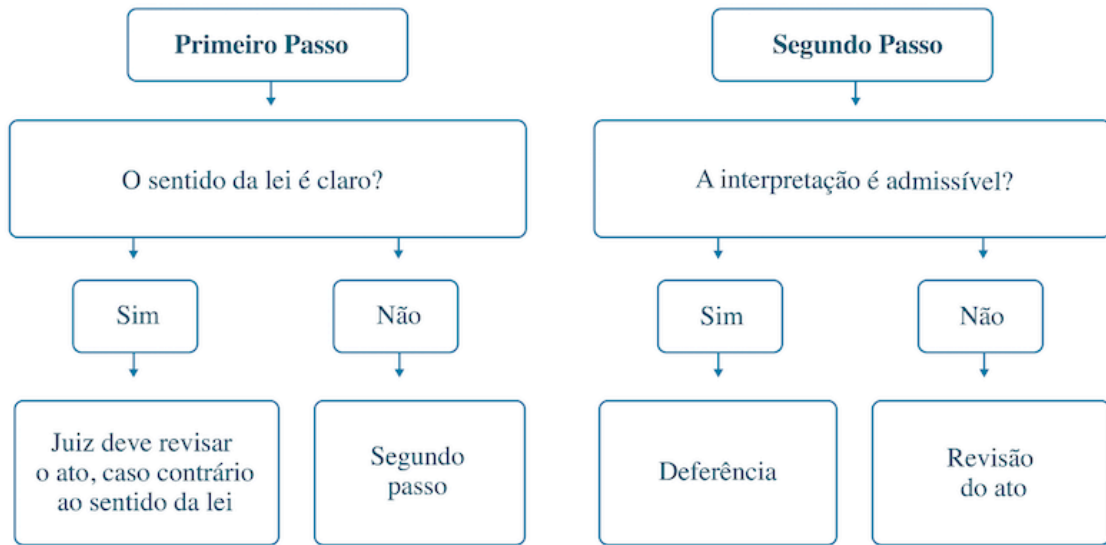
Figura 2 – *Dois passos de Chevron*

---

<sup>435</sup> Ibid.

<sup>436</sup> No original “... in light of everyday realities”, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC*, 467 U.S. 837, 844 (1984), tradução nossa.





No primeiro teste, o juiz avalia se a lei que fundamenta a interpretação de uma agência comporta mais de uma interpretação. Se não comporta, o teste está encerrado, pois o juiz deve ajustar o ato à intenção do Congresso, revisando-o caso contrário ao sentido claro da lei. Se, por outro lado, mais de uma interpretação é admitida, e a interpretação dada pela agência é admissível, o juiz deixa de rever o ato ainda que discorde da opção escolhida pelo administrador. Em suma, usando da síntese do ex-juiz da Suprema Corte Antonin Scalia, *Chevron* é o princípio segundo o qual as cortes aceitarão as interpretações razoáveis de agências governamentais sobre os termos ambíguos de legislações que elas administram.<sup>438</sup>

Isto porque frequentemente a resolução de ambiguidades mais se aproxima de uma questão política do que jurídica<sup>439</sup>. Como destaca Sunstein, “o que é mais impressionante sobre a análise de *Chevron* é a sugestão que a resolução de uma ambiguidade estatutária requer um juízo sobre resolver ‘interesses conflitantes’”, sendo um reconhecimento da Suprema Corte de que exames políticos eventualmente integram o processo de interpretação jurídica.<sup>440</sup> Justamente por isso juízes devem evitar substituir os julgamentos dos gestores pelos seus em matéria típica do poder executivo. Em outro texto, Sunstein enfatiza

<sup>438</sup> SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, 1989. p. 511.

<sup>439</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after *Chevron*. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990. p. 2086.

<sup>440</sup> No original: “What is most striking about the Court’s analysis in *Chevron* is the suggestion that resolution of statutory ambiguities requires a judgment about resolving ‘competing interests.’ This is a candid recognition that assessments of policy are sometimes indispensable to statutory interpretation. SUNSTEIN, C. Beyond *Marbury*: the executive’s power to say what the law is. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2587.

especialmente a ideia de que, segundo *Chevron*, juízes devem confirmar as interpretações administrativas, desde que admissíveis, *ainda que eles discordem dessa interpretação*:

Note que, assim defendida, *Chevron* representa muito mais do que a reivindicação modesta no sentido de que cortes não podem invalidar a ação executiva a menos que a legislação assim o exija. Menos modestamente, *Chevron* significa que tribunais devem confirmar interpretações razoáveis de agências mesmo que eles rejeitassem essas interpretações por conta própria. Tribunais devem estar preparados para dizer: “Se estivéssemos interpretando a lei independentemente, nós diríamos X ao invés de Y; mas porque há ambiguidade, o Executivo está permitido a preferir Y”.<sup>441</sup>

Fala-se também em passo zero de *Chevron* (*Chevron step zero*), que consiste em analisar a lei interpretada pela agência governamental para verificar – antes dos demais passos – se o Congresso teve de fato a intenção de delegar competência interpretativa para aquele departamento. Isto é, o teste zero se desdobra em saber se *Chevron* é de fato aplicável, antes de prosseguir ao primeiro passo.

Este é um aspecto controvertido na doutrina, fundado principalmente a partir do caso *United States vs. Mead Corp.*<sup>442</sup>, de 2001, onde a Suprema Corte limitou a aplicação de *Chevron* para casos onde o Congresso delegou autoridade para a agência elaborar normas com força de lei, e somente na extensão em que a interpretação administrativa clamando por deferência tenha sido realizada no exercício dessa autoridade delegada. Tal intenção congressional, segundo a decisão, pode ser evidenciada pela autorização legislativa de uso de procedimentos formais por parte da agência, como adjudicação ou processo legislativo precedido de aviso geral aos interessados, ou outros indicativos de delegação de autoridade normativa. Em outras palavras, “se às agências foi dado poder para usar procedimentos relativamente formais, e se elas exerceram esse poder, elas têm direito à deferência *Chevron*”.<sup>443</sup>

Disso não resulta que não haverá deferência caso não seja identificada uma clara intenção do Congresso. Ao final do julgamento de *Mead*, a Suprema Corte adicionou que, sendo *Chevron* inaplicável, a agência ainda poderá receber a deferência *Skidmore*, instituída

<sup>441</sup> No original: “Notice that so defended, *Chevron* stands for much more than the modest claim that courts may not invalidate executive action unless the standard legal sources require invalidation. Less modestly, *Chevron* means that courts must uphold reasonable agency interpretations even if they would reject those interpretations on their own. Courts must be prepared to say: “If we were interpreting the statute independently, we would read it to say X rather than Y; but because it is ambiguous, the executive is permitted to prefer Y.”. SUNSTEIN, C. Beyond Marbury: the executive’s power to say what the law is. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2588.

<sup>442</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **United States versus Mead Corp.**, 533 U.S. 218, 2001.

<sup>443</sup> No original: “... if agencies have been given power to use relatively formal procedures, and if they have exercised that power, they are entitled to *Chevron* deference.” SUNSTEIN, C. *Chevron step zero*. **Virginia Law Review**, Virginia, vol. 92, no. 2, 2006. p. 214.

pelo antigo caso *Skidmore v. Swift & Co.*<sup>444</sup>, de 1944. Neste precedente, a Suprema Corte examinou uma agência desprovida de competência para emitir atos de força normativa, concluindo que a interpretação administrativa teria apenas capacidade persuasiva, no sentido de que instituições judiciais deveriam levar em conta a decisão do gestor. Ficou firmado que a Corte deveria apenas consultar as interpretações administrativas que clamarem por deferência, de modo a realizar um exame de consistência e razoabilidade da interpretação, estando a decisão final a cargo da Suprema Corte.<sup>445</sup> Extrai-se do voto condutor do precedente:

Consideramos que as decisões, interpretações e opiniões do Administrador nos termos desta Lei, embora não controlem os tribunais devido à sua autoridade, constitui um corpo de experiência e julgamento informado aos quais tribunais e litigantes podem recorrer adequadamente para obter orientação. O peso de tal julgamento em um caso particular dependerá do rigor evidente em sua consideração, da validade de seus argumentos, de sua consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores, e todos esses fatores que lhe dá poder de persuadir, se não tiver poder para ao controle.<sup>446</sup>

Disso resulta que em *Skidmore* juízes não teriam a obrigação de validar a decisão do gestor se dela discordassem como em *Chevron*. Segundo a doutrina, “sob a revisão *Skidmore*, os tribunais mantêm a primazia interpretativa, mas deferem a interpretação a uma agência com base em vários fatores, incluindo o rigor da interpretação e sua consistência com os pronunciamentos anteriores da agência”<sup>447</sup>. *Skidmore* é, portanto, uma forma de deferência embrionária e mais modesta, que havia sido destronada por *Chevron* em 1984, sendo parcialmente recuperada por *Mead* em 2001.

O caso *Mead* representou uma mudança na orientação firmada por *Chevron*, uma vez que neste último a Suprema Corte havia afirmado que era irrelevante se a figura legal ambígua tinha sido originada por uma intenção do Congresso, ou se a ambiguidade fora fruto de um insucesso na formação de uma coalização política suficiente para esmiuçar o dispositivo legal. Em *Mead*, a Suprema Corte passou a chamar atenção à intenção congressional e condicionar a aplicabilidade de *Chevron* a ela.<sup>448</sup>

<sup>444</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Skidmore versus Swift & Co.**, 323 U.S. 134, 1944.

<sup>445</sup> SUNSTEIN, C. *Chevron step zero*. **Virginia Law Review**, Virginia, vol. 92, no. 2, 2006. p. 211.

<sup>446</sup> No original: “We consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority; do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Skidmore versus Swift & Co.**, 323 U.S. 134, 1944.

<sup>447</sup> BARNETT, K.; BOYD, C. L.; WALKER, C. J. *Administrative law’s political dynamics*. **Vanderbilt Law Review**, Ohio, vol. 71, 2018. p. 1467.

<sup>448</sup> SUNSTEIN, C. *Op.*, cit., p. 196.

Essa intenção do Congresso, de acordo com a doutrina, pode ser explícita ou implícita. No entanto, é identificada a partir de uma especulação sobre o que o legislador hipotético teria desejado em face do caso concreto. É, portanto, uma ficção legal, uma presunção.<sup>449</sup> Vale chamar atenção que, diante disso, é possível notar desde já que *Chevron* não representa uma abdicação do poder judiciário de interpretar a lei, uma vez que conceder deferência mediante o exame das intenções legislativas é por excelência um exercício hermenêutico, ainda que desse exercício possa resultar uma conduta de autorrestrrição judicial, a depender do resultado verificado no teste bifásico de deferência.

A divergência doutrinária acerca do significado e extensão dessa ficção foi marcada pelas opiniões de dois juízes da Suprema Corte especializados em direito administrativo, Stephen Breyer e Antonin Scalia. Ambos compartilhavam do entendimento de que o fundamento principal de *Chevron* era – não tanto ponderações de expertise ou *accountability*, tampouco separação de poderes – o simples fato de o Congresso ter autorizado a delegação de autoridade ao departamento administrativo.<sup>450</sup>

No entanto, Breyer entendia que *Chevron* deveria ser aplicada caso-a-caso, variando a partir da intenção do Congresso, ao contrário de ser manejada como uma fórmula pronta a tudo aplicável. Segundo Breyer, a deferência *Chevron* estaria mais apta a incidir nas circunstâncias práticas, intersticiais, relativas ao dia a dia da Administração, onde a expertise técnica da agência fosse um fator preponderante na resolução do caso. Isto porque, em episódios dessa natureza, haveria *presunção* militando no sentido de que o Congresso desejaria que as agências fossem responsáveis por prover essas respostas. De outro lado, se o caso versasse sobre grandes questões constitucionais (*major questions*), que pudessem “esclarecer, iluminar ou estabilizar uma área ampla do direito”<sup>451</sup>, a presunção da intenção seria inversa, no sentido de que o Congresso desejaria que tribunais fossem a instância decisória adequada a emitir uma posição final.<sup>452</sup>

Esta premissa defendida por Breyer<sup>453</sup> de afastar *Chevron* de circunstâncias que envolvessem grandes questões de direito encontrou ressonância em ao menos três importantes

---

<sup>449</sup> SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, 1989. p. 517.

<sup>450</sup> SUNSTEIN, C. Chevron step zero. **Virginia Law Review**, Virginia, vol. 92, no. 2, 2006. p. 198.

<sup>451</sup> No original “[...] clarify, illuminate or stabilize a broad area of the law”. BREYER, S. Judicial Review of Questions of Law and Policy. **Administrative Law Review**, New York, vol. 38, 1986, p. 317 APUD SUNSTEIN, C. Op. cit., p. 200.

<sup>452</sup> SUNSTEIN, Cass. Op. cit., p. 198-200.

<sup>453</sup> Ibid., p. 236. Como observa Cass Sunstein, ironicamente o juiz Breyer abriu divergência da maioria da Suprema Corte no julgamento na maioria desses casos, a despeito de terem sido julgados com fundamento

casos decididos na Suprema Corte. Foram eles: *MCI Telecommunications Corp. v. AT&T*<sup>454</sup>, *Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*<sup>455</sup> e *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp*<sup>456</sup>. Em maior ou menor medida, em todos esses três precedentes a Suprema Corte afirmou que a agência não merecia deferência porque dificilmente o Congresso teria intencionado que as instâncias administrativas tivessem o poder de decisão sobre as questões em jogos, que eram significantes. A exemplo disso, em *Brown & Williamson*, que discutia a competência da Administração de Comidas e Drogas (FDA - *Food and Drug Administration*) sobre a produção de tabaco, a Suprema Corte afirmou que *Chevron* é baseada em delegação implícita, mas que em alguns casos extraordinários os tribunais devem hesitar antes de concluir que o Congresso pretendeu realizar tal delegação, justamente pela natureza de tais casos. Mais expressamente, a Suprema Corte disse que “nós estamos confiantes de que o Congresso não poderia ter tido a intenção de delegar uma decisão de tal significado econômico e político a uma agência de uma maneira tão enigmática”.<sup>457</sup>

A seu turno, Scalia entendia que a aplicação de *Chevron* como uma regra, ao contrário de um exame caso-a-caso, adicionaria uma vantagem institucional de previsibilidade dos efeitos dos atos promulgados pelo Congresso. Em *Chevron* sendo regra, o Congresso pode prever que as ambiguidades que ele mesmo cria, intencionalmente, serão esquadrihadas por agências governamentais, cuja parcialidade é conhecida, e não por instituições judiciais. Por consequência, o Congresso prezarão por clareza e simplicidade na redação legislativa, caso essa for a sua intenção. Essa previsibilidade instituída por *Chevron*, segundo Scalia, é mais vantajosa do que a jurisprudência caso-a-caso que a precedeu, defendida em parte por Breyer.<sup>458</sup> Conforme observa Cass Sunstein, a abordagem de Scalia oferece uma compreensão mais dinâmica de *Chevron*, ao direcionar foco nos efeitos institucionais que a deferência pode

---

(inclusive com citação) em seus próprios argumentos teóricos expostos no artigo *Judicial Review of Questions of Law and Policy*.

<sup>454</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **MCI Telecomms. Corp. versus AT&T Co.** - 512 U.S. 218, 114 S. Ct. 2223, 1994.

<sup>455</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon**, 515 U.S. 687, 1995.

<sup>456</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp.**, 529 U.S. 120, 2000.

<sup>457</sup> No original: “[...] we are confident that Congress could not have intended to delegate a decision of such economic and political significance to an agency in so cryptic a fashion.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp.**, 529 U.S. 120, 2000.

<sup>458</sup> SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, 1989. p. 517.

ter na atividade legislativa, ao invés de discutir, como Breyer, de que forma a intenção do Congresso aplica ou deixa de aplicar *Chevron*.<sup>459</sup>

Cass Sunstein, por sua vez, vê no passo zero uma tentativa de minar *Chevron* e retomar a primazia da interpretação judicial, o que não só causa uma redução da autoridade das agências governamentais, como adiciona um considerável elemento de insegurança para os litigantes em geral, além de produzir um ambiente onde juizes moldam políticas públicas, sem credenciais políticas ou expertise técnica.<sup>460</sup> Ademais, Sunstein acrescenta que a pretensa distinção entre grandes questões de direito (*major questions*) e questões práticas é frágil demais para figurar como um parâmetro de aplicação de *Chevron* no passo zero, uma vez que não há linhas claras divisando-as. E mesmo se houvesse, Sunstein destaca, as vantagens institucionais implícitas em *Chevron* – expertise e *accountability* – são chaves importantes que jogam a favor da Administração Pública no que diz respeito à alocação de autoridade decisória para as chamadas *major questions*.<sup>461</sup>

### 3.2.3 Muito além das agências reguladoras: o conceito de *agência* nos Estados Unidos

Antes de delimitar o alcance de *Chevron*, é preciso enfatizar uma distinção semântica. O termo agência no contexto dos Estados Unidos por vezes designa conceito diverso daquele usualmente manuseado no Brasil. Inclui, como no Brasil, agências reguladoras, mas também se estende às chamadas agências executivas. Até aqui se fez referências às *agências governamentais*, como forma de englobar ambos os conceitos. Desse modo, *Chevron* não deve ser lida como uma doutrina de aplicabilidade restrita à atividade regulatória, embora seja esse um dos campos alvissareiros para a sua consolidação em virtude das circunstâncias institucionais que o envolvem. O objetivo aqui não é descrever todas as características que compõem o sistema de agências nos Estados Unidos, mas, de forma mais modesta, pontuar aquilo que for importante para entender a funcionalidade de *Chevron*.

Importa oferecer um pouco de contexto também, para diferenciar agências no Brasil e nos Estados Unidos. Lá, o desenvolvimento das agências surge a partir do incipiente estado administrativo provocado pelas políticas do *New Deal*, de Franklin Delano Roosevelt, de aceleração do crescimento econômico após a crise de 1929, mediante a intervenção direta

---

<sup>459</sup> SUNSTEIN, C. *Chevron* step zero. *Virginia Law Review*, Virginia, vol. 92, no. 2, 2006. p. 203.

<sup>460</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>461</sup> *Ibid.*, p. 241-243.

do estado na economia. A estrutura estatal nessa época passou a assumir a titularidade de serviços públicos e atividades econômicas, daí a necessidade, nos Estados Unidos, da constituição de agências especializadas, quer fossem elas reguladoras ou executivas. O Brasil, por sua vez, viu o crescimento de agências associado a um movimento em sentido oposto, de enxugamento da máquina estatal em meados dos anos 1990, principalmente no campo da exploração de atividade econômica. Com essa abertura, foram constituídas agências reguladoras para controlar minimamente a atividade econômica exercida pelos particulares. Ou seja, o estado deixava de exercer determinada atividade, mas permanecia à frente de uma espécie de fiscalização sobre ela.<sup>462</sup>

O conceito jurídico de agência nos Estados Unidos é bem amplo. De início, a literalidade da lei de processo administrativo (*APA - Administrative Procedure Act*<sup>463</sup>) prescreve que o termo agência é entendido como toda e qualquer autoridade do governo dos Estados Unidos, à exceção do Congresso, do poder judiciário, do governo dos territórios, do governo do Distrito da Columbia, comissões bipartidárias, cortes militares, comissões militares e autoridade militar exercida em tempo de guerra ou em território ocupado. A titulação de agência executiva, portanto, “não refere a nenhum título padrão, sendo esclarecido antes por exclusão”<sup>464</sup>. Dessa forma, nos Estados Unidos o termo agência designa, em geral, autoridades administrativas. O próprio direito administrativo dos Estados Unidos é por vezes descrito como o estudo dos poderes e dos limites das agências administrativas<sup>465</sup>, ou “direito das agências”<sup>466</sup>.

O desenvolvimento das agências nos Estados Unidos não obedeceu a uma formulação teórica clara precedente. Elas foram constituídas a partir da necessidade prática de constitui-las<sup>467</sup>. Daí porque incluem variados tipos de autoridades administrativas, conforme indicado na *APA*. Neste amplo rol de autoridades, se encontram essencialmente as agências executivas e agências independentes. Ambas podem exercer atividade regulatória e executiva, mas tais atribuições costumam estar mais associadas, respectivamente, às agências

---

<sup>462</sup> SHECAIRA, C. C. B. M. A competência das agências reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, M. S. Z. (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 420.

<sup>463</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Arquivo nacional. **Administrative procedure act**, 1946.

<sup>464</sup> MODESTO, P. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, abr., 2002. p. 79-80.

<sup>465</sup> GELLHORN, E.; LEVIN, R. M. **Administrative law and process**. Minesotta: West, 1997. p. 8 apud SILVA NETO, O. C. da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 396.

<sup>466</sup> CARVALHO, R. L. M. L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law. In: DI PIETRO, M. S. Z. (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 384

<sup>467</sup> SHECAIRA, C. C. Op. cit., p. 433.

independentes e executivas<sup>468</sup>. As duas, entretanto, se diferenciam sobretudo pelo grau de vinculação ao poder executivo, porque dele fazem parte, embora hajam autores que sustentem que as agências independentes constituam uma espécie de quarto poder paralelo<sup>469</sup>.

As agências executivas exercem gestão administrativa, diretamente subordinada ao poder executivo, com baixo grau de autonomia. Elas estão situadas diretamente dentro do colegiado presidencial. Suas chefias, os chamados secretários, são indicadas e revogadas diretamente pelo gabinete presidencial, sem necessidade de demonstração de justa causa. Em geral, servem para auxiliar a chefia do poder executivo na condução e supervisão da atividade administrativa e suas normativas, nas tarefas diárias da Administração. Em 2018, essas agências empregavam quatro milhões de pessoas e operavam um orçamento de mais de US\$ 2,3 trilhões. São exemplos: Departamento de Defesa, Departamento de Agricultura, Departamento de Justiça, Departamento de Trabalho, e todas as outras subagências altamente especializadas localizadas dentro desses departamentos, como o Escritório de Análise Econômica, o Escritório de Prisões, a Agência de Cibersegurança e Segurança da Infraestrutura, o Serviço de Pesquisas Econômicas, o próprio Serviço Secreto, entre outras centenas mais<sup>470</sup>.

As chamadas agências independentes são concebidas de forma a, na medida do possível, isolá-las das idiossincrasias políticas do poder executivo, para que possam realizar suas funções técnicas. Ou seja, elas estão situadas fora do colegiado presidencial<sup>471</sup>. Elas fazem parte da estrutura de poder do governo e inevitavelmente sofrem influxos institucionais de grupos de interesse, partidos e lideranças políticas, mas nem por isso deixam de estar numa posição de maior estabilidade se comparadas às agências executivas. Num julgamento célebre da Suprema Corte, o juiz Antonin Scalia enfatizou que “as agências independentes estão protegidas não da política, mas do Presidente”.<sup>472</sup>

Tem-se como exemplo de agências independentes a Comissão Federal de Comunicações (*FCC - Federal Communications Commission*), a Agência de Inteligência

---

<sup>468</sup> CUSTOS, D. The rulemaking power of independent regulatory agencies. **The American Journal of Comparative Law**, California, vol. 54, 2006. p. 4.

<sup>469</sup> Cf. STRAUSS, P. L. The place of agencies in government: separations of powers and the fourth branch. **Columbia Law Review**, New York, vol. 84, 1984.

<sup>470</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Branches of the u.s. government. **Usagov**. Disponível em <https://www.usa.gov/branches-of-government>. Acesso em: 05/01/2020.

<sup>471</sup> CUSTOS, D. The rulemaking power of independent regulatory agencies. **The American Journal of Comparative Law**, California, vol. 54, 2006. p. 2.

<sup>472</sup> No original: “The independent agencies are sheltered not from politics but from the President”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Federal Communications Commission versus Fox Television Stations, Inc.**, 556 U.S. 502, 2009.



Central (*CIA - Central Intelligence Agency*), a Comissão Federal de Comércio (*FTC - Federal Trade Commission*) e o Conselho Nacional de Relações do Trabalho (*NLRB - National Labor Relations Board*). Esses órgãos são dotados de mecanismos de garantia de independência, como exigência de justa causa e requerimento bipartidário para procedimento de remoção de cargos indicados pelo gabinete presidencial e a concessão de mandatos longos para os seus dirigentes. Os mandatos longos, em particular, garantem certo intercâmbio político entre gestões presidenciais e uma relativa independência dos dirigentes das agências, uma vez que asseguram que quadros indicados no mandato de um presidente ficarão no cargo por um tempo considerável no mandato do seu sucessor, quer sejam gestões de partidos diferentes ou não.<sup>473</sup>

A definição de poder executivo fornecida por Adrian Vermeule e Eric Posner serve de boa referência para a conceituação de agência nos Estados Unidos:

Por “executivo”, entendemos o gigantesco complexo de instituições políticas nacionais que não fazem parte do ramo legislativo ou judicial. A escala dessas instituições supera todos os concorrentes. O governo federal tem quase 2 milhões de funcionários civis. Cerca de 98% desses funcionários não trabalham no Congresso ou no judiciário, instituições relativamente pequenas que se situam precariamente no topo do Leviatã do estado administrativo. Assim definido, o executivo inclui o presidente e o aparato presidencial (conhecido como o Escritório Executivo do Presidente, que inclui uma dúzia de instituições) e também agências administrativas. A última categoria inclui as “agências executivas”, cujos chefes podem ser demitidos pela vontade do presidente, e as agências “independentes”, cujos chefes podem somente ser demitidos por justa causa; agências independentes também estão um pouco isoladas do controle presidencial por normas incipientes que operam dentro da cultura política de Washington.<sup>474</sup>

Como observa Paulo Modesto, o modelo de agência independente dos Estados Unidos inspirou as agências reguladoras brasileiras, embora hajam diferenças entre elas, naturalmente. No entanto, e isso é importante frisar, as agências executivas dos Estados Unidos não encontram exata correspondência nas agências executivas do Brasil, figuras instituídas pela reforma administrativa de 1988 apenas para aumentar o grau de autonomia e

<sup>473</sup> BEERMANN, J. M. End the failed Chevron experiment now: how Chevron has failed and why it can and should be overruled. *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010. p. 803.

<sup>474</sup> No original: By the “executive,” we mean the gigantic complex of national political institutions that are not part of either the legislative or the judicial branch. The scale of these institutions dwarfs all competitors. The federal government has nearly 2 million civilian employees. 7 Some 98 percent of these employees do not work for Congress or the judiciary, relatively tiny institutions that perch precariously atop the Leviathan of the administrative state. So defined, the executive includes both the president and the presidential apparatus (known as the Executive Office of the President, which includes dozens of institutions), and also the administrative agencies. The latter category includes both “executive agencies” whose heads can be dismissed at will by the president, and the “independent” agencies, whose heads can only be dismissed for cause; independent agencies are also somewhat insulated from presidential control by inchoate norms that operate within the Washington political culture. POSNER, E. A.; VERMEULE, A. *The executive unbound: after the madisonian republic*. New York, NY: Oxford University Press, 2010. p. 5-6.

independência de autarquias e fundações públicas preexistentes mediante flexibilização de regras de gestão administrativa.<sup>475</sup>

### 3.2.4 Alcance de *Chevron*

*Chevron* não é necessariamente uma regra geral. Ao menos não no sentido de que é sempre aplicada pelos tribunais dos Estados Unidos, em qualquer contexto, em qualquer caso. A doutrina da deferência costuma ser uma tentativa de reconstruir as intenções legislativas do Congresso, de modo a identificar uma vontade política de delegação em temas nas quais as agências têm maiores vantagens comparativas para estarem à frente do processo decisório. De acordo com algumas posições doutrinárias, quando essa reconstrução argumenta contrariamente à deferência, ela pode não ser aplicada.<sup>476</sup> No entanto, não há um acordo doutrinário sobre o alcance exato de *Chevron*, de modo que os comentários que seguem não são propriamente definições claras dos limites da doutrina, mas apenas um breve resumo sobre os principais debates feitos em torno dessas tentativas de delimitações.

Em primeiro lugar, há as supracitadas restrições do passo zero, ou ao menos das suas linhas gerais. *Chevron* é admitida quando há uma intenção do Congresso de delegar poderes normativos e jurisdicionais às agências, no sentido de poderem produzir normas e expedir decisões administrativas através da interpretação, e quando essa competência é exercida nos limites dessa delegação. Ainda que, vale ressaltar, a existência de tal intenção seja reconhecida através de uma ficção especulativa, onde o juiz avalia o que o legislador hipotético teria desejado em face do caso concreto. Portanto, pode ser uma intenção explícita ou implícita. Disso resulta que, ausente tamanha intenção, *Chevron* não seria aplicável.<sup>477</sup>

*Chevron* também pode ter aplicação restrita acaso a interpretação discutida envolver questões puramente de direito, e não de subsunção de fatos ao direito. No primeiro caso – questões puramente de direito – as agências governamentais em tese não estão em melhores posições para dizer o que a lei é. No segundo caso, sim. A exemplo disso, e este é um exemplo trazido por Sunstein, tribunais estão mais preparados do que agências para dizer se a Lei de Segurança e Saúde no Trabalho condiciona a regulação de um produto cancerígeno à demonstração de “riscos significantes” por parte da autoridade administrativa,

---

<sup>475</sup> MODESTO, P. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, abr. 2002. p. 79-80.

<sup>476</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after *Chevron*. *Columbia Law Review*, New York, vol. 90, 1990. p. 2.101.

<sup>477</sup> *Ibid.*, p. 2093-2094.

por mais que seja uma disposição ambígua no texto. Por outro lado, agências gozam de melhores condições para dizer o que são esses “riscos significantes”. Tratam de litígios diferentes; um envolvendo puramente questões de direito, onde a expertise legal se afigura mais relevante, outro de subsunção dos fatos ao direito, onde a expertise técnica prevalece.<sup>478</sup>

No entanto, essa posição pode vir a ser problemática. Nem toda questão puramente de direito estará dissociada de aspectos técnicos ou políticos, que, assim sendo, podem ser usados em favor de uma interpretação administrativa. A linha que separa esses polos eventualmente será tênue. Usando do exemplo acima, agências poderão avaliar com melhor qualidade se há vantagens ou desvantagens no condicionamento – extraído por ambiguidade do texto – da regulação de cancerígenos à uma demonstração de riscos significativos por parte da autoridade administrativa. Sunstein, por tal razão, defende uma aplicação menos restrita de *Chevron* nessa matéria, de forma a torná-la mais simples e segura, salvo se houver boas razões para desconfiar da atuação da agência no caso.<sup>479</sup>

Outra questão diz respeito ao alcance da jurisdição das agências governamentais em matéria de regulação. Ou melhor, se uma agência merece deferência judicial sobre a interpretação que ela mesmo dá à sua competência jurisdicional, ao regular atividades econômicas. A exemplo disso, a decisão de uma agência de comunicação que delibera no sentido de regular a televisão a cabo deve ser confirmada, ainda que não seja totalmente claro que a regulação dessa matéria compete a essa agência? Alguém pode argumentar que aqueles que são limitados pela lei não podem decidir sobre a extensão dessa limitação, tal como agências não estão legitimadas para delimitar uma competência delegada pelo Congresso. Neste caso, é mais plausível que o Congresso não queira que agências sejam juízas em causa própria, de modo que a deferência deve ser reduzida.<sup>480</sup>

Sobre este ponto, Sunstein invoca as mesmas dificuldades da definição anterior sobre questões puramente de direito, pois sempre haverá uma linha tênue sobre o que exatamente são assuntos jurisdicionais e o que não são, além de a definição desse dilema perpassar na maioria das vezes por uma alguma technicalidade pertinente ao exercício da agência. Ou seja, ainda que isto pareça um argumento circular para o autor desta dissertação, Sunstein entende que as agências podem estar em melhor posição institucional de dizer a jurisdição da própria agência, justamente por envolver o sopesamento de matérias técnicas.

---

<sup>478</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990. p. 2094-2095.

<sup>479</sup> Ibid., p. 2095-2096.

<sup>480</sup> Ibid., p. 2097-2099.

Para ele, a melhor forma de conciliar expertise, *accountability* e imparcialidade é delimitar que a deferência não deve ser concedida quando uma agência pretender expandir demais sua competência regulatória, justamente para conter o excesso de enviesamento, excepcionando-se os casos onde sejam imprescindíveis considerações técnicas e políticas, o que, por consequência, acabará sendo um exame caso-a-caso.<sup>481</sup>

De modo geral, em casos onde o enviesamento da agência for um risco iminente, pouco haverá a favor da aplicação de *Chevron*. Por exemplo, uma agência não pode, a pretexto de estar interpretando a lei, decidir se possui autoridade para aplicar sanções a partir de ambiguidade ou se tem o poder de abdicar de sua competência e deixar de impor o comando de uma lei federal a um particular. São todas circunstâncias onde o risco de enviesamento - e captura por parte de grupos privados, no último caso - é flagrante. Nestes casos, a imunidade da agência ao controle judicial, através da concessão de deferência, não pode ser racionalmente entendida como parte de uma vontade política expressada pelo Congresso através da lei.<sup>482</sup>

Não menos importante, destaca-se por último o caso de adoção de novas práticas por parte das agências governamentais, principalmente quando se distanciando de condutas consistentes de longa data. Nestes casos, a análise da deferência será mais rigorosa. Este é o posicionamento que a Suprema Corte costumava assumir antes de *Chevron*, tendo mantido mesmo depois da consolidação da doutrina da deferência. O fundamental central dessa delimitação é auxiliar na estabilização das expectativas e conter eventual voluntariedade administrativa.<sup>483</sup>

No entanto, pondera Sunstein, essa delimitação de certa forma advoga contra os próprios princípios balizadores de *Chevron*, na medida em que diminui o potencial de agências agirem mais rapidamente, em face de mudanças que imponham uma reação dinâmica do governo, sem rigidez, e qualificadamente, através de sua expertise. Considere-se, neste particular, o tempo do processo legislativo no Congresso, ou a insuficiência de informações técnicas disponíveis aos legisladores, bem como a dificuldade em obter consensos e produzir normativas que prevejam e reajam contra todo o tipo de mudanças de

---

<sup>481</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990. p. 2099-2100.

<sup>482</sup> Ibid., p. 2101.

<sup>483</sup> Ibid., p. 2102.

circunstâncias fáticas e tecnológicas. Além, claro, das próprias limitações do poder judiciário.<sup>484</sup>

Neste sentido, Sunstein compreende as mudanças de práticas de agências como uma forma de atualização das próprias agências sobre circunstâncias imprevistas, inovações tecnológicas, contingências, ou, ainda, como um processo natural da alteração de poder na democracia, que deve ser bem-vindo. Contanto que as normas interpretadas sejam ambíguas, eventuais mudanças de direção apenas refletirão legítimas transformações em termos de política pública, daí porque não devem deixar de receber deferência por parte dos tribunais, segundo Sunstein.<sup>485</sup>

Por fim, sobre o limite do teste de razoabilidade instituído por *Chevron*, segundo Sunstein há que se considerar que a lei de processo administrativo federal dos Estados Unidos (*APA - Administrative Procedure Act*) desde 1946 prevê que os tribunais deverão rever decisões de agências que sejam *caprichosas, arbitrárias* ou que reflitam abuso da competência discricionária. A inquirição do que é razoável, portanto, deve se assemelhar à jurisprudência dos tribunais sobre o que se enquadra nesses termos, em casos onde foram aplicadas as disposições da *APA*. Em regra, essa previsão costuma exigir que agências forneçam decisões densamente motivadas, com referência clara à fatos e fundamentos jurídicos, e como esses elementos se relacionaram no processo interno de deliberação.<sup>486</sup>

### 3.2.5 Impacto de *Chevron*

As premissas balizadas em *Chevron* tiveram grande impacto na prática judicial estadunidense. Em 1989, Antonin Scalia informava que nos primeiros três anos e meio a decisão foi citada por mais de 600 vezes por cortes inferiores.<sup>487</sup> Em artigo de 2014, Thomas W. Merrill contabilizava que o modelo já havia sido citado 11.760 vezes em decisões judiciais e 2.130 vezes em decisões administrativas, dentro de uma taxa de 1.000 citações em caso judiciais por ano, sendo o terceiro precedente mais citado nos tribunais estadunidenses, além de contar com citações em 8.009 artigos no banco de dados da *Westlaw*, um dos maiores serviços online de pesquisa jurídica dos Estados Unidos. A decisão é mais citada que o

---

<sup>484</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after *Chevron*. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990. p. 2.103.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 2103.

<sup>486</sup> *Ibid.*, p. 2104-105

<sup>487</sup> SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, 1989. p. 512.

próprio caso *Marbury vs. Madison*, o que segundo Merrill parece apropriado, uma vez que *Chevron* é tida como antagônica às suas premissas.<sup>488</sup> A exemplo disso, Cass Sunstein resume a deferência *Chevron* em trocadilho com o enunciado de *Marbury vs. Madison*<sup>489</sup>, como a regra segundo a qual, em face de ambiguidade, é “enfaticamente a competência e o dever do departamento administrativo dizer o que a lei é”.<sup>490</sup>

No entanto, apesar da expansão e do papel que adquiriu, a Suprema Corte não tinha tamanha pretensão ao julgar o caso. Tampouco o relator, o juiz John Stevens, possuía grandes ambições ao proferir seu voto.<sup>491</sup> Para os juízes que fizeram parte do julgamento, o caso era sobre o conceito de “fonte fixa” adotado pela *EPA* com fundamento no *Clean Air Act*, não sobre a busca por um padrão de revisão judicial de interpretações de agências governamentais sobre leis.<sup>492</sup> Quando o caso foi julgado, tratou-se de uma decisão rotineira, que somente anos depois ganhou a dimensão de um ponto de referência judicial.<sup>493</sup>

Um dos sinais claros disso é que o próprio juiz John Stevens posteriormente tomou decisões em casos similares através de métodos de interpretação utilizados antes de *Chevron* – isto é, não através do teste *Chevron* de dois passos. No mesmo sentido, em 19 litígios similares submetidos à Suprema Corte nos anos seguintes, *Chevron* foi citada em apenas um deles.<sup>494</sup>

Inclusive porque a ideia de deferência às interpretações administrativas razoáveis não eram nenhuma novidade na prática judicial dos Estados Unidos e mesmo da Suprema Corte. Adrian Vermeule, por exemplo, relata que a deferência judicial é uma característica natural do estado administrativo que precede *Chevron* e subsistiria mesmo que a decisão fosse revista pela Suprema Corte.<sup>495</sup> Neste mesmo sentido, há registros históricos que rastreiam traços de deferência até 50 anos antes da decisão.<sup>496</sup> O que acontecia era que decisões

---

<sup>488</sup> MERRIL, T. W. The story of Chevron: the making of an accidental landmark, 2014. **Administrative Law Review**, New York, vol. 66, 2014. p. 254.

<sup>489</sup> Como visto no capítulo I, o caso emblemático *Marbury vs. Madison* inaugurou o sistema de *judicial review* nos Estados Unidos da América, e uma das frases mais marcantes do voto relator diz que “É enfaticamente a competência e o dever do departamento judicial dizer o que a lei é” (It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Corte Suprema. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

<sup>490</sup> No original: “it is emphatically the province and duty of the administrative department to say what the law is”. SUNSTEIN, C. Chevron step zero. **Virginia Law Review**, Virginia, vol. 92, no. 2, 2006. p. 189.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>492</sup> MERRIL, T. W. *Op. cit.*, p. 253.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 275-276.

<sup>495</sup> VERMEULE, A. **Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 13.

<sup>496</sup> SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, 1989. p. 512.

judiciais enfrentavam as principais questões debatidas em *Chevron* – se o Congresso havia pretendido um resultado específico ou se havia deixado a decisão a cargo da agência governamental, por exemplo — caso a caso, avaliando principalmente o grau de expertise técnica exigido no assunto, a complexidade da questão e a existência de autoridade legislativa por parte da agência governamental.<sup>497</sup>

Todas essas características da prática judicial estadunidense favoreciam uma maior deferência às interpretações administrativas, mas foi com *Chevron* que esse padrão decisório saiu do paradigma “caso a caso”, o que representava uma fonte de grande incerteza e litigiosidade, e alcançou uma presunção geral de que, no caso de ambiguidades, a discricionariedade das agências seria mantida.<sup>498</sup> Thomas Merrill ainda acrescenta que, tendo a Corte decidido de forma similar antes, a novidade mesmo foi a fórmula criativa apresentada pelo juiz John Stevens na condução do seu voto, e os impactos dela decorrentes.<sup>499</sup>

Merrill lista quatro desses impactos. Primeiro, após *Chevron* a análise deferente passou a ser tudo-ou-nada, porque se o tribunal decidir já no primeiro passo que o poder legislativo emanou um comando claro e que a agência destoou dessa intenção, a agência não recebe qualquer tipo de deferência. Se a corte decide a questão no segundo passo, a agência ganha máxima deferência. Antes de *Chevron*, o nível de deferência variava em diferentes escalas, a depender do contexto específico de cada caso.<sup>500</sup>

Segundo, a decisão consolidou o entendimento de que, havendo ambiguidade, omissão, ou coisa que o valha, existe delegação do Congresso para que as agências administrativas sejam as principais intérpretes da lei. Antes de *Chevron*, este entendimento só prevalecia quando a delegação fosse expressa, não implícita.<sup>501</sup> No entanto, é importante frisar, esse entendimento foi relativizado com o passo zero de *Chevron*.

Terceiro, *Chevron* invocou um argumento da teoria democrática para justificar a deferência, especialmente na parte em que afirma que juízes não integram as instâncias políticas do Estado, tampouco possuem eleitorado, e que agências tem a competência para conciliar finalidades públicas conflitantes, não tribunais, de acordo com a delegação do Congresso – seja porque o legislativo não obteve maioria para decidir as especificidades da

---

<sup>497</sup> SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, 1989. p. 516.

<sup>498</sup> Ibid., p. 516.

<sup>499</sup> MERRIL, T. W. The story of Chevron: the making of an accidental landmark, 2014. **Administrative Law Review**, New York, vol. 66, 2014. p. 255.

<sup>500</sup> Ibid., p. 255-256.

<sup>501</sup> Ibid., p. 256.

lei, seja porque propositalmente entendeu que a agência deveria decidir tais questões à luz da realidade do dia-a-dia. A ênfase na teoria democrática reforçou uma presunção de as agências possuírem autoridade interpretativa delegada e ofereceu uma razão universal para preferir interpretações administrativas ao invés de judiciais.<sup>502</sup>

Em quarto lugar, o precedente incluiu ainda um elemento de comparação institucional dentro da teoria interpretativa. Antes de *Chevron*, era vigente o paradigma universalmente presumido de que é dever das cortes se pronunciar sobre o significado das leis (“*say what the law is*”, fixado em *Marbury vs. Madison*). Depois de *Chevron*, tribunais e juristas gradualmente perceberam que outras instituições, como agências administrativas, talvez tivessem maiores vantagens comparativas enquanto intérpretes, ao menos em algumas circunstâncias.<sup>503</sup>

Tamanha é a evolução da deferência que Adrian Vermeule afirma que o direito administrativo norte-americano é schmittiano, principalmente em casos de emergência após 11 de setembro de 2001<sup>504</sup>, em referência à máxima telegráfica de Carl Schmitt segundo a qual “o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”<sup>505</sup>. Para Vermeule, o direito administrativo norte-americano contém buracos negros e cinzas, domínios em que o ordenamento jurídico, respectivamente, isenta o poder executivo de constrições legais ou prevê conceitos indeterminados como “razoabilidade” e “arbitrariedade”, que, justamente por serem indeterminados, conferem ao poder executivo a prerrogativa de agir conforme seus próprios critérios, de modo que tribunais prestam uma certa deferência à estas atividades em casos de emergências.<sup>506</sup>

Daí a conexão com Schmitt, haja vista a obra do jurista alemão a respeito de legalidade e emergência (ou exceção) em *Teologia Política*<sup>507</sup>. Vermeule associa sua percepção do direito administrativo norte-americano com a teoria de Schmitt, que sustenta

---

<sup>502</sup> MERRIL, T. W. The story of Chevron: the making of an accidental landmark, 2014. **Administrative Law Review**, New York, vol. 66, 2014. p. 256-257

<sup>503</sup> Ibid., p. 257

<sup>504</sup> Em sentido crítico, Giorgio Agamben destaca a prática de exceção estatal nos Estados Unidos após 11 de setembro a pretexto de resolução de emergências: “É na perspectiva dessa reivindicação dos poderes soberanos do presidente em uma situação de emergência que se deve considerar a decisão do presidente Bush de referir-se constantemente a si mesmo, após o 11 de setembro de 2001, como o *Commander in chief of the army*. Se, como vimos, tal título implica uma referência imediata ao estado de exceção, Bush está procurando produzir uma situação em que a emergência se torne a regra e em que a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível.”. AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 38.

<sup>505</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

<sup>506</sup> VERMEULE, A. Our Schmittian Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 122, 2009. p. 1.096.

<sup>507</sup> SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 1.



que o direito não tem como possuir mecanismos de prever e regular eventuais emergências, o que Schmitt chama de exceção, de modo que cabe ao soberano decidir sobre o que é e como proceder em face da exceção. Dessa maneira, e aqui entra a parte de Vermeule, legisladores criam buracos negros e cinzentos no ordenamento jurídico: zonas quase que livres da lei criadas pela própria lei, que autorizam o poder executivo a administrar conforme a emergência requerer e, em função disso, são lidas com deferência por parte do poder judiciário.<sup>508</sup>

Todas essas transformações mudaram a face do direito administrativo desde então, no seu conteúdo. Mas outros fatores contribuíram especialmente para essa involuntária expansão imperial de *Chevron*. Apesar de inicialmente ter passado quase que despercebida, em termos relativos, no final dos anos 80 a aplicação de *Chevron* cresceu 40% e no início dos anos 90 atingiu 60% de crescimento. Ao final da década, a Suprema Corte estava examinando casos puramente para identificar o escopo de *Chevron*, tamanha foi ficando sua relevância.<sup>509</sup>

Esse crescimento pode estar associado a dois fatores institucionais, essencialmente. O primeiro deles diz respeito à massiva adesão dos juízes da Corte de Apelação do Distrito de Columbia à doutrina *Chevron* de deferência. Por questões de distribuição de competência, o Distrito de Columbia é o que, percentualmente, mais recebia casos envolvendo revisão judicial de agências governamentais e esteve, portanto, familiarizado com a matéria de litígios envolvendo deferência às interpretações administrativas. Depois, um número significativo de funcionários do Distrito de Columbia foi promovido para a Suprema Corte na condição de assessores dos magistrados, levando consigo os ensinamentos da doutrina *Chevron*. Em especial, um juiz do Distrito de Columbia, Antonin Scalia, foi promovido a juiz da Suprema Corte em 1986, dois anos depois da decisão *Chevron*. Assim que assumiu o gabinete, Scalia ficou conhecido como o principal expoente da doutrina na Corte.<sup>510</sup>

A segunda explicação plausível para a expansão de *Chevron* é a agressiva promoção da doutrina realizada por advogados do poder executivo. Naturalmente, os procuradores enxergaram enormes vantagens na aplicação da doutrina *Chevron* de deferência, não só por figurar como uma medida de economia de tempo, afinal tornava mais fácil os argumentos de defesa, mas, sobretudo porque o fato de *Chevron* ser facilmente aplicável –

---

<sup>508</sup> VERMEULE, A. Our Schmittian Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 122, 2009. p. 1098-1101.

<sup>509</sup> MERRIL, T. W. The story of Chevron: the making of an accidental landmark, 2014. **Administrative Law Review**, New York, vol. 66, 2014. p. 276-277.

<sup>510</sup> *Ibid.*, p. 277.

bastava à omissão do Congresso sobre algum assunto em litígio – fazia com que virtualmente todos os casos parecessem mais favoráveis ao governo. Não necessariamente as cortes acolheram as teses de início, mas as evidências, segundo Merrill, apontam que o Departamento de Justiça aparecia com cada vez mais frequência nos tribunais para sustentar que a doutrina era aplicável ao maior número de casos possíveis, e que eventualmente tais esforços produziram resultados.<sup>511</sup>

Cass Sunstein ainda acrescenta que a contínua alocação do poder interpretativo para dentro do executivo está associada a dois outros fatores. Em primeiro lugar, a consolidação de um pragmatismo realista na doutrina, que entendia que os cânones interpretativos eram apenas instrumentos retóricos para justificar posições de juízes de natureza política, no sentido não partidário, mas de escolha de comportamentos diferentes dentre diversas opções possíveis. De acordo com esse pensamento, faria pouco sentido delegar a interpretação de cláusulas complexas a juízes e não ao poder executivo, dotado de corpo técnico e credenciais políticas. Em segundo lugar, Sunstein adiciona o fato de que desde o *New Deal* os Estados Unidos assistiram a emergência e legitimação de diversas agências governamentais, através do desenvolvimento do estado administrativo, com a consequente transferência da produção normativa dos tribunais de *common law* para a burocracia federal. Cada vez mais muitas dessas agências eram necessárias na interpretação de normas ambíguas. Essa mudança foi incentivada pelos motivos já citados, de que agências governamentais possuem competência especializada e aptidão para a responsabilização democrática, além de se adaptarem melhor às mudanças no tempo. Para Sunstein, há uma evidente conexão entre a ênfase na abordagem realista sobre a natureza política da interpretação judicial e o entusiasmo pós-*New Deal* pelo crescimento do estado administrativo.<sup>512</sup>

### 3.2.6 Argumentos a favor de *Chevron*

Tem alguns anos que a doutrina *Chevron* vem sendo alvo de críticas contundente nos Estados Unidos, por parte da comunidade jurídica. Muitos também a defendem, naturalmente. Juristas se dividem sobre o assunto, principalmente pelo fato de representar

---

<sup>511</sup> MERRIL, T. W. The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark, 2014. **Administrative Law Review**, New York, vol. 66, 2014. p. 281.

<sup>512</sup> SUNSTEIN, C. Beyond Marbury: the executive's power to say what the law is. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2591-2595.

uma mudança paradigmática no comportamento do exercício jurisdicional, que passa a praticar maior deferência ao poder executivo. Surgem nessa quadra debates sobre as vantagens institucionais dos tribunais e do poder executivo e acerca da qualidade democrática e técnica da decisão proferida por cada um dos ramos do Estado. São vários os aspectos que permeiam os prós e contras em torno de *Chevron*. A conferir, começando pelos argumentos favoráveis.

### 3.2.6.1 Capacidades institucionais: expertise técnica e credenciais políticas

O principal argumento subjacente à *Chevron* é institucional, num sentido de que agências governamentais estão em melhor posição de dar respostas às leis pertinentes ao exercício de suas competências. Quer pela expertise técnica, quer pela responsabilidade política. Alguns autores ainda acrescentam que o departamento administrativo tem melhor capacidade de adaptação às mudanças no tempo, em termos de tecnologia e informação, em comparação ao poder judiciário, como já dito.

É o que Cass Sunstein e Adrian Vermeule chamam de *capacidades institucionais*, chave que altera a perspectiva da interpretação jurídica. A clássica pergunta da doutrina jurídica que invoca “como um texto deve ser interpretado?”, dá lugar a um novo ângulo, que questiona exatamente “como algumas instituições, dotadas de habilidades e limitações distintas, interpretam textos?”.<sup>513</sup> Então ao contrário de pensar em como um texto deve ser melhor interpretado, a abordagem de Sunstein e Vermeule sugere redirecionar o foco sobre quais instituições detém melhor capacidade institucional para a performance interpretativa em questão.

Esta compreensão contrapõe uma visão majoritária da doutrina estadunidense que costuma refletir sobre de que forma eles mesmos – os doutrinadores – interpretariam o texto legal se juízes fossem (“como um texto deve ser interpretado?”). Assim, trabalham com visões idealizadas de juízes, quase heroicas – considere-se o juiz Hércules, de Ronald Dworkin, a exemplo disso<sup>514</sup> –, ao passo que minimizam o papel que poderiam desempenhar outras instituições no exercício da interpretação legal.<sup>515</sup>

---

<sup>513</sup> SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law Research Paper**, Chicago, n. 156, p. 1-55, 2002. p. 2.

<sup>514</sup> Ronald Dworkin trabalha com a imagem de um juiz idealizado, como recurso argumentativo, para explicar seu método de interpretação de direito como integridade: “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules. Nesta seção, e nas seguintes, acompanharemos sua carreira, observando os tipos de juízos que deve emitir e as tensões com as quais deve lidar ao decidir um

Na linguagem de capacidades institucionais, expertise técnica e *accountability* político (ou credenciais democráticas) são as grandes pedras de toque de *Chevron*. A exemplo disso, Sunstein e Vermeule defendem que instâncias generalistas, como tribunais, fariam melhor se se ativessem a certo formalismo interpretativo em face de casos complexos, que extraísse o significado superficial do texto, de modo a afastar interpretações demasiadamente criativas. Em adição, diminuiria a chance de erro judicial e aumentaria a produtividade da instituição. De outro lado, instâncias especializadas, como agências governamentais, poderiam oferecer uma interpretação ampla, ao contrário de formalista, levando em conta a intenção legislativa, aspectos técnicos, interesse de grupos afetados e impactos sociais e econômicos de eventual processo decisório, justamente porque estão em melhores condições institucionais de fazê-lo.<sup>516</sup>

Esta é uma das vantagens institucionais de *Chevron*. O fato de agências governamentais terem alta especialização técnica contribui para que elas possam tomar melhores decisões substanciais sobre aspectos de legislações conexas às atividades que elas exercem. Tomando o exemplo do caso *Chevron*, certamente um juiz terá menos expertise do que um administrador da área, no caso da Agência de Proteção Ambiental, para definir a extensão do significado do termo “fonte fixa”, muito menos para examinar os riscos envolvidos na adoção de um conceito mais amplo ou mais restritivo.

Como já se viu na seção sobre minimalismo judicial, decisões judiciais sobre temas técnicos e complexos podem ter efeitos futuros indesejáveis precisamente porque magistrados não possuem a formação necessária para emitir os melhores juízos sobre áreas não jurídicas. Em matéria de regulação de atividades econômicas, que é um dos terrenos mais promissores para a aplicação de *Chevron*, as implicações prospectivas de uma decisão judicial podem ser invisíveis aos olhos de juízes – acostumados a subsunção, mediante um raciocínio retrospectivo de aplicação de normas à fatos pregressos – ao passo que são observáveis mais facilmente por agências reguladoras especializadas, cujos quadros técnicos são formados para realizar prognoses sobre os impactos de medidas governamentais em determinado segmento econômico.<sup>517</sup> Cass Sunstein, em *Law and After Administration After Chevron*, dá um

---

grande número de casos. Antes disso, porém, farei uma advertência. Não devemos supor que suas respostas às várias questões que se lhe apresentam definem o direito como integridade como uma concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores”. DWORKIN, R. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 287.

<sup>515</sup> SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Op. cit., p. 3.

<sup>516</sup> SUNSTEIN, C.; VERMEULE, Op. cit., p. 29

<sup>517</sup> JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 130-136.

exemplo da complexidade das questões regulatórias em face da insuficiência de características institucionais do poder judiciário que possam fazer frente a elas:

Frequentemente, o processo regulatório é embaraçado pela dificuldade de coordenar várias normativas entre si. Por exemplo, os problemas de poluição do ar e da água estão intimamente enredados. Os esforços para controlar um podem agravar o outro, e há interações complexas entre várias estratégias de limpeza. Se os problemas forem tratados separadamente, eles não serão bem tratados. A EPA é encarregada de implementar vários estatutos e está em uma posição muito melhor do que o judiciário, reagindo como deve a casos únicos, para responder a dificuldades desse tipo.<sup>518</sup>

O ponto é que o controle judicial sobre aspectos complexos pode trazer efeitos sistêmicos indesejados para a regulação. A prioridade em conter um risco pode exacerbar outro, já domesticado. Um exemplo é dado: controles intensos sobre atividades nucleares da indústria nacional, ao argumento de prover a melhor interpretação de determinada normativa, podem incentivar a geração de novas indústrias de carvão e assim agravar os riscos à saúde humana, como a chuva ácida. Este tipo de relação, de incentivos e desincentivos econômicos, de efeitos sistêmicos, dificilmente é captado pelo poder judiciário, em virtude das características institucionais sob as quais foi erigido.

Ainda sobre essa diferença, destaca-se que a maioria dos litígios judiciais são bipolares, ainda que haja uma multiplicidade de partes, o que faz parte do DNA institucional do poder judiciário. As questões regulatórias, a seu turno, costumam ser policêntricas, no sentido de reunirem uma multiplicidade de interesses de corporações, pequenas empresas, população, estado e outros atores distintos, razão porque o regulador deve ponderar interesses em conflito e realizar uma escolha.<sup>519</sup>

Além disso, há que se considerar que o poder judiciário é operado mediante a realização de formalidades jurídicas indispensáveis para assegurar imparcialidade e parcimônia nos julgamentos. São características institucionais importantes para o desempenho de seu núcleo essencial de função, mas que de certa forma impõem uma velocidade menor do que a adequada para a regulação econômica – que exige instituições altamente dinâmicas,

---

<sup>518</sup> No original: “Often the regulatory process is confounded by the difficulty of coordinating numerous statutes with one another. For example, the problems of air and water pollution are closely entangled. Efforts to control the one may aggravate the other, and there are complex interactions among various cleanup strategies. If the problems are treated separately, they will not be treated well. The EPA is charged with implementing numerous statutes, and it is in a far better position than the judiciary, reacting as it must to single cases, to respond to difficulties of this sort”. SUNSTEIN, C. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990. p. 2088.

<sup>519</sup> JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 130-136.

capazes de fazer frente aos desafios dos avanços tecnológicos, distorções de mercado, entre outros aspectos.<sup>520</sup>

Militando em favor de *Chevron* por motivos de expertise, há também o fato de o Congresso não ter como prever realisticamente todos os problemas administrativos, tampouco oferecer-lhes respostas de antemão. Muito menos em aspectos regulatórios, como destaca Sunstein, onde novos desenvolvimentos de tecnologias disruptivas impedem que o poder legislativo possa editar uma normativa especificando como o governo deve agir frente às implicações de cada uma dessas mudanças, se sequer elas mesmas são previstas na maioria das vezes.<sup>521</sup> De modo que o poder legislativo propositalmente deixa em aberto cláusulas que incidirão sobre a atividade administrativa, como maneira de delegar ao gestor um juízo flexível sobre como proceder à luz da experiência do setor.

Da mesma maneira, as credenciais político-democráticas de agências governamentais colocam-nas em posição de legitimidade para tomar decisões discricionárias sobre termos ambíguos, que, por serem ambíguos, necessariamente serão resolvidos através de um exercício interpretativo dentro de uma zona de relativa indeterminação, onde o administrador escolherá uma opção razoável entre outras à sua disposição. Ou seja, a Administração Pública supera o poder judiciário em termos de legitimidade democrática, de modo que as zonas de discricionariedade administrativa devem ser lidas de maneira deferente pelas instituições judiciais.

Sob este ângulo, vale a pena retomar brevemente o que foi discutido no capítulo I, no sentido de que tribunais são instituições contramajoritárias onde seus membros são recrutados por meio de provas ou indicações, sem concorrer a cargos eletivos temporários. Ou seja, não são eleitos e ainda exercem cargos vitalícios. Isto contribui para aumentar o grau de independência e qualidade técnica do exercício jurisdicional, mas implica no afastamento dos desejos da população, tornando os magistrados menos aderentes e responsivos à opinião pública. Isto é positivo na extensão do papel de aplicação do direito dissociado das paixões políticas, mas por consequência torna as instituições judiciais menos adequadas para deter alguma sorte de proeminência sobre o rumo das decisões de gestão pública.<sup>522</sup>

Por mais que nem todas as autoridades administrativas sejam eleitas, as principais lideranças de um setor costumam ser indicadas por um detentor de mandato eleitoral, de modo

---

<sup>520</sup> Ibid., p. 146.

<sup>521</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after *Chevron*. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990. p. 2086-2088.

<sup>522</sup> JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 86.

que estão suscetíveis às vicissitudes da política, como o influxo de pressão popular, partidária, etc. Além disso, possuem mandatos de tempo determinado, o que incentiva ainda mais a busca por satisfação de interesses políticos conflitantes e de fidelidade ao mandatário eleito a qual se encontra politicamente vinculado, inclusive sob pena de demissão por conveniência política.<sup>523</sup>

Como se viu no capítulo II, abra-se um parêntese, estes aspectos políticos da atividade administrativa costumam ser menosprezados pela doutrina, tratados como males a serem combatidos na Administração Pública em nome de princípios semanticamente abertos, que acabam por fortalecer instituições não eleitas. O ponto – voltando ao assunto – é que a dinâmica política da atividade administrativa pode assumir uma feição positiva se for entendida como um fator que gera menor independência da autoridade administrativa diante da população e da política democrática, o que é extremamente desejável em termos de constituir uma instituição capaz de formular políticas públicas adequadas para determinada sociedade<sup>524</sup>.

Um dos efeitos da adoção de uma perspectiva deferente à Administração Pública, levando em consideração a sua dimensão político-democrática, é o deslocamento de poder do setor jurídico para o setor político das autoridades administrativas. As discussões sobre a validade jurídica de determinada decisão administrativa dão lugar ao debate sobre sua conveniência social, política e econômica. Na medida em que isso ocorre, emerge a importância da opinião de profissionais da Administração Pública com formação não jurídica, que ajudarão a identificar não mais a opção imposta pelo ordenamento jurídico, mas “o lastro de soluções juridicamente possíveis dentre as quais a autoridade administrativa pode escolher”. São economistas, administradores públicos, cientistas políticos, enfim, quadros técnicos mais preparados para examinar vantagens e desvantagens nos fins perseguidos pela gestão pública.<sup>525</sup>

Isso, destaca Eduardo Jordão, diminui a “juridicização” de problemas sociais e o império dos profissionais do direito sobre os rumos da Administração Pública, na medida em que aumenta a importância de quadros técnicos e agentes políticos.<sup>526</sup> No mesmo sentido, Cass Sunstein chama atenção para o fato de que, depois de *Chevron*, há uma redução da importância dos advogados na formulação de políticas públicas no interior das agências

---

<sup>523</sup> JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 104-105.

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 104-105.

<sup>525</sup> *Ibid.*, p. 106-107.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p. 107-108.

governamentais, que se limitam a indicar as soluções jurídicas viáveis, com a consequente valorização de outros profissionais no processo decisório sobre as opções disponíveis.<sup>527</sup>

Ademais, neste contexto, as consequências políticas de decisões administrativas – tomadas dentro de uma zona de relativa indeterminação – serão enfrentadas pelos membros do governo, o que adiciona um elemento de *accountability* e responsabilização democrática interessante a esta equação, na medida em que permite maior controle e transparência sobre o processo decisório. Com a prática da deferência, há a vantagem de a decisão tomada pela Administração ser percebida socialmente de fato como uma *opção* do gestor, ao contrário de um contexto não deferente, onde a autoridade administrativa pode invocar o discurso de imposição de uma única solução pelo ordenamento jurídico e os órgãos de controle, numa espécie de dispersão de responsabilidade. Com isso, isto é, num cenário de controle deferente, tem-se a ampliação da responsabilidade da autoridade administrativa pela tomada de decisões, de modo a operar uma transferência do debate público sobre a decisão administrativa, da arena jurídica em direção à esfera política.<sup>528</sup> Dessa forma resume Eduardo Jordão, em referência à experiência internacional sobre deferência judicial à Administração Pública:

O raciocínio não é de difícil compreensão: a responsabilidade da autoridade administrativa é ampliada porque se elimina a desculpa da imposição de uma solução específica pelo sistema jurídico. O controle judicial deferente normalmente parte do princípio de que há várias soluções juridicamente válidas para determinada situação. Portanto, a decisão administrativa efetivamente adotada envolve uma medida de escolha da administração, que deve assumir sua autoria. Num contexto judicial deferente, portanto, o ônus político daquela opção específica é alocado para a autoridade administrativa. De um lado, será preciso justificar por que se adotou a solução em questão, e não outra. De outro lado, será preciso suportar as consequências políticas desta opção.<sup>529</sup>

Jordão ainda adiciona que a experiência internacional da deferência tem apontado para uma ampliação dos mecanismos de participação popular, como maneira de compensar a redução do controle judicial sobre a atividade administrativa, além de assegurar que os grupos potencialmente afetados por decisões da Administração Pública possam ser ouvidos no processo decisório. Associado a isso, nota-se uma maior valorização dos deveres de motivação das decisões administrativas dos gestores públicos, de forma a garantir transparência sobre as escolhas do gestor. É dessa forma que instituições judiciais, ao invés de exprimirem suas próprias opiniões sobre políticas públicas, passam assumir um papel de

---

<sup>527</sup> SUNSTEIN, C. Beyond Marbury: the executive's power to say what the law is. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2599.

<sup>528</sup> JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 86.

<sup>529</sup> *Ibid.*, p. 106.



fiadoras do procedimento em si, estando autorizadas a intervir quando direitos substanciais de participação popular ou deveres de motivação não forem observados.<sup>530</sup>

### 3.2.6.2 Eficiência

A eficiência administrativa também figura como um dos fundamentos da deferência, sobretudo quando considerados os *efeitos dinâmicos* das capacidades institucionais, aqueles provocados ao distribuir-se a autoridade decisória para diferentes instituições do estado. Ou seja, a alocação de autoridade decisória deve ser avaliada em conjunto com os efeitos que elas produzem em outras instituições.<sup>531</sup> No caso de *Chevron*, Sunstein e Vermeule destacam que o crescimento da chamada doutrina do *hard look* – que sustenta um controle judicial mais rigoroso das atividades de agências governamentais – tem relação direta com o fenômeno da ossificação da Administração Pública, além de ter aumentado as possibilidades de erros judiciais em decisões sobre matérias cuja expertise escapam do poder judiciário.<sup>532</sup>

Assim, uma análise que levasse em conta capacidades institucionais e efeitos dinâmicos identificaria vantagens claras na prática da deferência à Administração Pública, haja vista o potencial que tem de aperfeiçoar a atividade administrativa, livrando-a de excessos de revisão judicial desnecessários. Em *Law's Abnegation*, Adrian Vermeule fala que a prática da deferência às agências governamentais representa uma forma de priorizar (*trade off*<sup>533</sup>) eficiência e expertise dos gestores públicos, em detrimento de excesso de controle de eventuais abusos administrativos, que não só inibe a atividade administrativa como é extremamente custoso. O desenho institucional traçado por *Chevron*, por exemplo, incentiva que agências possam interpretar suas próprias regras e que tribunais devam, desde que razoáveis, validar essas interpretações, o que significa abrir certa margem para riscos de abuso. Para Vermeule, esta regra representa uma escolha de priorizar que pessoas com

<sup>530</sup> Ibid., p. 110.

<sup>531</sup> SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law Research Paper**, Chicago, n. 156, p. 1-55, 2002. passim.

<sup>532</sup> Ibid., p. 35.

<sup>533</sup> Em economia, o conceito de *trade off* se reporta à escolha de uma ação econômica em detrimento da outra, geralmente significando que selecionar um curso de ação implica em abrir mão de outro, “isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros. Por exemplo, de acordo com as concepções keynesianas modernas, em determinadas circunstâncias a redução da taxa de desemprego apenas poderá ser obtida com o aumento da taxa de inflação, existindo portanto um trade-off entre inflação e desemprego.”. SANDRONI, P. (org.). **Novíssimo dicionário de economia**. Best Seller: São Paulo, 1999. p. 612.

expertise técnica possam tomar decisões, melhores decisões, ainda que hajam pequenos riscos de abusos aí implicados. O autor chega a dizer que “um certo risco de abuso é tolerável a serviço dos ganhos institucionais gerais”<sup>534</sup>.

Com isso, vale dizer, Vermeule não defende que abusos administrativos devem ser aceitos, mas tão só que há maiores benefícios em jogo quando o estado é organizado de forma a realizar deferência às escolhas da Administração Pública, considerando também todo o custo envolvido no controle intensivo sobre a atividade administrativa.<sup>535</sup> Neste sentido, Eduardo Jordão também chama a atenção aos custos do controle judicial excessivo da Administração Pública, que envolvem desde os gastos com valores públicos relevantes “para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e seu tempo”, até o próprio descontrole do orçamento público por decisões desencontradas entre o controlador e o administrador (considere-se o exemplo de liminares determinando melhorias em estabelecimentos específicos), sem deixar de mencionar a ossificação administrativa imposta pelos controladores.<sup>536</sup>

### 3.2.6.3 Uniformidade nacional e segurança jurídica

Outro argumento a favor de *Chevron* frequentemente lembrado é a vocação da doutrina para promover uniformidade nacional na interpretação jurídica de dispositivos legais gerenciados pelas agências governamentais. Isto se dá através da limitação da competência de tribunais para determinarem o melhor significado desse tipo de legislação. Ao invés disso, instituições judiciais precisam apenas examinar a razoabilidade da interpretação das agências, tornando mais provável que juízes aceitem (ou não aceitem, a depender da razoabilidade da interpretação conferida pela agência) as posições definidas pelo departamento administrativo. Afinal, se o poder judiciário decidir que a interpretação não sobrevive aos dois passos, ele também está auxiliando na estabilização da lei. O ponto é que, ao proporcionar maior deferência, *Chevron* desincentiva questionamentos judiciais desencontrados sobre políticas

---

<sup>534</sup> No original: In other words, a certain risk of abuse is tolerable in the service of overall institutional gains.”. VERMEULE, A. **Law’s abnegation**: from law’s empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 66.

<sup>535</sup> VERMEULE, A. **Law’s abnegation**: from law’s empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 58-70.

<sup>536</sup> JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 359-360.

públicas e permite que agências forneçam um padrão nacional de atuação. Ou seja, *Chevron* interage institucionalmente como um fator de segurança jurídica.<sup>537</sup>

Em *City of Arlington vs. FCC*<sup>538</sup>, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu o “propósito estabilizador de *Chevron*”, asseverando que a doutrina da deferência nela enunciada oferece um padrão de previsibilidade para as interpretações de agências governamentais, em contraste com um cenário em que treze tribunais de apelação julgam de maneira diferente o mesmo tema.<sup>539</sup> Em ângulo similar, Cass Sunstein entende que o princípio da deferência enunciado em *Chevron* pode incentivar o Congresso a prover orientações mais específicas para os administradores, acabando por reduzir o número de litígios e os custos a eles associados. Mas, mais importante, *Chevron* diminui o potencial de balcanização da interpretação da lei, tendo vista que o sistema judiciário do Estados Unidos é altamente descentralizado e pode produzir decisões desencontradas para casos similares.<sup>541</sup>

### 3.2.7 Argumentos contrários a *Chevron*

Curiosamente, um dos argumentos principais contra *Chevron* é baseado no princípio da separação de poderes. Em essência, é dito que *Chevron* retira do poder judiciário a autoridade de dizer o que a lei é, o que fere sua competência constitucional de interpretação jurídica, além de toda a tradição jurisprudencial consolidada a partir do caso *Marbury*. Por consequência, a doutrina fortalece uma transferência de poder dos tribunais para o poder executivo.<sup>542</sup> Inclusive porque, outros destacam, a partir de *Chevron* tribunais devem validar interpretações de agências ainda que eles discordem que a leitura levada a cabo administrativamente seja a melhor à luz da lei.<sup>543</sup>

<sup>537</sup> BARNETT, K.; BOYD, C. L.; WALKER, C. J. Administrative law’s political dynamics. **Vanderbilt Law Review**, Ohio, vol. 71, 2018. p. 1.481.

<sup>538</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **City of Arlington versus Federal Communications Commission**, 569 U.S. 290, 307, 2013.

<sup>539</sup> BARNETT, K.; BOYD, C. L.; WALKER, C. J. Administrative law’s political dynamics. **Vanderbilt Law Review**, Ohio, vol. 71, 2018. p. 1.481.

<sup>540</sup> Perfilhando deste mesmo entendimento, André Bueno da Silveira enxerga na doutrina *Chevron* uma alternativa à insegurança jurídica no Brasil. SILVEIRA, A. B. da. Doutrina *Chevron* no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, dez. 2017. passim.

<sup>541</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after *Chevron*. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990. p. 2090.

<sup>542</sup> GARRY, P. M. Accomodating the administrative state: the interrelationship between the chevron and nondelegation doctrines. **Arizona State Law Journal**, vol. 38, no. 4, 2006. p. 947.

<sup>543</sup> BEERMANN, J. M. End the failed *Chevron* experiment now: how *Chevron* has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010. p. 795.

Quem defende pensamento similar é o juiz da Suprema Corte Neil Gorsuch, um dos grandes expoentes da ala crítica à *Chevron* nos Estados Unidos, indicado ao Tribunal por Donald Trump em 2017, muito embora suas opiniões sejam mais conhecidas em razão da sua prática enquanto magistrado do que por trabalhos acadêmicos. De modo geral, políticos e juízes de inclinação conservadora, como Gorsuch, têm sido antagônicos à *Chevron*.<sup>544</sup> A própria sabatina de Gorsuch no Senado dos Estados Unidos foi marcada por críticas contundentes ao modelo de deferência instituído por *Chevron* e ganhou destaque na imprensa estadunidense<sup>545</sup>, tendo os senadores republicanos feito enfáticos ataques à doutrina. A título de exemplo disso, a ata das audiências com o então candidato a juiz da Suprema Corte demonstram que, durante a sabatina, *Chevron* foi citada 94 vezes<sup>546</sup>.

Na ocasião, Neil Gorsuch defendeu que a doutrina enfraquece a separação de poderes, pois retira do judiciário a competência de dizer o que a lei é, além de provocar grande instabilidade à medida que cria margens para que agências governamentais mudem de opinião a cada nova eleição. Eis alguns trechos da sabatina, retirados dos registros oficiais do Senado dos Estados Unidos, que ilustram essa posição de Gorsuch quando convidado pelo senador Orrin Hatch, do Partido Republicano, a expor sua crítica a respeito da doutrina *Chevron*:

A Seção 706, entretanto, vai além e diz que quando se tratar de questões de lei, as cortes devem interpretar a lei. Apesar desse comando deste órgão, os tribunais criaram uma doutrina que diz que, se houver alguma ambiguidade na lei, a agência pode tomar a decisão sobre o que a lei significa. E eu tenho questionamentos sobre essa doutrina. Eu levantei questionamentos sobre se isso é compatível com a linguagem simples da Seção 706 e com as instruções deste órgão. E eu levantei alguns questionamentos que surgiram em um caso que eu realmente tive que lidar e como isso afetaria pessoas, pessoas reais, se as agências pudessem mudar o significado da lei para frente e para trás a cada 4 anos, dependendo do resultado de uma eleição.

[...] E então, e a separação de poderes? Eu pensei que os juízes deveriam dizer o que é a lei. Eu pensei que era isso que o juiz Marshall disse. E eu pensei que o ponto de

<sup>544</sup> BARNETT, K.; BOYD, C. L.; WALKER, C. J. Administrative law's political dynamics. **Vanderbilt Law Review**, Ohio, vol. 71, 2018. p. 1473.

<sup>545</sup> 'Chevron deference': doctrine in focus at Neil Gorsuch's Hearings. **Voanews**, s.p., 2017. Disponível em <<https://www.voanews.com/usa/chevron-deference-doctrine-focus-neil-gorsuchs-hearings>>. Acesso em: 15/01/2020. POSNER, E.; BAZELON, E. The government Gorsuch wants to undo. **The New York Times**, s.p., 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/01/sunday-review/the-government-gorsuch-wants-to-undo.html>>. Acesso em: 15/01/2020. HAMBURGUER, P. Gorsuch's collision course with the administrative state. **New York Times**, s.p., 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/03/20/opinion/gorsuchs-collision-course-with-the-administrative-state.html>>. Acesso em: 15/01/2020.

<sup>546</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Senado dos Estados Unidos. **Confirmation hearing on the nomination of hon. Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of The United States**, 2017. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>>. Acesso em: 20/01/2020.

os juízes decidirem a lei era porque você quer que alguém neutro e independente diga o que a lei significa, alguém que não tenha um cachorro na caça.<sup>547</sup>

Inclusive, com a adição de Brett Kavanaugh à Suprema Corte, o segundo juiz do tribunal indicado por Donald Trump, em 2018, boa parte do debate público girou em torno da possibilidade de *Chevron* ser revogada<sup>548</sup> pelo Tribunal, o que não ocorreu até agora.

A doutrina *Chevron* também é frequentemente criticada, nessa mesma linha, por se basear numa previsão hipotética do que o legislador teria desejado ao instituir um termo ambíguo numa legislação. A Corte, segundo a crítica, não teria apresentado evidências de que ambiguidades legais costumam representar uma intenção do Congresso de delegar poderes às agências governamentais.<sup>549</sup> Eventual ambiguidade não necessariamente irá refletir uma intenção do Congresso de que as agências deveriam preencher essas lacunas a partir de sua expertise e credenciais políticas. Nem que *Chevron* devesse ser aplicada na hipótese de silêncio legislativo, uma vez que não seria possível extrair do silêncio nenhuma intenção congressual de delegação. A crítica também se dirige ao fato de que a concessão de deferência automática, nos moldes de *Chevron*, não permite identificar as variadas camadas de deferência que o Congresso poderia ter desejado em face da expertise de cada agência; ou seja, não necessariamente o Congresso desejaria que todas as agências recebessem o mesmo nível de deferência.<sup>550</sup>

---

<sup>547</sup> No original: “Section 706, however, also goes on to say that when it comes to questions of the law, the courts are to interpret the law. Despite that command from this body, the courts have created a doctrine that says that if there is any ambiguity in the law, the agency gets to make the decision about what the law means. And I have questions about that doctrine. I have raised questions about whether that is compatible with the plain language of Section 706 and the instruction of this body. And I have raised some questions that arise in a case that I actually had to deal with and how it would impact people, real people, if agencies can change the meaning of the law back and forth every 4 years, depending upon the outcome of an election. [...] And then, what about the separation of powers? I thought that judges were supposed to say what the law is. I thought that is what Justice Marshall said. And I thought the point of having judges decide the law is because you want someone who is neutral and independent to say what the law means, someone who does not have a dog in the hunt”.<sup>547</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Senado dos Estados Unidos. **Confirmation hearing on the nomination of hon. Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of The United States**, s.p., 2017. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>>. Acesso em: 20/01/2020.

<sup>548</sup> GELTZER, J. A. Trump’s Supreme Court might overturn a doctrine, but that won’t destroy the ‘administrative state’. **Los Angeles Times**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-geltzer-kavanaugh-administrative-state-20180805-story.html>>. Acesso em: 15/01/2020. POSNER, E. The far-reaching threats of a conservative court. **New York Times**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/10/23/opinion/supreme-court-brett-kavanaugh-trump-.html>>. Acesso em: 15/01/2020.

<sup>549</sup> BEERMANN, J. M. End the failed Chevron experiment now: how Chevron has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010. p. 797.

<sup>550</sup> GARRY, P. M. Accommodating the administrative state: the interrelationship between the chevron and nondelegation doctrines. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, vol. 38, n. 4, 2006. p. 945-946.

Como coloca Jack M. Beermann, um dos principais acadêmicos críticos à *Chevron*, as próprias condições em que surgem as ambiguidades não sugerem uma intenção do Congresso em delegar poderes às agências. Segundo ele, ambiguidades podem emergir (i) quando o Congresso expressar seus comandos imperfeitamente; (ii) quando o Congresso falhar em antecipar todas as circunstâncias nas quais a norma pode ser aplicável e (iii) quando o Congresso é incapaz ou indisposto a chegar num consenso sobre determinado assunto. Nos casos (i) e (ii), o Congresso terá agido não intencionalmente por definição, de modo que a presunção correta, segundo essa tese, seria que o Congresso desejava que os tribunais corrigissem essas lacunas, como acontece naturalmente na função jurisdicional. Na terceira situação, pressupondo que se trate de uma norma aplicada por uma agência, o Congresso pode ter desejado delegar competência de formulação de políticas públicas, mas não na extensão de que as próprias agências poderão elas mesmas interpretar os limites dessa delegação.<sup>551</sup>

Geralmente críticas como essas partem de teóricos que aderem à chamada doutrina da não-delegação, que consiste – na sua forma mais tradicional, que foi sendo flexibilizada pelo advento do estado administrativo pós-*New Deal* – em entender que o poder legislativo não deve ceder sua competência constitucional a outro ente, pois neste caso haveria concentração de poder num outro ramo do estado. De modo que essa crítica também compartilha do entendimento de que *Chevron* viola o princípio da separação de poderes, pois no mínimo subestima o seu fundamento mais clássico: evitar acúmulo e abuso de poder, através da delegação.<sup>552</sup> E, de acordo com essa linha de pensamento, a separação constitucional de poderes existe justamente para evitar arranjos institucionais como o de *Chevron*, em que administradores podem definir a extensão dos seus próprios poderes<sup>553</sup>, além de conceder margens para que agências governamentais remodelam decisões políticas tomadas pelo poder legislativo, de acordo com suas próprias convicções<sup>554</sup>.

Cynthia Farina, a exemplo disso, sustenta que, de acordo com a inteligência da doutrina da não-delegação e da separação de poderes, o poder judiciário terá a autoridade para dizer o que uma norma significa, ainda que eventual agência tenha interpretado o dispositivo à

---

<sup>551</sup> BEERMANN, J. M. End the failed Chevron experiment now: how Chevron has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010. p. 798.

<sup>552</sup> FARINA, C. R. Statutory interpretation and the balance of power in the administrative state. **Columbia Law Review**, New York, vol. 89, 1989. p. 478-480.

<sup>553</sup> MOLOT, J. T. Reexamining marbury in the administrative state: a structural and institutional defense of judicial power over statutory interpretation. **Northwestern University Law Review**, Evanston, vol. 96, 2002. p. 67.

<sup>554</sup> GARRY, P. M. Accomodating the administrative state: the interrelationship between the chevron and nondelegation doctrines. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, vol. 38, no. 4, 2006. p. 945-946.

luz de evidente delegação congressual. Diante disso, *Chevron* – se entendida como ausência de controle judicial – representa um acúmulo atípico de poder. Isto porque é imperativo manter um forte contrapeso (controle judicial) diante de uma previsão de delegação de poder legislativo ao executivo, como forma de evitar acúmulo de poder, atingindo um ponto de equilíbrio institucional.<sup>555</sup>

Um contraponto relevante a esse argumento, já discutido no capítulo I, é o que Adrian Vermeule chama de uma visão hermética ou “sagrada” de separação de poderes. Vermeule propõe uma superação dessa *linguagem do sagrado* em torno da separação de poderes que seja capaz de reconhecer nas agências uma competência adequada para realizar funções adjudicativas, legislativas e executivas, como uma forma de privilegiar expertise e eficiência do estado. Para Vermeule, o poder judiciário abnega de sua pretensão imperial para deferir às agências justamente por elas exercerem esse poder de forma melhor, através de suas capacidades institucionais, ainda que isso signifique violar uma noção estanque de separação de poderes, pois as agências irão julgar, legislar e executar a lei.<sup>556</sup>

Outro contraponto à *Chevron* é que agências não possuem tanta *accountability* política como propagado pela doutrina, no sentido de que o presidente (ou o agente político eleito responsável) não possui tamanha ingerência e supervisão sobre os departamentos administrativos e tampouco sobre a enorme complexidade das atividades que exercem. Esta perspectiva crítica enfatiza que agências mais se aproximam de órgãos burocráticos e técnicos, com baixas credenciais políticas, de modo que um controle judicial dos seus atos não possui a desvantagem de afastar atores representativos do processo decisório.<sup>557</sup> Nas palavras de Cynthia Farina, “o modelo de julgamento independente não pode suplantam um controle político que não existe”.<sup>558</sup>

Em sentido similar, Beermann também compreende que as credenciais democráticas de uma agência são superestimadas. Isto porque os assuntos discutidos e trabalhados dentro de um contexto de uma agência costumam estar distanciados do debate político e eleitoral, onde predominam questões mais gerais. Ainda, agências estão submetidas às pressões de outras instituições, como o Congresso, ou os próprios membros do Congresso

---

<sup>555</sup> FARINA, C. R. Op. cit., p. 498.

<sup>556</sup> VERMEULE, A. **Law’s abnegation**: from law’s empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 60-71.

<sup>557</sup> GARRY, P. M. Accommodating the administrative state: the interrelationship between the chevron and nondelegation doctrines. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, vol. 38, no. 4, 2006. p. 948.

<sup>558</sup> No original: “the independent judgment model cannot supplant political control that does not exist”. FARINA, C. R. Statutory interpretation and the balance of power in the administrative state. **Columbia Law Review**, New York, vol. 89, 1989. p. 503.

individualmente considerados. Quando elas sucumbem à estas pressões, sobretudo particulares ou em favor de pequenas parcelas do eleitorado, agências não estão cedendo em função de *accountability* democrático, e sim por interesses estreitos.<sup>559</sup> Interessante notar que a visão crítica de Beermann sobre deferência, neste ponto, perpassa por uma imagem pejorativa do processo político, como discutido no capítulo I.

Beermann ainda adiciona que essa relação democrática e de *accountability* é muito menos visível, quando não inexistente, em caso de agências independentes, já citadas anteriormente, aquelas cujo design institucional é concebido de modo a reduzir a interferência do poder político sobre as suas atividades, como é o caso das agências reguladoras no Brasil. Para Beermann, o argumento da *accountability* não é tão forte em circunstâncias que envolvam atividades de agências dessa natureza, justamente pela falta de controle rigoroso e centralizado por parte do gabinete presidencial, estando inclusive estas agências costumeiramente mais suscetíveis às pressões de membros do Congresso do que do próprio governo.<sup>560</sup>

Seguindo na linha crítica ao fundamento das credenciais democráticas e *accountability* de agências, Beermann introduz um contraponto interessante, usando de um recurso argumentativo inclusive utilizado nesta dissertação, no capítulo I, embora na forma da imagem invertida no espelho. No capítulo I enfatizou-se como os argumentos teóricos neoconstitucionalistas pressupõem uma visão idealizada de juízes e pejorativa de instâncias político-democráticas, sejam elas administrativas ou legislativas. Nesta linha, Beermann entende que o argumento da *accountability* em *Chevron* só se sustenta ante uma visão negativamente idealizada de juízes tentando impor suas próprias preferências em matéria de políticas públicas, contra agências respaldadas por um considerável *pedigree* político-democrático. Para ele, o ponto central desse argumento desdenha a possibilidade de magistrados estarem, de boa-fé, tentando identificar o melhor sentido da intenção do Congresso mediante um justo exercício de interpretação. Se esta premissa é fixada, segundo Beermann, é possível enxergar *Chevron* como um dilema entre uma agência tentando imprimir sua própria agenda (ou a agenda presidencial), contra uma instância judicial

---

<sup>559</sup> BEERMANN, J. M. End the failed Chevron experiment now: how Chevron has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010. p. 803-804.

<sup>560</sup> BEERMANN, J. M. End the failed Chevron experiment now: how Chevron has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010. p. 803.



tentando criar barreiras para que o governo não deixe de se ater à agenda promovida e verdadeiramente intencionada pelo Congresso.<sup>561</sup>

Diante disso, prossegue Beermann, há uma contradição em *Chevron* no que diz respeito a sua vinculação com a teoria democrática. Tendo em vista que a democracia é constituída não só por oficiais eleitos e suas decisões, mas também por um processo de deliberação democrática, então a escolha de uma agência que possa se distanciar das intenções do Congresso é menos democrática do que o exercício hermenêutico de um tribunal, em busca da real intenção legislativa mediante o uso de cânones interpretativos, como exame literal do texto, história legislativa do dispositivo e a sua relação sistêmica com outras normas. Neste caso, os tribunais estariam confirmando o argumento democrático e constitucional de que o Congresso é a instância adequada para produzir decisões sobre políticas públicas, não as agências governamentais.<sup>562</sup> Claro que, como se vê, a visão de Beermann pressupõe uma outra idealização de instituições, apenas com sinais trocados em relação àquela que ele se dispõe a criticar.

Beermann ainda acrescenta motivos para revogar *Chevron* com base nas promessas não cumpridas pela doutrina, ou nos problemas que ela mesma criou. Para o norte-americano, *Chevron* não só é desprovida de fundamentos normativos convincentes para mantê-la vigente, como também possui efeitos práticos indesejados. São eles, resumidamente: a doutrina *Chevron* foi construída de maneira precária, tendo sido pouco clara nos seus fundamentos principais; a Suprema Corte pouco tempo depois criou novas regras para a aplicação do primeiro passo, cada vez com um entendimento diferenciado, o que desarranjou toda a doutrina a ela subjacente, de modo a instituir diferentes e conflitantes linhas de julgamento; *Chevron* não obteve o efeito desejado de aumentar o nível de deferência às agências governamentais, mas, ao contrário, permitiu que tribunais agissem livremente para alcançar qualquer resultado que quisessem em termos de controle judicial de interpretações administrativas da lei; a Suprema Corte não cita *Chevron* na mesma proporção que aplica ela, o que significa que há um descompasso entre teoria e prática na doutrina; e, por último, Beermann compreende que *Chevron* gerou mais incerteza do que estabilidade, sobretudo em matéria de sua aplicabilidade, o que forçou a Suprema Corte a construir uma nova doutrina complicada e pouco clara, o chamado passo zero de *Chevron*.<sup>563</sup>

---

<sup>561</sup> Ibid., p. 801.

<sup>562</sup> BEERMANN, J. M. End the failed Chevron experiment now: how Chevron has failed and why it can and should be overruled. *Connecticut Law Review*, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010. p. 802.

<sup>563</sup> Ibid., p. 809-810.

### 3.2.8 *Chevron* na jurisprudência brasileira

Mais recentemente, a doutrina *Chevron* tem sido lembrada pela jurisprudência brasileira. Foram, ao menos, três casos do Supremo Tribunal Federal, dezesseis do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cinco do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e dois do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nem todos aplicaram *Chevron* de fato, muito menos demonstraram percorrer os dois passos firmados no precedente da Suprema Corte, mas os fundamentos da doutrina foram em regra invocados pontualmente para assegurar deferência à Administração Pública. Em maioria, *Chevron* foi citada em casos que envolviam questionamentos sobre atos de agências reguladoras. As decisões do Supremo, pela importância que carregam, receberão uma análise mais detalhada.

Na ADI nº 4.874/DF, de 2018, o Supremo Tribunal Federal considerou improcedente alegação de inconstitucionalidade de resolução da ANVISA que restringia a comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco que contivessem aditivos. Em seus fundamentos, a Corte asseverou que “não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência sobre seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei.”. A doutrina *Chevron* é expressamente citada no item 9 da ementa do julgado e, de forma mais detalhada, no inteiro teor do acórdão:

A doutrina da deferência administrativa, conhecida como *Chevron* deference porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto.<sup>564</sup>

Na ADC nº 42/DF, de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do Código Florestal de 2012 (Lei

---

<sup>564</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Rosa Weber, DF. 1º fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 01 fev. 2019.

Federal nº 12.651<sup>565</sup>). Este caso não tratou de controle judicial de ato administrativo, mas é trazido aqui por conta de *Chevron* ter sido citada em sua fundamentação. A tese central do pedido era que o diploma legal ofendia o artigo 225 da Constituição Federal, que prescreve, de forma ampla, o direito intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na ocasião, o Supremo entendeu que se tratava de tentativa de controle judicial de políticas públicas escolhidas pelo legislador, no exercício discricionário de processo político democrático, de modo que a escolha merecia deferência. Disse o Supremo que a “capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas”. Fundamentando a decisão em exemplos de deferência judicial e autorrestrição, o acórdão mencionou a doutrina *Chevron*:

Outro caso emblemático é o *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837, 1984), envolvendo o *Clean Air Act*. Essa lei federal de 1977 exige a adoção de medidas para o combate à poluição e delega poderes regulatórios à agência ambiental americana, a Environmental Protection Agency (EPA). A questão controvertida envolveu mudança de regulação da EPA, do governo Carter, que previa limites de emissão de poluentes para qualquer dispositivo em uma fábrica – no governo Reagan, a EPA modificou a regra para que os limites incidissem sobre toda a fábrica e não isoladamente para cada máquina. A mesma ONG ambientalista, NRDC, foi a juízo alegando que a nova regulação da EPA violou o *Clean Air Act*. A Suprema Corte não deu razão à ONG, entendendo que o judiciário deve ser deferente às interpretações plausíveis que os reguladores realizem ante textos legais silentes ou ambíguos. Assentou-se, na oportunidade, que, “se o estatuto é silente ou ambíguo relativamente à específica controvérsia, a questão a ser resolvida pela Corte consiste em definir se a resposta da agência é baseada em uma construção permitida do estatuto” (tradução livre do trecho: “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”).<sup>566</sup>

No RE nº 1083955/DF, de 2019, o Supremo manteve decisão administrativa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que impôs penalidades às empresas que praticavam formação de cartel na região do Distrito Federal, entre outras infrações econômicas. Neste caso, o Supremo não mencionou expressamente a doutrina *Chevron*, mas

---

<sup>565</sup> BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 25 maio, 2012.

<sup>566</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade. Relator: Ministro Luiz Fux, DF, 28 fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 13 out. 2019.

usou de boa parte de seus fundamentos citando bibliografias especializadas, principalmente *Law and Administration After Chevron*, de Cass Sunstein<sup>567</sup>. A Corte afirmou que a “Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação” e a “a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória”, de modo que “a expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário”.<sup>568</sup>

No caso dos precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, as menções à *Chevron* se restringem à reprodução da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.874/DF.<sup>569</sup> Em maioria, os julgados pautavam atividades de agências reguladoras e discutiam a possibilidade de adoção de uma postura de autorrestrrição judicial em face da complexidade da matéria – à exceção de dois, que discutiam em controle difuso de constitucionalidade as competências do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, comparando sua atividade normativa à das agências reguladoras, tendo a ADI nº 4.874/DF sido citada como exemplo de posição jurídica deferente a essa competência.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, a seu turno, tem dois precedentes que citam a doutrina *Chevron* indiretamente, através da reprodução da ementa da ADI nº 4.874 do Supremo Tribunal.<sup>570</sup> Ambos mantiveram vigentes normas expedidas por agências reguladoras, com fundamento no precedente do Supremo Tribunal Federal.

O histórico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região é o que mais chama atenção, por ter sido vanguarda em termos de discussão de *Chevron*. Desde 2007 alguns magistrados da Corte vem discutindo essa matéria, ainda que pontualmente. Como dito, a doutrina foi mencionada em 16 processos diferentes. Primeiro em 2011, depois foi citado em quase todos os anos seguintes até 2019. No caso mais antigo, por exemplo, a Corte assegurou deferência a um ato praticado pelo INMETRO, ao argumento de que é “de ser aplicada,

---

<sup>567</sup> SUNSTEIN, C. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990.

<sup>568</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 28 mai. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 7 jun. 2019.

<sup>569</sup> A decisão foi citada nos seguintes acórdãos: Agravo de Instrumento nº 4003870-78.2019.8.24.000, Agravo de Instrumento nº 4005828-02.2019.8.24.0000, Agravo de Instrumento nº 8000158-62.2018.8.24.0900, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 8000497-39.2017.8.24.0000 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 8000190-67.2018.8.24.0900, todas de 2019.

<sup>570</sup> Trata-se da Apelação Cível nº 1020602-69.2019.8.26.0053 e da Apelação Cível nº 1016674 58.2018.8.26.0114, ambas de 2019.

nesses casos, a Chevron doctrine do direito americano” e em seguida passou a explicar os dois passos de *Chevron*.<sup>571572</sup>

Essencialmente, os casos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região versavam sobre atividade de agências reguladoras, como a Agência Nacional de Petróleo, ou outras instituições de caráter técnico da Administração Pública, como o já mencionado caso do INMETRO, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o ICMBio, IBAMA e o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Santa Catarina. Note-se, portanto, que na corte mais vanguardista em matéria de aplicação de *Chevron*, a doutrina não ficou restrita às agências reguladoras e teve seu escopo ampliado, sobretudo para matérias cuja expertise técnica fugia das capacidades institucionais do poder judiciário.

### 3.3 Princípio da Deferência à Administração Pública no Brasil e seus Fundamentos Jurídicos

Em face da doutrina de deferência instituída por *Chevron*, algumas lições podem ser extraídas e aplicadas ao Brasil. Naturalmente, deverá haver uma modulação. Não basta mimetizar uma doutrina estrangeira e esperar que ela seja utilizada no Brasil na mesma extensão que é manuseada nos Estados Unidos em matéria de aplicabilidade e eficácia. No entanto, isto não é motivo para deixar de tomar proveito dos seus principais enunciados e tentar usá-los para solucionar as questões apresentadas nos capítulos I e II. Neles, viu-se que o ativismo judicial está inserido dentro de um contexto de depreciação discursiva e institucional da atividade administrativa, em favor das instituições judiciais, sob o argumento de concretização de princípios amplamente respaldado por parcela da doutrina administrativista, esta inspirada de maneira significativa nos postulados neoconstitucionalistas. Viu-se que um dos principais efeitos desse fenômeno é a evolução das teses de controle judicial do ato administrativo, onde a competência discricionária tem cada vez menos prevalência sobre a

---

<sup>571</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5000950-20.2011.4.04.7200. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, SC. 11 jul. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio Grande do Sul, 11 jul. 2011.

<sup>572</sup> São os processos que citam a doutrina: Apelação Cível nº 2006.72.99.000489-0, de 2007, Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5000950-20.2011.4.04.7200, de 2011, Apelação Cível nº 5000053-89.2011.4.04.7200, de 2012, Apelação Cível nº 5009574-58.2011.4.04.7200, de 2014, Apelação Cível nº 5007407-34.2012.4.04.7200, de 2015, Apelação Cível nº 5004908-77.2012.4.04.7200, de 2015, Apelação Cível nº 5000259-64.2015.4.04.7200, de 2015, Apelação Cível nº 5001170-58.2010.4.04.7004, de 2015, Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5000259-64.2015.4.04.7200, de 2015, Apelação Cível nº 5017727-46.2012.4.04.7200, de 2016, Apelação Cível nº 5020358-60.2012.4.04.7200, de 2016, Agravo De Instrumento nº 5031858-53.2016.4.04.0000, de 2016, Agravo de Instrumento nº 5031858-53.2016.4.04.0000, de 2016, Agravo de Instrumento nº 5033604-19.2017.4.04.0000, de 2017, Agravo de Instrumento nº 5033604-19.2017.4.04.0000, de 2018 e Apelação Cível nº 5021568-91.2017.4.04.7000, de 2019.

atividade jurisdicional. São cada vez mais hipóteses de controle do ato administrativo, com fundamento em conceitos vários dotados de considerável abertura semântica. Lastreado nos principais enunciados e fundamentos da doutrina *Chevron*, pretende-se oferecer uma consistência teórica ao princípio da deferência de modo a apresentar parâmetros gerais para um controle deferente, na forma de um contraponto ao que vem sendo empregado por parte da doutrina.

Certamente, há dificuldades na importação do princípio da deferência. Dificuldades que não podem ser desdenhadas. O enunciado de *Chevron* não possui caráter universal e as diferenças substanciais devem ser observadas, sob pena de tratar os Estados Unidos como um *sítio de produção*, onde as principais teorias de direito são produzidas e aplicadas indistintamente, e o Brasil como um *sítio de recepção*, que as acolhe acriticamente, usando-se aqui dos termos de Diego Eduardo López Medina, que critica os chamados transplantes de teorias<sup>573</sup>. De fato, é necessário levar em consideração a dificuldade de cognoscibilidade dos contextos políticos, intelectuais e jurídicos que formaram o pensamento transplantado.<sup>574</sup> Daí porque o uso da deferência *Chevron* neste trabalho restringe-se à inspiração sobre os seus enunciados, não havendo que se falar em transplantação da íntegra da doutrina, tendo em vista diferenças evidentes. De forma mais direta, toma-se empréstimo das palavras de André Bueno, para quem “defender meramente a importação da Doutrina *Chevron* sem atenção para a condição específica do Brasil é absolutamente sem sentido”.<sup>575</sup>

Considere-se que o princípio da deferência instituído por *Chevron* foi erigido dentro de um sistema jurídico de tradição *common law*, onde os tribunais criam o direito (ou declaram o direito preexistente) na elaboração prospectiva de normas através da interpretação

---

<sup>573</sup> MEDINA, D. E. L. **Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2004. p. 16-18. O autor trabalha com o conceito de teorias transnacionais de direito (TTD), aquelas que se pretendem universais sobre os sistemas jurídicos de todos os países, mas geralmente são emanadas de um sítio de produção. Sobre estes, o autor os conceitua como “um medio especial em donde se producen discusiones iusteóricas com altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho. Los sítios de producción están usualmente afinados em los círculos intelectuales e instituciones académicas de Estados-nación centrales y prestigiosos. Por conseguinte, los países centrales generan los productos más difundidos de TTD, productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente, venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo”. Sobre os sítios de recepção, “estos países transplantan o usan ideas originadas em jurisdicciones prestigiosas. Estas jurisdicciones prestigiosas, según los comparativistas, son las figuras parentales de familia jurídicas. Las jurisdicciones periféricas son los hijos de las familias, y sua misión, como em las familias humanas, es aprender mediante mimesis de sus padres” LÓPEZ MEDINA, D. E. **Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2004. p. 17.

<sup>574</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

<sup>575</sup> SILVEIRA, A. B. da. Doutrina *Chevron* no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, dez. 2017. p. 137.

da lei escrita combinada com os costumes gerais<sup>576</sup>, plasmado na força vinculante dos precedentes. O direito no Brasil é fundado com base num sistema *civil law*, em tese mais aderente à letra da lei e à certeza jurídica que ela pretende representar<sup>577</sup>. Logo, por medida de coerência, torna-se necessário apontar quais são os fundamentos jurídicos positivos que possam dar sustentação normativa ao princípio da deferência no Brasil. No entanto, embora hajam diferenças significativas entre os dois sistemas jurídicos, uma boa dosagem de pragmatismo do direito administrativo norte-americano serviria bem ao atual estágio do direito administrativo brasileiro, permeado por idealizações.<sup>578</sup>

Considere-se também, como já foi observado, que o sistema de agências dos Estados Unidos difere significativamente do Brasil, muito embora seja possível traçar um paralelo a partir da perspectiva de que agências independentes norte-americanas correspondem às agências reguladoras brasileiras, ao passo que agências executivas correspondem de modo geral ao restante da estrutura da Administração Pública no Brasil. No entanto, esta premissa não precisa ser verdadeira para ajudar na costura do desfecho deste trabalho. Apesar das diferenças, o ponto é que as razões institucionais que motivam o princípio da deferência de *Chevron* se assemelham significativamente com as razões institucionais brasileiras. Ambas apontam para uma problemática relação de proeminência judicial sobre as funções típicas da atividade administrativa, que desconsidera todas as vantagens institucionais comparativas do poder executivo.

Hoje os tribunais brasileiros eventualmente aplicam o princípio da deferência, ou princípio da deferência às decisões técnico-administrativas. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem julgado neste sentido em caso envolvendo atividade de agência reguladora<sup>579</sup>. No entanto, essa aplicação parece ser realizada de uma forma um tanto genérica e limitada a

---

<sup>576</sup> Hoje alguns processualistas falam em aproximação do *civil law* com o *common law*, ao menos em matéria de respeito aos precedentes judiciais, em virtude de ter sido gradativamente desmistificada a ideia histórica de que juízes apenas aplicariam a letra da lei, sem margem considerável de interpretação. MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 49, dez. 2009. p. 34-56.

<sup>577</sup> *Ibid.*, p. 12-19.

<sup>578</sup> Neste sentido, Eduardo Jordão destaca que “Uma eventual virada pragmática do direito administrativo, se de fato ela vier a se realizar, terá sido influenciada principalmente pela doutrina administrativista dos Países de Common Law, anteriormente tão negligenciada. Ela poderia gerar duas consequências muito relevantes, uma na prática jurisprudencial e outra na teoria (ou doutrina) do controle judicial da Administração Pública no Brasil”. JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 361.

<sup>579</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.688. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DF. 1 jun. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 23 jun. 2010.

aspectos técnicos, no sentido de que deve o poder judiciário ser contido ao examinar matérias complexas que escapam da sua expertise. Fala-se pouco, por exemplo, em deferência sobre atos de considerável dimensão política. Falta substrato que dê corpo ao que exatamente significa e qual a extensão do princípio da deferência, sobretudo para que não caia na vala comum do uso desmedido de princípios. O princípio da deferência, para ser coerente com o que se dispõe a contrapor, não pode se tornar mais um princípio coringa a tudo aplicável. Por isto importa esclarecer que o conceito de princípio aqui empregado não é o mesmo compartilhado pela doutrina de neoconstitucionalismo administrativista citada criticamente no capítulo II.

Por princípio, entende-se um axioma que serve de justificativa para um conjunto de regras, uma espécie de conceito guarda-chuva. Há um bloco de fundamentos jurídicos que recomenda uma postura de autorrestrição judicial em matéria de controle de atos administrativos, a depender da natureza desses atos. A razão para a existência dessas regras – o princípio por detrás delas – é a deferência ao poder executivo. Este bloco de regras, então, constitui a manifestação prática do princípio da deferência.<sup>580</sup>

Sob este ângulo, o princípio não é um mandado de otimização ponderável, tampouco terá o condão de afastar regras. Mas a justificativa a ele subjacente pode ser utilizada para fins de interpretação de regras<sup>581</sup>, quando o ordenamento jurídico não prover uma resposta definitiva sobre determinada matéria. No direito administrativo, em especial no ambiente de controle, isto é especialmente importante haja vista a busca do órgão controlador pela única resposta correta mesmo em face da indeterminação do direito<sup>582</sup>.

Para sustentar tudo o quanto acima exposto, em primeiro lugar serão delineadas as razões institucionais que fundamentam o uso do princípio da deferência no Brasil, evitando-se repetições em matéria de vantagens comparativas, já exploradas na seção 3.2.6.1, quando se falou sobre as melhores condições institucionais do poder executivo em comparação ao poder judiciário para emitir determinados juízos. O ponto agora é demonstrar em que medida os principais enunciados do princípio da deferência de *Chevron* podem ser usados no Brasil, diante das semelhanças das circunstâncias que o tornaram necessário nos Estados Unidos. Em segundo lugar, serão delineados os fundamentos jurídicos positivos que dão sustentação normativa ao princípio da deferência. Não são poucos, basta querer enxergá-los. Em terceiro

---

<sup>580</sup> SUNSTEIN, C. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 30.

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>582</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 66-68.



lugar, será apresentado um parâmetro geral de aplicação do princípio da deferência, inspirado nos enunciados de *Chevron*, com as devidas diferenciações necessárias a torná-lo adequado ao contexto brasileiro.

### 3.3.1 Razões institucionais para o uso do princípio da deferência no Brasil

A Administração Pública está em melhor posição para tomar decisões que envolvam a sua expertise e/ou condição política, principalmente em comparação ao poder judiciário. Não se pretende revolver estes argumentos na medida em que já foram bem discutidos anteriormente, principalmente na seção 3.2.6.1. Por si só, estes pontos jogam em favor de uma aplicação consistente e sistemática do princípio da deferência judicial no Brasil. Considere-se ainda todo o quadro desenhado no capítulo I, de forte ativismo judicial influenciando sobre os rumos de políticas públicas e alocações de orçamento da Administração, em boa parte das vezes substituindo um juízo político – no sentido de escolher uma dentre outras opções possíveis – do gestor público.

Outros argumentos serão explorados aqui. Além das vantagens comparativas, o contexto institucional do Brasil requer a implementação de uma *cultura da deferência* por razões de segurança jurídica, previsibilidade, eficiência e mesmo retomada do crescimento econômico. Sem pretender amplas generalizações, o fato é que o excesso de controle judicial sobre a Administração Pública está na raiz de uma variada gama de obstáculos do dia-a-dia da atividade administrativa. Esta crítica é aplicável aos órgãos controladores de modo geral, mas, para efeitos desta dissertação, será levado em conta o papel desempenhado pelo poder judiciário.

A começar pelo problema da indeterminação do direito. Prevalece no Brasil uma cultura do controle disposta a encontrar a melhor – senão a única – resposta do ordenamento jurídico para algum desafio enfrentado pela Administração Pública, socialmente complexo ou prático. Conforme observa Eduardo Jordão, a “indeterminação é um dado, uma constatação objetiva”, em face das limitações do processo legislativo – que não tem condições de legislar sobre tudo – e de toda “complexidade do mundo moderno”. Sem embargo, o mito da “completude do ordenamento jurídico ainda tem bastante força no Brasil e conduzem muitos operadores a supor ser sempre possível identificar” a resposta específica nele prevista. Com fundamento em princípios e enunciados diversos, o controle impõe a sua opinião como a

melhor à luz do direito, e por consequência desdenha a admissibilidade jurídica de interpretações em contrário providas do âmbito administrativo.<sup>583</sup>

Naturalmente, essa dinâmica privilegia os operadores do direito, uma vez que cabe a eles interpretar e prover a melhor solução sobre a aplicação concreta da lei ao dia-a-dia da Administração Pública. No entanto, essa posição tende a desprezar o *know-how* de outras profissões em matéria de gestão pública, além da própria experiência acumulada do gestor de boa-fé, que, como se diz, *está na ponta* da atividade administrativa – e isso, no mínimo, conduz a uma presunção acima do razoável de que ele, mais do que o juiz, tem condições para dizer se uma solução é viável ou não. A despeito disso, gestores veem suas decisões constantemente anuladas por um olhar externo em virtude de divergirem da interpretação do controlador sobre determinada solução, igualmente válida perante o ordenamento jurídico.<sup>584</sup>

Jordão chama atenção também ao que chama de *idealização dos fatos*, isto é, “as condições materiais, factuais e objetivas para que a administração pública realize os ambiciosos projetos do direito público nacional”. Trata-se de ativismo judicial, onde juízes invocam cláusulas abertas para se imiscuírem nas atividades típicas da Administração Pública, a despeito das limitações concretas enfrentadas pelos gestores. A exemplo do já citado caso da concessão judicial de medicamentos, ou de ingerência em políticas públicas em geral, em que magistrados corrigem as decisões de gestores públicos invocando prescrições constitucionais amplas, sem levar em consideração as “condições materiais” para implementá-las. Por vezes, inclusive, ao argumento de que a insuficiência orçamentária não serve de fundamento relevante para a negação ao direito à saúde. Por resultado, tem-se o desequilíbrio do orçamento governamental, com impacto em outros serviços prestados pelo poder público.<sup>585</sup>

Como desdobramento deste contexto, surge o que se chama de *Administração Pública do medo*, onde o controlador veste a figura de um “propósito messiânico de depuração da Administração Pública aos seus olhos corrompida” e passa a punir agentes administrativos, com penalidades severas, que variam de multa até prisão, com fundamento na perspectiva jurídica – pretensamente única – encontrada pelo controlador.<sup>586</sup> Nada obstante, a

---

<sup>583</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 66-67.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>585</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 69.

<sup>586</sup> NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. Administração pública do medo. **Jota**, s. p., 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>>. Acesso em: 05/01/2020.

rotina da atividade administrativa exige que gestores forneçam soluções nem sempre prontas no ordenamento, que, portanto, exigem um juízo discricionário. Carente de deferência, o processo de revisão dessas decisões penaliza o agente público pelo caminho escolhido muitas vezes dentro dessa zona de discricionariedade, ainda que à míngua de sinal de má-fé do gestor.<sup>587</sup>

Por consequência, gestores não querem inovar. Como observa Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr, “o novo pode dar errado e o erro, repita-se, é punido com severidade”. De modo que é mais vantajoso “repetir o velho” ou mesmo cair num estado de inanição administrativa, onde agentes não querem compartilhar a responsabilidade de uma decisão administrativa pelo medo, real e concreto, de padecerem de procedimentos punitivos.<sup>588</sup> Não por coincidência, aqui é possível fazer um paralelo com o que Cass Sunstein chamou de ossificação da atividade de agências a partir do desenvolvimento da doutrina do *hard look*, discutida na seção 3.2.6.2, que, na contramão do princípio da deferência, sustenta um controle judicial mais rigoroso das atividades de agências governamentais.

Alguns efeitos dessa conjuntura são notáveis dentro do próprio preenchimento de pessoal, com o “afastamento de bons nomes dos quadros da Administração Pública”.<sup>589</sup> Pelo ambiente de risco, há resistência de mão-de-obra qualificada para ingressar em carreiras da Administração Pública. O outro lado da moeda desse fenômeno é “a atração para estes postos principalmente de indivíduos propensos a riscos”.<sup>590</sup>

Há, ainda, um argumento de eficiência e desenvolvimento econômico bem intuitivo subjacente a esse debate. Se o excesso de controle paralisa a Administração Pública, significa que as instituições perdem em eficiência e o Brasil em desenvolvimento econômico e prestação de serviços públicos, em matéria de saneamento básico, infraestrutura, saúde, educação, entre outros ramos. Egon Bockamnn Moreira traça essa correlação entre deferência, eficiência da Administração Pública e crescimento econômico. Moreira destaca que a busca incessante dos órgãos de controle por uma decisão administrativa ideal, sem levar em consideração as dificuldades reais do gestor, aumenta os custos de transação e adiciona grandes desestímulos aos administradores a trabalharem com perseverança no setor público; tudo isso dentro de um contexto doutrinário onde muitos juristas brasileiros tendem a desprezar a importância da eficiência administrativa, em favor de uma cultura de maior

---

<sup>587</sup> Ibid.

<sup>588</sup> Ibid.

<sup>589</sup> Ibid.

<sup>590</sup> JORDÃO, E. Op. cit. p. 69.

controle repressivo. Em razão disso, Moreira defende a aplicação do princípio da deferência como maneira de aperfeiçoar a atividade do Estado e diminuir algumas de suas travas, tornando-o mais eficiente.<sup>591</sup> É um típico exemplo de *efeito dinâmico* positivo proporcionado pela atribuição deferente de maior poder interpretativo à Administração Pública, na linha do que Cass Sunstein e Adrian Vermeule chamam atenção em *Interpretation and Institutions*, discutido nas seções 2.6.6.1 e 2.6.6.2.

Vale mencionar um contraponto, também de natureza institucional, levantado por André Bueno no já citado artigo *Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica*. O autor defende a aplicação do princípio da deferência consolidada pela experiência *Chevron*, como o próprio título sugere, na condição de uma saída da crise de insegurança jurídica vivenciada pelos gestores públicos do Brasil. No entanto, e essa ressalva é válida, Bueno chama a atenção que esta solução perpassa também por um “fortalecimento institucional da administração pública do Brasil”, em matéria de transparência decisória, conflito de interesses de agentes públicos, intensificação do combate à corrupção, entre outras possibilidades. Em essência, Bueno defende que “deve-se buscar ao mesmo tempo o objetivo de longo prazo (redução da insegurança jurídica), mas com atenção ao problema de curto prazo (fortalecimento da administração pública do Brasil)”.<sup>592</sup> Na visão do autor desta dissertação, este melhoramento não deve servir de condição à implementação de uma cultura da deferência judicial à Administração Pública, mas é interessante que, no mínimo, sirva de sua diretriz, como forma de legitimar a atividade administrativa e a redução do excesso de controle.

Como exposto, há uma série de efeitos negativos originados do excesso de controle sobre a atividade administrativa no Brasil. Desde a fuga de pessoal qualificado até a paralisia administrativa, com impactos no desenvolvimento econômico e na prestação de serviços públicos relevantes. Há uma preocupação especial em relação à falta de segurança jurídica para os gestores públicos, frequentemente chamados a responder procedimentos punitivos temerários, fator que gera uma resistência dos próprios agentes em inovar dentro da Administração Pública. Aliada às vantagens comparativas da Administração Pública – expertise técnica e credenciais político-democráticas –, estes fatores institucionais são

---

<sup>591</sup> MOREIRA, E. B. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, s.p., 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 19/11/2019.

<sup>592</sup> SILVEIRA, A. B. da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, dez. 2017. p. 137-144.

suficientemente relevantes para a implementação de uma cultura da deferência judicial à atividade administrativa no Brasil, como uma alternativa a este quadro.

### 3.3.2 Fundamentos Jurídicos

A aplicação do princípio da deferência no Brasil exige mais do que argumentos puramente institucionais. Requer embasamento normativo com contornos bem definidos, precisamente para se tornar um parâmetro decisório seguro, à altura do seu propósito estabilizador. Os fundamentos jurídicos são adiante arrazoados.

#### 3.3.2.1 Separação de poderes

A separação de poderes é a grande pedra de toque do princípio da deferência, plasmada no artigo 2º da Constituição Federal. No entanto, é preciso antes tecer alguns esclarecimentos sobre o uso do termo *separação de poderes* nesta altura, isto porque, como foi visto, a relação de *Chevron* com separação de poderes é um tanto problemática, tendo boa parte das críticas à doutrina partido de uma visão estanque sobre a alocação de competências no estado, como é o caso da teoria da não-delegação.

Relembre-se que um dos principais contrapontos a isso é justamente a superação de uma visão “sagrada”, nos termos de Adrian Vermeule, de separação de poderes, que seja capaz de reconhecer nas agências governamentais uma competência para realizar funções adjudicativas, legislativas e executivas – ainda que isso se trate do contexto particular norte-americano, é preciso levar em consideração. Para Vermeule, o poder judiciário abnega de sua pretensão imperial para deferir às agências por elas exercerem esse poder adequadamente, através de suas capacidades institucionais, ainda que isso signifique violar uma noção estanque de separação de poderes, pois as agências irão julgar, legislar e executar a lei. Vermeule fala em *trade off*, no sentido de que tribunais preferem potencializar os benefícios de um estado eficiente, onde políticas públicas são feitas por agências com expertise, por mais que agências exerçam múltiplas tarefas, do que potencializar um estado regido por uma separação de poderes ortodoxa.<sup>593</sup>

---

<sup>593</sup> VERMEULE, A. **Law’s abnegation**: from law’s empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 71.

Aqui pretende-se uma posição intermediária. Não se pretende romper com a separação de poderes, atribuindo excesso de competências à Administração Pública, nem a elevar esse princípio a um patamar radical como faz a doutrina da não-delegação, de modo a desconsiderar todas as vantagens institucionais em deferir às interpretações administrativas.

O uso de separação de poderes aqui se reporta aos argumentos discutidos no capítulo I, no sentido de que esse desenho institucional se funda essencialmente em dois aspectos: contenção do abuso de poder (argumento oitocentista) e especialização funcional (argumento contemporâneo). Pelo argumento oitocentista, significa que deverá haver controle judicial sobre os atos administrativos. Pelo argumento contemporâneo, significa que esse controle será deferente, em homenagem à especialização funcional (capacidades institucionais) da Administração Pública. Não se trata, portanto, de um conceito estanque de separação de poderes, mas flexível de modo a conciliar o contrapeso judicial com o exercício de atividade interpretativa (dizer o que é a lei, num número considerável de ocasiões) por parte do poder executivo – algo que pode causar estranheza a uma visão hermética de separação de poderes.

Lastreada de forma geral neste preceito, a deferência significa respeito às decisões dos agentes públicos em função da competência especial a eles atribuída<sup>594</sup>. Conforme dito, um dos fundamentos da separação de poderes – além de contenção de abuso de poder – é justamente a especialização funcional que cada poder tem para realizar o seu núcleo essencial de atividade. Não por motivo diferente que ativismo judicial, nos termos já referenciados, pode ser definido como a “incursão insidiosa” das instituições judiciais sobre o “núcleo essencial da função constitucionalmente atribuída a outros Poderes”, em que há a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário”<sup>595</sup>. O contrário dessa incursão judicial é a deferência, traduzida na cautela do poder judiciário em revisar atos que são tipicamente reservados ao poder executivo.

Disso resulta que a aplicação do princípio da deferência dependerá significativamente da natureza do ato controlado. Quanto mais típico for o ato praticado, maior é a recomendação para que o magistrado adote uma postura de autorrestricção quando for revisá-lo.<sup>596</sup> Isto significa dizer que a deferência deve recair principalmente sobre atos tecnicamente

---

<sup>594</sup> MOREIRA, E. B. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, s.p., 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 19/11/2019.

<sup>595</sup> RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

<sup>596</sup> Por consequência lógica, isto também implica em dizer que, no que toca ao controle judicial, a “intensidade será tanto maior quanto mais bem posicionado estiver o controlador para solucionar a questão específica que lhe foi trazida”. JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). **O Direito**

complexos e atos de considerável dimensão política, que correspondem, respectivamente, às duas principais vantagens institucionais comparativas da Administração Pública, que a diferencia sobremaneira do poder judiciário: expertise técnica e credenciais político-democráticas.

Atos complexos devem ser administrados por instituições guarnecidas de expertise técnica. Esta é uma afirmação quase intuitiva, já bem examinada na seção 3.2.6.1, quando foi feita referência aos fundamentos de *Chevron*. Se a edição de um ato administrativo envolver matéria tecnicamente complexa, ou que no mínimo exija o *know-how* da Administração Pública sobre assunto de sua competência típica, significa que o poder judiciário deverá levar em consideração a aplicação do princípio da deferência acaso for revisá-lo. São alguns exemplos, neste sentido: atividades regulatórias, aquisição de produtos e serviços por meio de procedimento licitatório a depender da natureza técnica dos objetos, políticas públicas baseadas em estudos técnicos, entre outros.

Neste particular, a deferência sobre atos tecnicamente complexos está umbilicalmente ligada ao que a doutrina já chama de *discricionabilidade técnica* da Administração Pública. Em campos de alta expertise, que envolva conhecimento de engenharia, economia, matemática, química, enfim, áreas distantes da formação jurídica e generalista dos magistrados, o poder judiciário deve adotar cautela e acatar as decisões da Administração Pública, se razoáveis forem. Como nota Eros Grau, a Administração não tem liberdade absoluta em termos de discricionabilidade técnica, mas a atuação do judiciário se limita a verificar a prática de erro manifesto<sup>597</sup>.

Por sua vez, atos de considerável dimensão política devem ser realizados por instituições dotadas de legitimidade democrática e *accountability*, conforme examinado na seção 3.2.6.1. Importa enfatizar que este conceito não se reporta exclusivamente àquilo que a doutrina classifica como atos políticos ou atos de governo, na condição de atos da alta política relativamente insuscetíveis de apreciação jurisdicional<sup>598</sup>. Aqui, o termo política é mais amplo e designa a eleição de prioridades e ponderação de finalidades públicas conflitantes entre si, dentro de uma zona de prévia indeterminação. Como pontua Eduardo Jordão, não é totalmente evidente ou sequer admitido que ações administrativas possam envolver aspectos políticos. No entanto, quanto maior a indeterminação, maior o caráter político da escolha do gestor e menor a probabilidade de existir uma única solução correta. De modo que, em face da

---

**Administrativo na Atualidade:** Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 361.

<sup>597</sup> GRAU, E. R. Discricionabilidade técnica e parecer técnico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990/ p. 114-121.

<sup>598</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 849.

indeterminação e da necessidade de escolher interesses públicos conflitantes, a prática de deferência encarrega as instituições que portam maior *pedigree* democrático de fazer essas escolhas, ao passo que recomenda um controle menos intenso desses atos, sob pena de usurpar a competência da Administração Pública.<sup>599</sup>

Assim, se a edição de um ato administrativo envolver um grau de indeterminação prévia, dentro do qual o gestor público poderá eleger uma prioridade dentre outras disponíveis, deve ser levado em consideração a aplicação do princípio da deferência acaso o poder judiciário for revisá-lo. São alguns exemplos: escolhas de ministros de Estado<sup>600</sup> ou equivalente em nível estadual e municipal, alocação de orçamento para políticas públicas, aplicação de programas econômicos, vetos com base em interesse público, entre outros.

Em ambos os casos, de atos tecnicamente complexos ou de considerável dimensão política, trata-se de uma recomendação interpretativa de adoção de uma *conduta minimalista* aos magistrados em geral. É possível traçar o seguinte paralelo com o minimalismo de Cass Sunstein, na linha do quanto foi exposto na seção 3.1, que sugere uma postura menos ambiciosa de juízes para, entre outros motivos, diminuir a possibilidade de erros judiciais sobre temas complexos e circunstâncias que mudam rapidamente (evolução tecnológica, por exemplo) e permitir que atores político-democráticos façam o debate sobre tópicos politicamente controvertidos. Essas premissas encaixam com as hipóteses de recomendação do uso de princípio da deferência, porquanto o controle judicial de atos tecnicamente complexos pode resultar em erros judiciais, haja vista a insuficiência de informações disponíveis para magistrados julgá-los, e o controle excessivo sobre atos de considerável dimensão política resulta na desvalorização da legitimidade de agentes eleitos da Administração Pública para assumirem a responsabilidade pela tomada de decisões politicamente controvertidas. Volta-se ao que já foi dito antes, na seção 3.2.6.1, que um cenário não deferente promove uma dispersão de responsabilidades, onde a autoridade administrativa pode invocar o discurso de imposição de uma única solução pelo

---

<sup>599</sup> JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 81-85

<sup>600</sup> Neste particular, importa trazer a observação de Eduardo Jordão sobre o episódio de anulação judicial da nomeação do ex-presidente Lula para o cargo de Ministro da Casa Civil, em 2015: “No presidencialismo de coalizão brasileiro, em que negociações e nomeações são feitas diuturnamente para composição da base, esta larga amplitude que se quer conferir ao desvio de finalidade importaria no Judiciário intervindo quase que diariamente na política. Por trás de cada indicação ou decisão política, haveria sempre um problema moral a ser descoberto por juízes ávidos por resolver os problemas do país.”. JORDÃO, E. Desvio de finalidade e ativismo judicial. *Jota*, s.p., 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/desvio-de-finalidade-e-ativismo-judicial-20042016>>. Acesso em: 22/12/2019.



ordenamento jurídico e os órgãos de controle como forma de reduzir a sua exposição política<sup>601</sup>.

É preciso enfatizar uma distinção relacionada a essa divisão entre credenciais democráticas e expertise técnica, que reforça a necessidade de explicitar essas categorias. Não se pode associar automaticamente Administração Pública à expertise técnica e legitimidade democrática. É comum acontecer que alguma instância administrativa seja dotada de credenciais democráticas, ou capacidade de responsabilização política, mas não de expertise técnica. O contrário também é verdade. No estado brasileiro, há instituições altamente especializadas em algum setor que exija *know-how* sobre matéria complexa e que, justamente por isso, são na medida do possível afastadas da dinâmica política.

Por exemplo, a prefeitura de um município não é um órgão técnico, não ao menos no sentido que aqui pretende se empregar. Para exercer a sua chefia, na condição de prefeito, não é necessário ter conhecimento prévio sobre uma área específica do saber (ainda que seja desejável que nossos gestores estejam preparados para gerir a máquina pública). Naturalmente, algumas decisões de prefeitos serão técnicas, amparadas em análises feitas por servidores ou consultorias, mas este não é o ponto. Em regra, as decisões relevantes de agentes públicos dessa natureza carregam viés político, como a escolha de um prefeito sobre seu secretariado, sobre a alocação de recursos para determinada política pública ou, exemplificando ainda mais concretamente, sobre a decisão de construir uma creche no bairro X, não no bairro Y, a partir de uma análise de conveniência e oportunidade, sobre a decisão de construir uma escola e não um posto de saúde na cidade, em face da escassez orçamentária. Os ônus da tomada dessas decisões devem ser enfrentados pelo prefeito, que é o ator político diretamente responsável por elas. Esse é o motivo pelo qual falou-se em *accountability* da Administração Pública. Essas decisões merecem deferência ainda que sejam desprovidas de expertise técnica, justamente por pressuporem uma escolha política tomada dentro de uma zona de prévia indeterminação e suscetível ao escrutínio público.

A seu turno, a atividade de uma agência reguladora no Brasil é na medida do possível distanciada da dinâmica política. As agências desempenham função técnica. Daí porque são estruturadas de forma a assegurar certa independência, como, por exemplo, fixando mandatos com tempo determinado aos seus dirigentes, de modo que não podem ser exonerados por simples vontade política (*ad nutum*). A rigor, são instituições desprovidas de credenciais

---

<sup>601</sup> JORDÃO, E. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 86.

político-democráticas. Considere-se o exemplo das escolhas do prefeito, para efeitos de comparação. No entanto, apesar de estarem relativamente insuladas da política democrática, tais agências são dotadas de quadros técnicos aptos a tomar decisões em matéria de regulação de atividades econômicas. Elas têm capacidade institucional para tanto. Disso resulta que os seus atos técnicos merecem deferência, a despeito de não terem legitimidade democrática.

Por esse motivo, optou-se por conceber um princípio da deferência na forma de uma recomendação interpretativa que variará de intensidade de acordo com a dimensão técnica e política da decisão envolvida (mas não só, como se verá), haja vista que se tratam de capacidades institucionais diferentes entre si, que nem sempre andam juntas.

Afora isso, os atos discricionários estão incluídos em ambas as categorias, mas também podem estar fora delas e nem por isso devem deixar de receber deferência. Isto porque a competência discricionária se escora no princípio da separação de poderes<sup>602</sup> e é materializada justamente pela escolha de uma opção diante de outras juridicamente válidas<sup>603</sup>. Se o gestor público escolher uma delas, essa escolha deve ser levada em consideração pelo poder judiciário, aplicando-se o princípio da deferência, em homenagem às vantagens institucionais comparativas que a Administração Pública tem em relação ao poder judiciário para tomar decisões discricionárias sobre o cotidiano da atividade administrativa.<sup>604</sup>

Inclusive, a abordagem de uma parte da doutrina administrativista sobre o controle de atos discricionários coaduna-se bem com as premissas do princípio da deferência instituído em *Chevron*. Considere a doutrina de Hely Lopes Meirelles, para quem o poder judiciário deve antes examinar se o ato ostenta natureza discricionária, para depois avaliar se a discricção não

---

<sup>602</sup> Neste sentido, “o princípio da separação de poderes é ancorado na acepção de discricionariade: um poder está proibido de invadir a discricionariade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira. Acontece que a apreensão do juízo discricionário passa por uma (r)evolução, uma acentuada mudança, e, assim, a separação de poderes. Discricionariade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. Juízo discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito.”. STRECK, L. L. OLIVEIRA, F. de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, I. W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 145.

<sup>603</sup> MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 993.

<sup>604</sup> Ademais, é preciso consignar, em todos os casos listados, que envolvam expertise, política ou pura discricionariade, também estão implicadas circunstâncias de pretensa omissão do poder executivo. Isto porque por vezes o ativismo judicial sobre a Administração Pública se manifesta não através de um controle de um ato administrativo propriamente dito, mas de uma suposta omissão. Para identificar essa omissão, também o poder judiciário deve usar do princípio da deferência, de modo avaliar se de fato o ente figurante do polo passivo de eventual ação agiu de forma patente contra a legalidade, levando em consideração a escassez de recursos e a prerrogativa do gestor de eleger prioridades orçamentárias.

resultou em alguma sorte de arbitrariedade.<sup>605</sup> Se discricionariedade for conceito próximo de ambiguidade, isto é, se ambas designarem a admissão de mais de uma solução à luz da letra do ordenamento jurídico, esta abordagem da doutrina é, em muito, semelhante aos dois passos de *Chevron*.

Os dois passos de *Chevron* são os seguintes. Primeiro, o juiz examina se a norma que embasou o ato do gestor comporta mais de uma interpretação. Se não, isto é, se for unívoca, o poder judiciário deve rever esse ato. Se sim, se for ambígua, passa-se ao segundo teste, onde o juiz avalia se a interpretação é admissível, razoável, ou seja, se não é *caprichosa* ou *arbitrária*, termos usados pela própria lei de processo administrativo norte-americana. Caso a interpretação seja razoável, o juiz deve validá-la ainda que dela discorde. Veja-se que, se o conceito de discricionariedade for levado a sério, estes enunciados não diferem muito da afirmação de Hely Lopes Meirelles de que primeiro o juiz deve avaliar a natureza do ato, inquirindo se é vinculado ou discricionário, para depois verificar a sua razoabilidade.

Naturalmente, esta aproximação dos institutos varia de acordo com o referencial teórico adotado. Como foi visto capítulo II, parte da doutrina administrativista adere à tese de que os princípios conformam a atividade administrativa de modo a reduzir as zonas de discricionariedade. Ao invés de o julgador admitir a opção do administrador, ele, segundo essa tese, deve examinar se a sua escolha está de acordo com os princípios constitucionais. Isoladamente, este enunciado não é tão problemático. Ocorre que, na prática, conforme dito antes, tal método interpretativo transfere a competência de emitir juízos políticos/técnicos ao poder judiciário. Daí o risco do uso de conceitos como “direito fundamental à boa administração pública”<sup>606</sup>, na medida em que termos abertos como esse podem ser usados para invalidar um curso de ação juridicamente legítimo escolhido pelo gestor, a depender da convicção que tenha o juiz do caso sobre o significado de “boa administração”. Mas repita-se que se o conceito de discricionariedade for levado a sério, a ideia de deferência no estilo *Chevron* amolda-se bem ao ordenamento jurídico brasileiro.

Isto não é por coincidência. Ambos os conceitos operam dentro de lógicas parecidas. Lembre-se que um dos fundamentos da Suprema Corte para decidir o caso paradigmático de *Chevron* foi justamente o fato de o Congresso ter deixado em aberto a legislação, propositalmente ou não, para que o gestor público pudesse aplicá-la de acordo com a sua realidade. A Suprema Corte, literalmente, disse que em face da ambiguidade caberão às agências

---

<sup>605</sup> MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 847.

<sup>606</sup> FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. passim

governamentais resolver “os interesses conflitantes que o Congresso inadvertidamente não resolveu ou deixou intencionalmente a ser resolvido pela agência encarregada da administração da norma à luz das realidades cotidianas”<sup>607</sup>. No Brasil, caso o legislador deseje emitir um comando unívoco, ele o faz mediante a previsão de ato vinculado, em que ele mesmo encerra – na medida do possível – as margens de exame de conveniência e oportunidade. Já a competência discricionária brota quando o legislador deixa de exaurir todo exame de conveniência e oportunidade em sede do processo legislativo, para que o gestor público o faça à luz da realidade cotidiana. Diante do não exaurimento total do comando, resta ao gestor público interpretá-lo com certa margem de discricionariedade, realizando ele mesmo um exame político de conveniência e oportunidade. Voltando-se à doutrina tradicional do controle moderado, encontra-se essa posição em Miguel Seabra Fagundes:

Sendo a discricção do legislador a mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronologicamente, no *processus* da expressão da vontade do Estado, a discricção reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. [...]. O que acontece, porém, nos casos de competência vinculada – faz-se oportuno repetir – é que a lei (fase primária do *processus* de realização do direito) exaure a margem de opção própria do exercício da atividade jurídica do Estado, deixando circunscrito o ato administrativo (fase secundária daquele *processus*) a estritos limites, sem ensejo para cogitações sobre o útil, o justo, o certo, etc. O aspecto de conveniência, de oportunidade, de eficácia, em suma, para usar da terminologia do ilustre autor, foi exaurido pelo legislador. Nada se deixou ao administrador quanto a ele. Não assim se discricionário o ato administrativo, pois aqui se confia à Administração, pela liberdade outorgada aos seus movimentos, aferir da utilidade ou eficácia, maior ou menor, do procedimento estatal em sua fase derradeira.<sup>608</sup>

É inclusive a partir desse ciclo que se perfaz adequadamente o princípio da separação de poderes. O poder legislativo emite um comando que deve ser observado pelo poder executivo, dentro de parâmetros vinculados ou discricionários. Caberá ao poder judiciário assegurar o cumprimento desse comando, seja através da anulação de ato administrativo quando oposto ao comando emanado pelo Congresso, seja através da validação do ato na hipótese de ter sido expedido mediante uma leitura razoável do dispositivo. Mas o poder judiciário não pode, ao argumento de controlar, impor a sua própria opinião sobre a atuação do poder executivo dentro da zona de discricionariedade conferida pelo próprio legislador. Daí a relação entre deferência, discricionariedade e separação de poderes.

---

<sup>607</sup> No original: “[...] the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC**, 467 U.S. 837, 844, 1984.

<sup>608</sup> FAGUNDES, M. S. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, mar. 1951. p.11. Grifos no original.

Neste particular, é digno observar que os dois passos de *Chevron* também realizam o outro fundamento da separação de poderes, de contenção de abusos de poder – aquilo que foi chamado no capítulo I de argumento clássico ou oitocentista. Esta é uma grande preocupação que permeia qualquer discussão sobre deferência. Não se pode confundir deferência com permissividade. No entanto, a existência de dois passos atende às reivindicações de contenção do abuso de poder, aqui entendido em sentido amplo, sociológico. Isto porque cria um teste bifásico, que concilia controle de legalidade e respeito às decisões do agente público.

O primeiro passo da deferência impede que uma ilegalidade seja perpetuada, na medida em que visa identificar se o ato examinado foi expedido com base em legislação que comporte mais de uma interpretação. Aqui, o juiz pode desde o início fulminar qualquer ato que seja fundamentado em norma que não admita a finalidade buscada pelo administrador. No segundo passo, o juiz ainda examina se a interpretação administrativa se ateve de modo razoável ao comando legislativo, para assegurar que o gestor aja de forma legal não apenas na aparência, mas também no seu conteúdo. Verificado o distanciamento do comando da lei, mediante uso de interpretação distorcida, teratológica, o juiz é obrigado a anular o ato administrativo.

Ou seja, a deferência age como uma espécie de pente fino através de um teste bifásico que, é possível afirmar, assegura ainda mais *controle sobre os abusos* praticados por agentes públicos, e não o contrário. A diferença é que essa estrutura bifásica molda o julgamento de tal modo que o juiz, longe de ser permissivo, apenas deixa de aplicar as suas convicções sobre o que considera a melhor interpretação da lei, caso haja mais de uma, em homenagem às vantagens institucionais comparativas do poder executivo. O teste bifásico de *Chevron* separa adequadamente o que é controle do que é gestão. Trata-se de verdadeiro sistema de freios e contrapesos, conforme orienta a mais clássica doutrina sobre separação de poderes, onde o juiz controla o gestor sem invadir a sua esfera típica de decisão.

Ademais, no caso do princípio da deferência instituído por *Chevron*, viu-se que há uma série de condicionantes para a sua aplicação, que ensejam grande divergência doutrinária e jurisprudencial, como é o caso do passo zero de *Chevron*, as questões puramente de direito, entre outras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. No Brasil, estas limitações não devem ser consideradas, para fins de simplificação do uso da deferência, até porque dizem respeito ao contexto específico dos Estados Unidos. No entanto, um dos principais argumentos limitadores ou mesmo contrários à *Chevron* é a própria separação de poderes e isto precisa ser levado em consideração na medida em que se fala neste princípio para fundamentar o uso da deferência no Brasil.

Ainda que não se concorde com este argumento, que *Chevron* viola a separação de poderes, é possível entendê-lo à luz do sistema judicial dos Estados Unidos, onde os precedentes possuem grande força vinculante e *Chevron* é quase uma regra de tudo ou nada. Os tribunais estão obrigados a aplicar deferência de acordo com os passos de *Chevron* - por mais que possa haver divergência de quais são as condicionantes dessa aplicação. Um sintoma dessa vinculação dos tribunais é que a doutrina faz referência ao termo julgamento “independente” quando quer reportar-se às situações em que o magistrado deve julgar conforme as suas convicções, e não mediante o uso de *Chevron*<sup>609</sup>.

Aqui não se está a defender que magistrados não possam julgar de forma independente, conforme as suas convicções jurídicas. Ao contrário, como já foi dito, o princípio da deferência é uma *recomendação interpretativa*, que varia de intensidade de acordo com a natureza do ato administrativo posto sob exame. Naturalmente, as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada circunstância serão apreciadas pelo próprio magistrado, que decidirá se é caso de aplicação de deferência ou não. O princípio da deferência não se confunde com submissão das instituições judiciais à Administração Pública. Em sentido similar, André Bueno ressalta que a deferência não pode ser uma regra instituída por lei específica, sob pena de violar o princípio do livre convencimento motivado dos magistrados. Bueno, assim como o autor desta dissertação, propõe não a aprovação de uma lei que obrigue o poder judiciário a praticar deferência, mas “fornecer argumentos para influenciar a tomada de certas decisões judiciais”<sup>610</sup>. O que pode existir, no entanto, é uma lei que *recomende* o uso da deferência, como é o caso do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-lei nº 4.657/1942<sup>611</sup>), como se verá.

Uma última observação. Na linha do que já foi colocado antes sobre o conceito de princípio empregado neste trabalho, é preciso enfatizar que a separação de poderes, por si só, não é suficiente para a concessão de deferência. Não se extrai uma regra geral de deferência a partir da leitura do artigo 2º da Constituição Federal. A separação de poderes apenas faz parte do bloco

---

<sup>609</sup> Aqui se relembra o já citado trecho de Cass Sunstein, sobre a obrigação de juízes validarem interpretações administrativas ainda que delas discordem: “Tribunais devem estar preparados para dizer: ‘Se estivéssemos interpretando a lei *independentemente*, nós diríamos X ao invés de Y; mas porque há ambiguidade, o Executivo está permitido a preferir Y’. No original: “Courts must be prepared to say: ‘If we were interpreting the statute *independently*, we would read it to say X rather than Y; but because it is ambiguous, the executive is permitted to prefer Y.’”. SUNSTEIN, C. Beyond Marbury: the executive’s power to say what the law is. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2588. Sem grifos no original.

<sup>610</sup> SILVEIRA, A. B. da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, dez. 2017. p. 111.

<sup>611</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 1942.

normativo que constitui o princípio da deferência, mas não deve ser utilizada na forma de um mandamento de otimização com o condão de afastar regras, sob pena de criar ainda mais instabilidade ao direito administrativo. Da separação de poderes apenas se extrai um dos fundamentos para a justificativa do uso da deferência, uma orientação de como aplicar a deferência quando for esse o caso, a partir da natureza dos atos, mas o seu fundamento específico – este sim, que deve ser aplicado como regra – é o artigo 22 da LINDB.

### 3.3.2.2. Artigo 22 da LINDB

Se o princípio da separação de poderes figura como fundamento geral da deferência, o artigo 22 da LINDB é o seu fundamento específico, nomeadamente o *caput* e § 1º. O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão considerado as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

O artigo foi introduzido pela Lei Federal nº 13.655/2018<sup>612</sup>, que acarretou numa série de alterações da LINDB com o propósito de solucionar o “gargalo jurídico” na gestão pública brasileira, traduzido pela insegurança jurídica e “ineficiências gerenciais” que permeiam a atividade administrativa e o seu controle no Brasil. A legislação valoriza uma boa dose de “pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público”, de modo a combater as idealizações fático-jurídicas mencionadas na seção 3.3.1. Uma das suas principais marcas, então, é figurar como um “pedido de empatia” com os agentes administrativos em face da realidade concreta da Administração Pública.<sup>613</sup>

Em boa síntese, o dispositivo exige que o controlador se coloque no lugar do gestor público quando for revisar seus atos. Especialmente, que leve em consideração (i) “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor” na interpretação de normas e, (ii) ao controlar a regularidade da decisão, “as circunstâncias práticas” que influíram na “ação do agente”. A finalidade intrínseca à redação é que o controlador, na hipótese de querer se colocar na posição do gestor, também enfrente “os ônus que o administrador enfrenta”. Ademais, a

<sup>612</sup> BRASIL. Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 25 abr. 2018.

<sup>613</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 65-70.

ênfase no vocábulo *dificuldades reais* sugere que o controlador deve avaliar se as razões invocadas pelo administrador, em termos de dificuldade, realmente se sustentam<sup>614</sup>.

Intuitivamente, nota-se que o dispositivo visa instigar o controlador a tomar em conta as limitações mais comuns à Administração Pública, a exemplo de insuficiência orçamentária, recursos humanos, infraestrutura, tempo, entre outros fatores. Ainda, gera o incentivo para que o controlador pondere sobre a “heterogeneidade da administração pública brasileira”, por exemplo, no sentido de que as condições materiais de uma repartição administrativa situada numa capital tendem a ser melhores do que aquelas de pequenos municípios.<sup>615</sup>

No entanto, talvez o principal desafio que o dispositivo expõe – tendo em vista a sua finalidade – é o de prover soluções às controvérsias de controle envolvendo a própria indeterminação do direito, o que Eduardo Jordão chama de “dificuldade jurídica”. Esta dificuldade tem origem na legislação administrativa, extremamente complexa, e por vezes dotada de considerável abertura semântica, mas também decorre da própria forma de aplicação do direito no Brasil, permeada por princípios manuseados livremente pelo controlador e invocados à míngua de parâmetros claros.<sup>616</sup>

Por força do artigo 22, essas dificuldades devem analisadas pelo controlador. Isso significa que se o controlador julgar que as dificuldades de indeterminação do direito são reais, cabe a ele apenas examinar se a interpretação dada pelo gestor foi razoável tendo em vista as circunstâncias da situação, ao invés de impor a “interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação”. Em outras palavras, o controlador deve prestar deferência à escolha do administrador público. Esta é a razão pela qual o “art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo *específico*, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública”.<sup>617</sup>

Analisando o dispositivo e a doutrina *Chevron*, Eduardo Jordão conclui que o artigo 22 muito se assemelha aos dois passos necessários à sua aplicação:

O caput do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de *Chevron*: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica;

---

<sup>614</sup> Ibid. 70-74.

<sup>615</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 76.

<sup>616</sup> Ibid., p. 77.

<sup>617</sup> Ibid., p. 78.



no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.<sup>618</sup>

Para Jordão, portanto, as dificuldades jurídicas referidas no *caput* do artigo dão fundamento ao primeiro passo, restando ao controlador apenas observar se o procedimento do gestor público foi razoável, no segundo passo.

No entanto, adiciona-se ainda outra observação, pois, na opinião do autor desta dissertação, especificamente o § 1º do artigo 22 recomenda que o controlador leve em consideração também “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” quando for examinar a razoabilidade da decisão do gestor, no chamado *segundo passo*. Isto porque é justamente por causa das limitações práticas encontradas pelo gestor – situado na ponta da Administração Pública – que poderá haver uma opinião divergente entre ele e o controlador sobre qual é a solução jurídica razoável diante do caso concreto. Estas considerações do artigo 22, portanto, devem ser levadas em conta no passo um, em termos de dificuldade jurídica, e no passo dois, em termos de dificuldade prática do gestor.

De tudo quanto o exposto, resulta outra conclusão. Além de atos tecnicamente complexos, de considerável dimensão política ou puramente discricionários, o princípio da deferência também é aplicável sobre atos vinculados da Administração Pública, contanto que haja um grau de indeterminação presente na normativa que dê margem a mais de uma interpretação razoável do texto.

No entanto, ressalte-se. Apesar de o artigo 22 ser uma regra específica que compõe o princípio da deferência, este ainda se trata de uma *recomendação interpretativa*, pois caberá ao magistrado avaliar as circunstâncias do caso para identificar se estão presentes os elementos para a sua aplicação, como a natureza do ato, a indeterminação do direito e as limitações práticas da Administração Pública. Dito de outra forma, o princípio da deferência veiculado pelo artigo 22 não obriga o magistrado a acatar toda e qualquer decisão administrativa, mas o orienta a interpretá-la de acordo com as circunstâncias e dificuldades reais do gestor.

---

<sup>618</sup> Ibid., p. 79.

Note-se, nesse sentido, que o artigo 22 recomenda uma conduta minimalista do magistrado no controle judicial do ato administrativo. Ao instituir que o juiz deve levar em consideração a realidade do gestor, resulta também que o magistrado deve entender as suas próprias limitações em conhecer dessa realidade. Há uma orientação para que magistrados não assumam o compromisso de proferir decisões ambiciosas, que pretendam resolver os problemas da Administração Pública, extremamente complexos e que escapam da expertise do poder judiciário. Tal como no minimalismo de Cass Sunstein, o princípio da deferência fundado no artigo 22 não equivale automaticamente à ausência de resposta judicial, mas apenas que juízes responderão de forma moderada, pontual, sem a aspiração de se substituir na posição do gestor e ditar qual é o melhor curso de ação para a Administração Pública.

Essa aproximação da nova LINDB com a doutrina da deferência não escapou da atenção de uma parcela da doutrina administrativista brasileira. Merece destaque os Enunciados nº 11, 13 e 16 aprovados pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo em junho de 2019, durante o seminário “Impactos da Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”:

11. Na expressão “dificuldades reais” constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor.

13. A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor.

16. Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor.<sup>619</sup>

O Enunciado nº 11 coaduna-se com o que foi dito a respeito da dificuldade jurídica enfrentada pelos gestores públicos em face da indeterminação do direito. O Enunciado nº 13, por sua vez, faz uma referência sutil às vantagens institucionais comparativas da Administração Pública, ao dizer que é competência do gestor dizer qual é a *melhor* decisão administrativa. Além disso, introduz um interessante ônus argumentativo do

---

<sup>619</sup> Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB. **Instituto Brasileiro de Direito Administrativo**, 2019. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em: 08/01/2020.

controlador, que será discutido em seguida. Em especial, o Enunciado nº 16 é praticamente uma tradução do princípio da deferência instituído pela doutrina *Chevron*.

Acresça-se, ainda, que o artigo 28 da LINDB, também introduzido pela Lei Federal nº 13.655/2018, segue a mesma lógica de deferência ao gestor público ao prescrever que o agente só será responsabilizado em caso de ato praticado com dolo ou erro grosseiro<sup>620</sup>. O Decreto Federal nº 9.830/2019<sup>621</sup> ainda especificou o conceito de erro grosseiro como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” e também adicionou que a “complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público”. É dizer: se o agente atua razoavelmente, sobretudo em face de circunstâncias complexas, não pode ser responsabilizado.<sup>622</sup>

Diante disso, há bastante similaridade nos propósitos subjacentes ao artigo 22 e artigo 28 da LINDB em matéria de controle judicial da atividade administrativa. Se o primeiro assegura que as decisões administrativas razoáveis se manterão válidas<sup>623</sup>, o segundo usa de preceitos similares para afastar a responsabilização do agente público em face da complexidade da circunstância e da inexistência de dolo e erro grosseiro.

Por fim, importa dizer que o artigo 22 também vincula o gestor público, não somente o controlador. Por força dele, o gestor não poderá eliminar o seu ônus de motivação de decisões administrativas e tampouco deve dispender menor esforço na demonstração adequada do contexto e das dificuldades encontradas por ele, inclusive fazendo cotejo com as alternativas à sua disposição e os motivos pelos quais não as seguiu.<sup>624</sup> Como já dito outrora, a experiência internacional sobre a prática de deferência judicial aponta para uma maior

---

<sup>620</sup> A despeito do avanço consagrado pela nova legislação, não faltou quem tentasse reduzir o alcance do artigo 28 da LINDB, a exemplo da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que delimitou a abrangência do artigo às hipóteses de processo sancionador, de modo a excluir a incidência do dispositivo sobre matéria de ressarcimento ao erário. Neste sentido, Cf. NIEBUHR, J. de M. O erro grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. *Zênite*, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>621</sup> BRASIL. Decreto nº 9.830 de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jun. 2019.

<sup>622</sup> Ainda em relação às mudanças da LINDB promovidas pela Lei Federal nº 13.655/2018, destaca-se a importância do artigo 20 da legislação, que orienta que o controlador não poderá decidir “com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, o que representa um avanço em termos de inibir a tomada de decisões com fundamento em princípios coringas. O dispositivo não só incentiva o controlador a motivar adequadamente as suas decisões, como também a refletir sobre como a sua decisão impactará na realidade concreta da Administração Pública, à luz de suas limitações materiais.

<sup>623</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 78.

<sup>624</sup> *Ibid.*, p. 72-73.

valorização dos deveres de motivação das decisões administrativas dos gestores públicos, não o contrário.<sup>625</sup> Daí porque, uma vez mais, o princípio da deferência não se confunde com permissividade.

### 3.3.2.3 Presunção de legitimidade, veracidade e eficiência administrativa

Passa-se a deduzir fundamentos tidos como acessórios do princípio da deferência, no sentido de não serem indispensáveis à sua aplicação. Acredita-se que a separação de poderes e o artigo 22 da LINDB delineiam suficientemente o bloco normativo necessário para a defesa de uma teoria da deferência judicial à Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro. Os argumentos que seguem, porém, não deixam de ser convincentes em favor desse propósito.

Um desses argumentos é a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, conhecidas como atributos intrínsecos ao ato. São presunções relativas, isto é, admitem impugnação. Como é cediço, presunção de legitimidade significa que os atos administrativos são considerados expedidos conforme à lei até que seja produzida prova em contrário. A presunção de veracidade, por sua vez, milita em sentido similar, mas em especial na extensão dos fatos. Ou seja, presumem-se verdadeiros os fatos veiculados no ato administrativo, salvo prova em contrário.<sup>626</sup>

Para desconstituir essa presunção, o poder judiciário deve verificar se estão presentes provas robustas de que o ato não está em conformidade com a lei e, se for o caso, que os fatos nele veiculados também não. Disso resultam duas conclusões importantes para o princípio da deferência. A primeira, o ônus de comprovar a desconformidade do ato não recai sobre o gestor público, mas sobre o poder judiciário. Não no sentido absurdo de que caberia ao poder judiciário produzir prova contra a Administração, mas no sentido de que o juiz está autorizado a revisar o ato apenas quando aparecerem fundamentos robustos durante o processamento do litígio, que possam derruir a conclusão de que ele é legítimo e veraz. A segunda conclusão é que a mera divergência interpretativa não constitui argumento suficiente para revogar essa presunção, porque o fato de o gestor público ter escolhido caminho diverso daquele que teria chegado o juiz ao interpretar a lei não constitui propriamente uma ilegalidade.

---

<sup>625</sup> Ibid., p. 110.

<sup>626</sup> DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 204-205.

Diante disso, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos age como uma justificativa normativa para a deferência, ao mesmo que tempo que a viabiliza na prática através de uma orientação para que juízes estejam dispostos a desqualificar um ato administrativo somente diante de motivos robustos, ou seja, na linha do minimalismo judicial, quando juízes estejam seguros da necessidade da intervenção deles e da confiança que eles possuam a respeito do mérito da questão<sup>627</sup>. Do contrário, juízes devem emitir um juízo minimalista, de forma a presumir válidos os atos administrativos mesmo que deles discordem, deixando em aberto para o gestor público o curso de ação a ser escolhido nas instâncias administrativas.

Também milita em favor da deferência judicial o princípio constitucional da eficiência administrativa, veiculado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, que consiste na admoestação de que o agente deve ter como norte a produção de bons resultados na persecução do interesse público, “de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade”. E ainda mais importante, o princípio da eficiência administrativa orienta que a Administração Pública deve reunir esforços para otimizar a aplicação de recursos públicos, em face da sua escassez, de modo “a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social”.<sup>628</sup>

Na linha dos argumentos de Adrian Vermeule, no estado administrativo o poder judiciário defere às agências governamentais numa espécie de *trade off*, onde se privilegiam as atividades executivas em troca de eficiência governamental em políticas públicas, ao invés de incrementar o rigor no controle de abusos de poder público. Em outras palavras, o estado deixa de dispender consideravelmente no controle de abusos de poder para reinvestir em “bens de bem-estar que o estado administrativo pode fornecer, como diminuição da pobreza, saúde, segurança, ambientalismo e proteção do consumidor”, além de munir o próprio estado para conter abusos privados de agentes econômicos quando necessário.<sup>629</sup> Não é por coincidência, a propósito, que nos Estados Unidos o debate sobre *Chevron* polariza republicanos e democratas, sendo eles, respectivamente, contra e a favor da doutrina, na

---

<sup>627</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 10.

<sup>628</sup> MORAES, A. de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 243, jan. 2006. p. 22.

<sup>629</sup> VERMEULE, A. **Law's abnegation**: from law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 58.

medida em que republicanos tendem a aderir a um maior liberalismo econômico e democratas às teses de bem-estar social.<sup>630</sup>

Neste sentido, a deferência à Administração Pública significa abrir mão de um controle excessivo dos atos administrativos, no que for necessário para a consecução de um governo eficiente que seja capaz de prestar serviços públicos de forma adequada e combater distorções de mercado, resultantes de abusos praticado por agentes econômicos privados. Não que disso resulte conivência com abuso de poder público, porque o controle haverá na medida dos dois passos – que, como já dito, não deixa de ser um controle rigoroso, apenas abre mão do excesso e da ingerência sobre as atividades administrativas. Mas há também um limite sobre o quanto o estado racionalmente pode prevenir o abuso de poder, sem contar o custo dessa operação e o fato de que todo o maquinário utilizado para essa finalidade pode se tornar uma nova fonte de abuso de poder, de modo a invocar, como Vermeule invoca, a velha pergunta: quem vigia o vigilante?<sup>631</sup>

Ainda, como antes exposto, segundo Egon Bockmann Moreira o quadro de excesso de controle e insegurança jurídica na Administração Pública gera um cenário de paralisia administrativa, aumenta o custo da gestão pública e ainda afasta bons nomes dos seus quadros. Diante disso, é claro que os incentivos institucionais vigentes não induzem a uma Administração Pública eficiente. A vantagem da deferência, neste sentido, é prover uma

---

<sup>630</sup> Neste sentido, confira-se trecho do discurso do senador Al Franken, do Partido Democrata, durante a sabatina do então candidato a Suprema Corte Neil Gorsuch, retirado dos registros oficiais do Senado dos Estados Unidos, onde o parlamentar sugere que a indicação de Gorsuch poderia estar relacionada com a tentativa de Donald Trump de enfraquecer o estado do bem-estar social: “Agora, o direito administrativo pode ser uma área obscura e às vezes complicada, mas para quem se preocupa com ar limpo ou água potável, ou com a segurança de nossos alimentos e medicamentos, é incrivelmente importante. E Chevron simplesmente garante que os juízes não descartem a expertise de uma agência sem uma boa razão. O juiz Scalia reconheceu que isso era verdade. Mas para aqueles que concordam com a visão extrema do presidente Trump, Chevron é a única coisa entre eles e o que o principal estrategista do presidente Steve Bannon chamou de ‘desconstrução do estado administrativo’, que é uma abreviação para estripar qualquer medida ambiental ou de proteção ao consumidor que atrapalhe as margens de lucro das empresas. Falando ante uma reunião de ativistas conservadores no mês passado, Bannon explicou que os nomeados pelo presidente foram escolhidos para promover essa desconstrução. E eu suspeito que a sua indicação, dada a sua opinião sobre Chevron, seja uma parte essencial dessa estratégia. No original: “Now, administrative law can be an obscure and sometimes complicated area of law, but for anyone who cares about clean air or clean water, or about the safety of our food and of our medicines, it is incredibly important. And Chevron simply ensures that judges do not discard an agency’s expertise without good reason. Justice Scalia recognized this to be true. But to those who subscribe to President Trump’s extreme view, Chevron is the only thing standing between them and what the President’s chief strategist Steve Bannon called the “deconstruction of the administrative state,” which is shorthand for gutting any environmental or consumer protection measure that gets in the way of corporate profit margins. Speaking before a gathering of conservative activists last month, Mr. Bannon explained that the President’s appointees were selected to bring about that deconstruction. And I suspect that your nomination, given your views on Chevron, is a key part of that strategy”.<sup>630</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Senado dos Estados Unidos. **Confirmation hearing on the nomination of hon. Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of The United States**, 2017.

<sup>631</sup> VERMEULE, A. **Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 58.

maior segurança ao gestor público com relação aos seus atos e, simultaneamente, diminuir a inconstância administrativa e a instabilidade orçamentária. Diante de um cenário de controle judicial deferente, é razoável crer que a Administração Pública terá mais facilidade em executar projetos complexos, implementar políticas públicas e adquirir bens e serviços sem interrupções por questões de ordem secundária, filigranas superestimadas ou meras divergências com a opinião do poder judiciário sobre o rumo da coisa pública – tudo isto, claro, dentro de um quadro de respeito à legalidade. Daí os motivos do princípio constitucional da eficiência administrativa jogar a favor de uma implementação da cultura da deferência judicial à Administração Pública.

#### 3.3.2.4 A questão da inafastabilidade jurisdicional

Por fim, tecem-se breves comentários sobre um preceito constitucional que pretensamente advoga contra o princípio da deferência: a chamada inafastabilidade da jurisdição, fundada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. É razoável supor que eventuais críticas ao princípio da deferência possam ser embasadas nesse dispositivo, de modo que se torna indispensável a sua análise de forma detida.

O argumento, supõe-se, segue dessa maneira: o princípio da deferência viola o preceito da inafastabilidade da jurisdição ao recomendar uma postura de autocontenção judicial. Autocontenção judicial, segundo essa leitura, seria negativa de jurisdição. Então é o caso de analisar duas dimensões desse argumento. Primeiro, se o comando previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal realmente veicula uma norma de inafastabilidade da jurisdição. Segundo, se a aplicação da deferência implica em violação ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal e, caso a primeira hipótese seja verdadeira, em negativa de jurisdição.

A redação literal do dispositivo veda a possibilidade de *a lei* excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça ao direito. Ou seja, é um comando do constituinte originário dirigido ao legislador ordinário ou mesmo ao constituinte derivado, tendo em vista que as disposições do artigo 5º estão elevadas à estatura de cláusula pétrea. Dito de outra forma, o dispositivo

veda que o poder legislativo edite norma que exclua do poder judiciário o poder de apreciação de lesão ou ameaça a direito.<sup>632</sup>

Há outra interpretação possível, não excludente da primeira. A vedação veiculada no dispositivo fala em *excluir*, não em limitar, condicionar, modular. De modo que é perfeitamente possível admitir que uma lei, por exemplo, indique que o controle judicial da Administração Pública se limitará aos aspectos formais e não incidirá sobre o mérito da decisão administrativa. Trata-se de uma modulação do controle, que não exclui a apreciação do poder judiciário, apenas a condiciona.<sup>633</sup>

No entanto, a interpretação dominante é que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal veicula um princípio segundo o qual “a mínima contenção do controle jurisdicional seria constitucionalmente vedada”, o que parece equivocado à luz da redação literal do dispositivo. Como observa Eduardo Jordão, neste caso o intérprete sacou um princípio abstrato de uma normativa específica e passou a se valer desse princípio, e não da literalidade da normativa específica que lhe funda, para produzir normas jurídicas.<sup>634</sup>

Diante disso, conclui-se que não, o comando previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal não veicula uma norma de inafastabilidade da jurisdição, não ao menos no sentido de impedir uma conduta de autocontenção judicial. O dispositivo sequer se dirige ao poder judiciário. Mas suponha-se que sim, para fins argumentativos, até porque este é um aspecto controvertido demais para servir de contraponto a um argumento tão importante como o da inafastabilidade jurisdicional. Suponha-se que o dispositivo, de fato, veicula tal inafastabilidade. Cabe então indagar se a aplicação do princípio da deferência viola esse preceito.

De tudo o quanto foi exposto até aqui sobre o princípio da deferência, ficou claro que o seu uso pelo poder judiciário pressupõe um exame das circunstâncias do caso. Na doutrina *Chevron*, o juiz não simplesmente adota uma postura de autocontenção e deixa de apreciar o litígio. O poder judiciário não perde a prerrogativa de interpretar o que diz a lei; o que acontece é que a própria interpretação da lei conduz à conclusão de que juízes devem deferir às agências.<sup>635</sup> Ou seja, a *postura de autocontenção só pode resultar de uma*

---

<sup>632</sup> JORDÃO, E. A leitura e as ‘leituras’ do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *Jota*, s.p., 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-leitura-e-as-leituras-do-art-5o-xxxv-da-constituicao-federal-05112019>>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>633</sup> Ibid.

<sup>634</sup> Ibid.

<sup>635</sup> VERMEULE, A. *Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 2.



*apreciação do litígio*, onde o magistrado examinará se a norma em questão admite mais de um resultado e, caso essa resposta for positiva, se o resultado em que chegou o gestor público é admissível. Também há a controvérsia do passo zero, em que o poder judiciário examina de antemão se o Congresso poderia ter tido a intenção de delegar tarefa interpretativa ao poder executivo.

O ponto é que, a rigor, a doutrina *Chevron* tem três momentos distintos de apreciação judicial – ainda que a existência do passo zero seja um tanto controvertida. Para chegar a uma postura de autocontenção judicial, em que o juiz declara que a interpretação da agência merece deferência, o magistrado terá que apreciar a finalidade da norma (passo zero), o caráter ambíguo do seu texto (passo um) e a interpretação do administrador em face do texto (passo dois). Se o juiz concluir que é caso de deferência após perseguir todos esses passos, ele não deixa de aplicar a lei; apenas, porém, conclui que a melhor aplicação dela é no sentido de conferir deferência à Administração Pública.

No Brasil, a base normativa do princípio da deferência perfaz a mesma lógica. Em primeiro lugar porque há um preceito constitucional que orienta a separação de poderes, cada qual com a sua atividade típica, materializada sobretudo em atos tecnicamente complexos ou de considerável dimensão política. Por esta lógica, quanto mais típico for o ato praticado, maior será a recomendação interpretativa de aplicação de deferência no caso concreto. De modo que a deferência é resultado da aplicação de uma normativa constitucional, ainda que de uma forma não específica. Este juízo – de que o poder judiciário deve respeitar a separação de poderes – é propriamente um juízo de mérito<sup>636</sup>, uma apreciação judicial, pois pressupõe um exame do caso concreto em face das competências estabelecidas pela Constituição Federal.

Sobre isto, é interessante notar que toda a retórica neoconstitucionalista de exaltação do texto constitucional e maximização da aplicabilidade dos seus princípios parece – deliberadamente ou não – esquecer um dos pilares mais importantes da Constituição, elevado à categoria de cláusula pétrea e provavelmente uma das maiores pedras de toque do nosso sistema constitucional: a separação de poderes, explicitada no artigo 2º da Constituição Federal. Se for verdade que os princípios e valores constitucionais conformam a atuação administrativa e, igualmente, o controle judicial desses atos, no mínimo também deve fazer parte desse rol de preceitos consagrados a ideia de separação de poderes. Sem embargo, ela aparenta estar relegada a segundo plano por parte da doutrina.

---

<sup>636</sup> STRECK, L. L. OLIVEIRA, F. de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 145.

Em segundo lugar porque o caput e § 1º do artigo 22 da LINDB traduzem, de certa forma, os dois passos de *Chevron*, isto é, são dispositivos que lhes servem de fundamento específico<sup>637</sup>, de tal maneira que o uso da deferência nada mais é do que a aplicação regular da lei. Aqui, tal como em *Chevron*, o juiz conclui que a interpretação administrativa merece deferência com fundamento na lei, apreciando um caso concreto, a norma aplicável e a interpretação levada a cabo pelo gestor. No máximo, há uma modulação do controle judicial, mas que não pode ser confundida com negativa de jurisdição.

O ponto é que a aplicação do princípio da deferência não é uma não-decisão. É, na forma minimalista, uma *decisão* menos ambiciosa sobre o ato administrativo, no sentido de ser formal e examinar apenas se a interpretação administrativa foi feita em parâmetros legalmente admissíveis, ao invés de no mérito do gestor se imiscuir. Essa decisão é legitimada por normas (e não por anomia), sobretudo a separação de poderes e o artigo 22 da LINDB. Disso é possível extrair que o uso do princípio da deferência se trata de decisão judicial que, *aplicando normas jurídicas*, resulta numa conduta de autocontenção do magistrado, razão porque não viola o chamado princípio da inafastabilidade.

### 3.3.3 Parâmetros de aplicação do princípio da deferência

Nas seções acima foram delineados os argumentos jurídicos que dão suporte normativo à aplicação do princípio da deferência no Brasil. Com eles, também foi deduzido indiretamente o que se entende por princípio da deferência no ordenamento jurídico brasileiro, seu alcance e a forma de aplicação. Ora esses argumentos serão sistematizados. Adiante-se, desde já, que o propósito aqui é oferecer um parâmetro mínimo de aplicação da deferência, ao invés de um exame totalmente detalhado de como se dará em cada caso concreto, trabalho que caberá à doutrina e à jurisprudência à luz das circunstâncias que brotarem do seu uso no Brasil.

Diante de tudo que foi discutido, propõe-se a seguinte definição. O princípio da deferência no Brasil consiste numa recomendação aos magistrados em geral, para que, em sede de controle de atos administrativos, adotem uma conduta de autocontenção em face de interpretações razoáveis que gestores públicos deem sobre normas que admitam mais de uma solução juridicamente válida, em homenagem às vantagens institucionais comparativas da

---

<sup>637</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 72-73.

Administração Pública, ainda que discordem da interpretação conduzida pelo gestor. Esta recomendação é tanto mais forte quanto maior for o grau de complexidade técnica ou dimensão política do ato, de discricionariedade concedida ao gestor no caso concreto ou de indeterminação do texto da norma que embasou a decisão.

A proposta de aplicação do princípio da deferência prioriza simplicidade, mediante o uso do mesmo teste bifásico instituído pela doutrina *Chevron*, em seu modelo original. Apesar de todas as nuances e controvérsias que circundaram a doutrina *Chevron* no decorrer dos anos, que dizem respeito essencialmente às particularidades institucionais norte-americanas, o fato é que a aplicação simples do teste bifásico condiz mais com um dos propósitos da deferência, de conferir maior segurança às atividades da Administração Pública.

O diferencial, no entanto, é que se nos Estados Unidos a aplicação de *Chevron* é mandatória, o que, pondera-se, pode impedir um julgamento *independente* dos tribunais, defende-se que no Brasil esse princípio deve ser usado com cautela, na forma de uma *recomendação interpretativa* cuja intensidade variará de acordo com quatro parâmetros já listados: grau de complexidade técnica ou dimensão política do ato, discricionariedade concedida ao gestor no caso concreto ou indeterminação do texto da norma que embasou a decisão.

Naturalmente, haverá uma sobreposição de conceitos, o que reforça ainda mais a necessidade de discernir expressamente os quatro parâmetros listados. Atos políticos costumam ser discricionários, a exemplo disso. Mas o contrário não é verdade, pois nem todo ato discricionário tem dimensão política. No mesmo sentido, atos discricionários tendem a ser fundamentados em normas dotadas de um grau considerável de indeterminação; atos vinculados, no entanto, podem ser alcançados por estes mesmos critérios, desde que sejam expedidos com base em normativa que comporte mais de uma interpretação razoável.

Diante desses quatro parâmetros de recomendação de interpretação deferente, o juiz deve aplicar um teste bifásico, perguntando-se se a norma em questão admite mais de uma interpretação, levando em consideração as dificuldades jurídicas enfrentadas pelo gestor, nos termos do *caput* do artigo 22 da LINDB. Se não admite duas ou mais interpretações, o juiz deve invalidar o ato. Se sim, passa-se ao segundo passo, onde o magistrado examina se a interpretação conduzida pelo gestor público é razoável, isto é, admissível à luz da letra da normativa que lhe serviu de fundamento. Nesse momento o juiz também deverá levar em consideração as limitações práticas do gestor público, nos termos do § 1º do artigo 22 da

LINDB. Se positivo, o juiz deve confirmar a interpretação administrativa, a despeito de ele eventualmente chegar à conclusão diversa caso fosse o aplicador direto da lei.

Por último, cabem algumas observações, adiantando-se a eventuais críticas. O princípio da deferência não será capaz de resolver inteiramente todos os problemas apontados durante este trabalho. Não se trata de nenhuma fórmula mágica. É possível listar pelo menos dois contrapontos a ele que podem soar interessantes, mas não imbatíveis. O primeiro, que o princípio da deferência apenas desloca o problema da arbitrariedade. Ao invés de arbitrariedade judicial, tem-se arbitrariedade administrativa. O segundo, e talvez em sentido oposto ao primeiro, que o princípio da deferência ainda encarrega o juiz de decidir sobre a razoabilidade do procedimento adotado pelo gestor público, ou seja, continua a dar margens para abuso judicial conduzido sob o signo de uma cláusula aberta.

O primeiro contraponto, de certa forma, já foi respondido na seção 3.3.2.1, quando se falou em como o teste bifásico atende a um dos fundamentos da separação de poderes, de contenção do abuso de poder. Viu-se que o fato de haver ao menos dois testes no controle judicial confere ainda mais segurança em matéria de instituir freios às arbitrariedades. No primeiro teste, juiz pode impedir uma ilegalidade. No segundo teste, o juiz ainda pode impedir um ato arbitrário praticado sob as vestes de legalidade, ao examinar a razoabilidade da interpretação do gestor público.

O que muda com o teste bifásico, então, é que ele molda o julgamento de tal maneira que impede que o poder judiciário imponha as suas próprias convicções sobre atividades que compõe o núcleo essencial do poder executivo. Neste sentido, a deferência do teste bifásico se diferencia de um controle judicial não deferente não pela falta de rigor no combate às arbitrariedades, mas por delimitar adequadamente o que é atividade jurisdicional e o que é atividade administrativa, em respeito às vantagens institucionais comparativas de cada um dos poderes. Como dito, o princípio da deferência separa o que é controle do que é gestão.

O segundo contraponto, por sua vez, precisa ser considerado dentro da seguinte perspectiva. De fato, o princípio da deferência ainda encarrega o juiz de realizar um exame de razoabilidade, e isto é positivo pelas razões oferecidas acima, no sentido de conter arbitrariedades. No entanto, é possível que o juiz abuse da sua prerrogativa ao decidir, por mero subjetivismo, que a interpretação administrativa não é razoável. Seria incompatível com a finalidade do princípio da deferência se o modelo por ele implementado gerasse incentivos para esse tipo de comportamento judicial.

Há duas respostas, muito similares, a este questionamento. A primeira mais prática, a segunda mais abstrata, e não menos importante. Em primeiro lugar, o princípio da deferência institui uma considerável presunção em favor das decisões do gestor público, inclusive há uma norma específica militando nesse sentido, conforme foi indicado. Essa presunção somente será desconstituída pelo poder judiciário quando a decisão do gestor não passar no teste bifásico, de modo que, tomando-se empréstimo do já citado Enunciado nº 11 do IBDA, “o ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador”. Diante disso, o juiz deverá demonstrar de forma consistente e fundamentada as razões pelas quais ele entende que a interpretação do gestor não é razoável. A rigor, isto seria o suficiente para impedir o subjetivismo judicial. No mundo real, no mínimo diminui a sua ocorrência.

Em segundo lugar, a discussão e o reconhecimento da existência de um princípio da deferência no ordenamento jurídico brasileiro é, por si, um grande avanço para um processo de constrangimento epistemológico<sup>638</sup> sobre as decisões dos tribunais. Por essa razão falou-se muito nas últimas seções sobre a necessidade implementar uma *cultura de deferência*. Muitos gargalos jurídicos do Brasil são, na verdade, jurídico-culturais<sup>639</sup>, hábitos que se tornaram consenso por força da doutrina e jurisprudência. É no mínimo esperado que tribunais adotem uma prática não deferente se a doutrina continuar a produzir incentivos para que ajam dessa forma. Iniciar um diálogo sobre deferência judicial na academia, por outro lado, é uma maneira de contribuir na mudança dessas práticas, como o subjetivismo e o ativismo judicial. A doutrina, frisa-se, a doutrina, deve ser menos deferente ao poder constituído e reivindicar seu papel crítico, de modo a estimular os tribunais a reconhecerem suas próprias limitações institucionais e as vantagens em confiar parte do exercício do poder político aos outros ramos do Estado.

### 3.4 Síntese do Capítulo III

Ao longo do capítulo III, examinou-se a teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein, que recomenda uma postura julgadora menos ambiciosa ante caso complexos em que juízes não tenham expertise suficiente para prover respostas definitivas, evitando-se

---

<sup>638</sup> Toma-se aqui empréstimo da expressão de Lênio Streck. STRECK, L. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Conjur**, s.p., 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>639</sup> JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 72-73.

efeitos colaterais imprevistos e indesejados, ou em circunstâncias onde seja interessante para a própria democracia que a tomada de decisão seja realizada por atores político-democráticos. Na sequência, analisou-se especificamente a ideia de deferência consolidada pela doutrina *Chevron*, de origem norte-americana, que orienta que juízes devem prestar deferência às decisões razoáveis tomadas por gestores públicos mediante o uso de um teste bifásico, em consideração às vantagens institucionais comparativas da Administração Pública. Estudou-se a origem, o impacto e o alcance que a doutrina tem no contexto dos Estados Unidos. Em seguida, foram listados argumentos favoráveis e contrários à doutrina *Chevron* no debate acadêmico norte-americano. Na sequência, viu-se que a doutrina é eventualmente lembrada pelos tribunais brasileiros, ainda que de modo superficial. Por fim, analisou-se a existência de fundamentos institucionais e normativos para o uso do princípio da deferência no contexto brasileiro. Listou-se como fundamentos institucionais as vantagens comparativas da Administração Pública (expertise técnica e legitimidade político-democrática), além do quadro de insegurança jurídica, ineficiência e o que é chamado pela doutrina de *Administração Pública do Medo*, todos provocados por um controle excessivo das atividades administrativas. Como fundamentos normativos, listou-se a separação de poderes, o artigo 22 da LINDB, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o princípio constitucional da eficiência administrativa. Ao fim, propôs-se um conceito de princípio da deferência à Administração Pública.

## II CONCLUSÃO

Para todos os efeitos, as conclusões seguem sistematizadas por capítulos específicos e sucedidas por uma conclusão geral.

No capítulo I, viu-se que o fenômeno do ativismo judicial é pernicioso para um modelo desejável de separação de poderes, nas suas duas principais dimensões, quais sejam, de contenção do abuso de poder e especialização funcional. Ao adentrar no núcleo essencial de outros poderes, o poder judiciário desordena todos os arranjos institucionais fundados nessas duas premissas estruturantes da teoria tripartite, com implicações sérias em nível de qualidade democrática e técnica dessa intervenção.

Em primeiro lugar, porque o poder judiciário é uma instituição contramajoritária, concebida para agir de forma imparcial e distante das paixões populares. Seus membros ingressam na carreira mediante concurso ou indicação e exercem cargos vitalícios. De modo

geral, a instituição não é concebida para sofrer influxos de natureza político-democrática, e é desejável que assim o seja, para efeitos de imparcialidade e nível técnico das suas decisões. Ao usurpar a competência de outros poderes, o poder judiciário está menos suscetível aos freios e contrapesos concebidos para o sistema separação de poderes. Além disso, seus membros – não eleitos – passam a tomar decisões em nome de milhões de pessoas sobre temas politicamente controvertidos, que dividem a sociedade, mas permanecem desvinculados de condições razoáveis de controle democrático. Este cenário institucional colide com a ideia de contenção de poder subjacente à separação de poderes.

Em segundo lugar, essa transferência de poder ao judiciário acarreta na desconsideração de toda a especialização funcional de outros poderes, aqui rendendo-se especial importância ao poder executivo, dotado de um alto grau de complexidade organizacional. Por consequência, o ativismo judicial sobre as funções essenciais do poder executivo implica na transferência de poder decisório qualificado a uma instituição de baixa expertise técnica em matéria administrativa. Há um desequilíbrio. Juízes – que possuem formação generalista – passam a ditar como gestores públicos devem agir, conforme as suas convicções sobre a melhor destinação da coisa pública, a despeito de não vivenciarem a realidade prática da Administração ou sequer terem *know-how* sobre gestão pública. Este cenário institucional colide com a ideia de especialização funcional subjacente à separação de poderes.

Viu-se também que o ativismo judicial é significativamente amparado pelos postulados neoconstitucionalistas, a partir da defesa do reencontro do direito com a moral, da afirmação do valor normativo dos princípios e da constitucionalização do direito, entre outras características. A combinação desses argumentos pende a balança do poder político para o lado do poder judiciário, na medida em que deposita nele as expectativas de concretização do que a doutrina imagina ser o projeto vertido no texto constitucional. Nesse contexto, importa menos as qualidades democráticas ou a expertise técnica dos atores capazes de tomar decisão no âmbito do estado, e mais o acatamento dos poderes politicamente constituídos à interpretação que os operadores jurídicos dão aos valores pretensamente consagrados na Constituição Federal. Não por coincidência que parcela dessa doutrina costuma partir de uma imagem pejorativa das instituições político-democráticas, na condição de antros de interesses obtusos e negociatas escusas, contraposta à uma idealização laudatória do poder judiciário, elevado a um papel de distinção e altruísmo acima das “coisas do poder”.

No capítulo II, viu-se que no Brasil a doutrina do controle da Administração Pública evoluiu significativamente, de um controle moderado para um controle não deferente. Da doutrina de autores clássicos, colhe-se uma orientação de controle judicial de atos administrativos restrita a aspectos formais de legalidade, vedada a incursão no mérito da decisão do gestor público.

Com o tempo, a doutrina vai se abrindo à novas teorias de controle, influenciada pela jurisprudência administrativa francesa, até chegar ao estágio atual, onde o paradigma da legalidade administrativa dá lugar ao conceito de juridicidade administrativa, ampliando as hipóteses de controle jurisdicional da Administração Pública, com fundamento em conceitos jurídicos pouco claros, sobretudo princípios – sejam eles constitucionais, infraconstitucionais, explícitos ou implícitos.

Considera-se essa última doutrina uma espécie de neoconstitucionalismo administrativista, responsável por conferir legitimidade teórica à transferência de poder decisório da Administração Pública para o poder judiciário, mediante a defesa do emprego de conceitos difusos para examinar o mérito da atividade administrativa. Há uma negação da dimensão política da Administração Pública, no sentido de haver uma escolha legítima do administrador dentro de um quadro de indeterminação prévia, pois tudo é decidido sob o olhar inexorável dos princípios e de arrojados enunciados constitucionais, não de pessoas de carne e osso a partir de limitações materiais e democráticas. Chega-se a falar em direito fundamental à boa administração pública, capaz de vincular o gestor, onde, na prática, quem define o que é boa administração é o juiz.

No capítulo III, propôs-se o minimalismo judicial como uma alternativa ao ativismo judicial, na forma de uma sugestão para que o poder judiciário reconheça suas próprias limitações em temas que fujam da sua especialidade ou sejam politicamente controvertidos. Neste contexto, é preferível que juízes decidam sem a pretensão de prover respostas completas e profundas a temas complexos, o que permite dar ensejo a rediscussão futura ou mesmo incentivar que atores institucionais relevantes, do ponto de vista político-democrático, realizem esses debates.

Descendendo às especificidades da relação entre poder judiciário e poder executivo, o capítulo III examinou o princípio da deferência instituído pela doutrina *Chevron* nos Estados Unidos, na tentativa de encontrar um parâmetro para inspirar uma alternativa brasileira ao controle não deferente dos atos administrativos. Viu-se que *Chevron* é um modelo consolidado nos Estados Unidos, embora não esteja imune a críticas, que igualmente foram expostas.



A identificação dos principais fundamentos da deferência *Chevron* foi especialmente relevante. Viu-se que o princípio da deferência é fundado na ideia de vantagens institucionais comparativas, no sentido de privilegiar a interpretação de instituições dotadas de estruturas adequadas para determinada finalidade. Daí porque o poder judiciário deve deferir ao poder executivo: este último é dotado de expertise técnica e credenciais político-democráticas para interpretar normas pertinentes ao exercício do seu núcleo essencial de atividade.

O próprio julgamento da Suprema Corte que instituiu *Chevron* foi marcado pelo reconhecimento de que a atividade interpretativa geralmente envolve um certo grau de escolha política, a depender da matéria envolvida, de modo que é melhor incumbi-la às instituições adequadamente desenhadas para esse tipo de juízo. Ademais, viu-se que *Chevron* é também fundada em razões de estabilização do direito e promoção de eficiência, igualmente importantes para o contexto brasileiro.

Ainda, esclareceu-se dois possíveis mal-entendidos desta dissertação. O primeiro, que a doutrina *Chevron* seria aplicada indistintamente, sem levar em consideração o contexto jurídico-institucional do Brasil e dos Estados Unidos. Enfatizou-se que a ideia era buscar razões institucionais e jurídicas para a aplicação do princípio, considerando a realidade brasileira, o que, acredita-se, foi feito de maneira satisfatória. O segundo, que o conceito de princípio empregado no trabalho equivaleria ao mesmo daqueles que se dispôs a criticar, no sentido de ser um princípio ponderável, capaz de afastar regras jurídicas. Destacou-se que não, que o termo princípio utilizado designa apenas um conceito guarda-chuva para um bloco bem delineado de normas jurídicas, capaz tão só de servir de recomendação interpretativa a juízes.

Na sequência, concluiu-se que há razões institucionais suficientes para adoção de um modelo de deferência judicial à Administração Pública no Brasil, como insegurança jurídica, paralisia administrativa, desmedida punição dos servidores por mera divergência interpretativa, algo conhecido como *Administração Pública do Medo*, sem deixar de mencionar os problemas de eficiência e desenvolvimento econômico acarretados por esse cenário de incertezas.

Por fim, deduziu-se que há fundamentos normativos consistentes para a adoção de um princípio da deferência no Brasil, como forma de solucionar ao menos parte do ativismo judicial em face da Administração Pública. São eles: a separação de poderes, o artigo 22 da LINDB, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e o princípio da eficiência administrativa. Neste contexto, esclareceu-se que o princípio da deferência é uma recomendação interpretativa, que não obriga o juiz a acatar toda e qualquer decisão administrativa, mas o orienta a levar em consideração as dificuldades – jurídicas e práticas – do

gestor público, assim como as suas vantagens institucionais. Ademais, consignou-se que deferência não viola o preceito da inafastabilidade jurisdicional, uma vez que não consiste em inaplicação da lei, mas numa *conclusão a partir da lei* de que a decisão do gestor deve se manter válida, mesmo se o juiz dela discordar.

Diante disso, propôs-se um conceito de princípio da deferência levando em conta a realidade jurídica brasileira e ofereceu-se uma forma de aplicação fundamentada principalmente na separação de poderes (um conceito flexível, ao contrário de estanque, de separação de poderes) e no artigo 22 da LINDB, dentro de parâmetros condizentes com as premissas da teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein. O primeiro fundamento, mais geral, orienta que o poder judiciário deve ser deferente quando analisar temas que envolvam o núcleo essencial de atividades do poder executivo, nomeadamente quando impliquem em atos de complexidade técnica e considerável dimensão política. Destacou-se como esse procedimento realiza o fundamento contemporâneo da separação de poderes, no sentido da especialização funcional. Igualmente, concluiu-se que a deferência deverá ser concedida às instâncias administrativas dotadas de expertise técnica, mas desprovidas de credenciais político-democráticas e vice-versa, porque nem toda instituição deterá ambas as vantagens institucionais, bastando uma delas para que seja levada em consideração a sua interpretação administrativa.

Também se viu como os atos discricionários se encaixam nesse padrão, haja vista a competência discricionária ser uma decorrência da separação de poderes e a própria abordagem sobre ela em matéria de controle judicial (por parte da doutrina) ser condizente com os dois passos de *Chevron*. Enfatizou-se também que a separação de poderes deve servir apenas de orientação de como aplicar a deferência, a partir da natureza dos atos, mas que não pode servir de mandado de otimização capaz de afastar regras, sob pena de criar ainda mais instabilidade ao direito administrativo. Daí porque, em seguida, fixou-se que o fundamento específico da deferência – a regra – é o artigo 22 da LINDB, que orienta que o poder judiciário leve em consideração as dificuldades reais do gestor em termos de indeterminação jurídica (primeiro passo) e depois em termos de razoabilidade, tomando em conta as limitações práticas do gestor (segundo passo). Em síntese, sustentou-se que o artigo 22 da LINDB consagra o teste bifásico da deferência no ordenamento jurídico brasileiro. Adicionou-se que, em consequência disso, atos administrativos vinculados poderiam receber deferência judicial, contanto que sejam fundados em normas dotadas de indeterminação textual.

Os parâmetros de aplicação do princípio da deferência foram sistematizados de maneira a entendê-lo como uma recomendação interpretativa, segundo a qual os magistrados

devem adotar uma conduta de autocontenção em face de interpretações administrativas razoáveis, ainda que delas discordem. Esta recomendação será tanto mais forte quanto maior for o grau de (i) complexidade técnica ou (ii) dimensão política do ato, (iii) da competência discricionária concedida ao gestor no caso concreto ou (iv) de indeterminação do texto da norma que embasou o ato.

Por derradeiro, pontuou-se que o princípio da deferência não desloca o problema da arbitrariedade para o gestor, uma vez que institui um teste bifásico capaz de detectar ilegalidades ou aparentes legalidades inadmissíveis sob o ponto de vista da razoabilidade. A dissertação foi enfática em concluir que a deferência separa o que é controle do que é gestão. Ainda, adicionou-se que o princípio da deferência diminui a probabilidade de subjetivismo judicial ditado com base em critérios de razoabilidade, uma vez que impõe ao juiz o ônus argumentativo de dizer o motivo pelo qual acredita que o ato do gestor não merece deferência. Também porque, por último, mas não menos importante, a implementação de uma cultura da deferência na academia fortalece um processo de constrangimento epistemológico sobre a prática dos tribunais, que, em regra, recebem incentivos da doutrina para controlar os atos administrativos de forma não deferente.

Diante disso, conclui-se que o princípio da deferência é um importante instrumento na preservação das atividades da Administração Pública, coerente com o ordenamento jurídico brasileiro e distante de qualquer pretensão de permissividade. Ao contrário, ele instala um exame rigoroso sobre as interpretações administrativas. De modo que seu trunfo não é conter a atividade jurisdicional, mas apenas minimizá-la quando for o caso de levar em consideração a opinião de agentes providos de expertise técnica e credenciais político-democráticas, vantagens institucionais comparativas que colocam a Administração Pública numa posição melhor para dizer como a lei deve ser aplicada em alguns casos, à luz da realidade administrativa.

Caso acolhido de fato, as consequências da aplicação do princípio da deferência ainda terão de ser enfrentadas pela doutrina e jurisprudência. Espera-se que seus desdobramentos sejam positivos, diante de tudo o quanto foi dito. O debate ainda se encontra incipiente, muito há para se discutir, elogiar e criticar, mas o esforço de contribuir com a implementação de uma cultura da deferência já é um começo.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.
- ALEXY, R. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, New York, n. 4, vol. 3, 2005.
- ALEXY, R. Constitutional Rights, Democracy, and Representation. **Risearch Giuridiche**, Venezia, n. 3, vol. 2, 2014.
- AMARAL, D. F. do. **Curso de Direito Administrativo**, v. I, Coimbra: Almedina, 2006.
- ARANTES, R. B.; COUTO, C. G. **Construção democrática e modelos de Constituição**. Dados: Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, p. 545-585, 2010.
- ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, vol. 37, n.1, 2018.
- BACELLAR FILHO, R. F. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, 1998.
- BARNETT, K.; BOYD, C. L.; WALKER, C. J. Administrative law's political dynamics. **Vanderbilt Law Review**, Ohio, vol. 71, 2018.
- BARROSO, L. R. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. **Folha de São Paulo**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em: 19/11/2019.
- BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte. Fórum, 2008.
- BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.
- BARROSO, L. R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 21, jun. 2012.
- BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN: BARROSO, L. R. (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.
- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEERMANN, J. M. End the failed Chevron experiment now: how Chevron has failed and why it can and should be overruled. **Connecticut Law Review**, Hartford, vol. 32, no. 3, 2010.

BICKEL, A. M. **The Least Dangerous Branch**. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRAND, V. B. **Quem vigia o vigilante?** Uma análise judicialização do Poder Executivo brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Relator: Ministro Ayres Britto, DF. 29 mai. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 28/05/2010.

BRASIL. Decreto nº 9.830 de 10 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 1942.

BRASIL. Justiça Federal do Rio de Janeiro. Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102. Relator: Juiz Leonardo da Costa Couceiro, RJ. 8 jan. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 8 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 25 maio, 2012.

BRASIL. Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator: Ministro Eros Grau, PA. 25 out. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 31/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733. Relator: Ministro Edson Fachin, DF. 13 jun. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 31/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.688. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DF. 1 jun. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 23 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, DF. 7 dez. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 29 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 28 fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 13 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 17 set. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 24 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Ministra Rosa Weber, DF. 1º fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 28 mai. 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 7 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki, SP. 17 fev. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 17 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530/DF. Relator: Ministro Luiz Fux, DF. 14 dez. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, 19 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5000950-20.2011.4.04.7200. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, SC. 11 jul. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio Grande do Sul, 11 jul. 2011.

BREYER, S. Judicial Review of Questions of Law and Policy. **Administrative Law Review**, New York, vol. 38, 1986.

CADEMARTORI, L. H. U.; OLIVEIRA, V. C. Constitucionalização Do Direito Administrativo e a Sindicabilidade Do Ato Discricionário. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, jul. 2016.

CAMPOS, B. V B. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: o império dos homens sobre o direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, R. L. M. L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law. In: DI PIETRO, M. S. Z. (org.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTANHO, W. Supremo arquiva todos os pedidos de suspeição de ministros e viola regimento. **Folha de S. Paulo**, s.p., 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/supremo-arquiva-todos-os-pedidos-de-suspeicao-de-ministros-e-viola-regimento.shtml>>. Acesso em: 13/01/2020.

CAVALCANTI, T. B. O Princípio da Legalidade e o Desvio de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 149-155, dez. 2013, 2019.

CHUEIRI, V. K. de; DETTMAN, D. A democracia no bote salva-vidas: os limites do majoritarismo nas concepções de parceria e governo da maioria. **Revista Jurídica**, v. 5, 2018.

COSTA, Al. A.; BENVINDO, J. Z. **A quem interessa o controle concetrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, J. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jun. 1965.

CRETELLA JUNIOR, J. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, n. 95, jul./set. 1987.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009.

HIRSCHL, R. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

CRETELLA JUNIOR, J. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 95, jul./set. 1987.

CUSTOS, D. The rulemaking power of independent regulatory agencies. **The American Journal of Comparative Law**, California, vol. 54, 2006.

CYRIL LYNCH, C. E. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, n. 79, out./nov./dez. 2017.

CYRINO, A. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017.

DAHL, R. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB. 2001.

DI PIETRO, M. S. Z. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 204-205.

DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Liberty Fund: Indianapolis, 1982.

DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 102, p. jan./jun. 2011.

DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, R. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Branches of the u.s. government. **Usagov**. Disponível em <https://www.usa.gov/branches-of-government>. Acesso em: 05/01/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC**, 467 U.S. 837, 844, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Skidmore versus Swift & Co.**, 323 U.S. 134, 1944.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Arquivo nacional. **Administrative procedure act**, 1946.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição (1787)**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOA/LJNETO.pdf>>. Acesso em: 12/09/2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Escritório do conselho legislativo. **Clean air act**, 1963. Disponível em: <<https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure>>. Acesso em: 05/01/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senado dos Estados Unidos. **Confirmation hearing on the nomination of hon. Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of The United States**, 2017. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>>. 20/01/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon**, 515 U.S. 687, 1995.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Bush v. Gore**, 531 U.S. 98, 2000.



ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **City of Arlington versus Federal Communications Commission**, 569 U.S. 290, 307, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp.**, 529 U.S. 120, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Federal Communications Commission versus Fox Television Stations, Inc.**, 556 U.S. 502, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45, 1905.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **MCI Telecomms. Corp. versus AT&T Co.** - 512 U.S. 218, 114 S. Ct. 2223, 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **United States versus Mead Corp.**, 533 U.S. 218, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia. **National Resource Defense Council, Inc versus Gorsuch**, 685 F2d 718, 1982.

FAGUNDES, M. S. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, mar. 1951.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, E. F. de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FARINA, C. R. Statutory interpretation and the balance of power in the administrative state. **Columbia Law Review**, New York, vol. 89, 1989.

FEREJOHN, J. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “Cortes” Victor Nunes, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, jan. 2013.

FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, E. A flexibilização da legalidade mediante o prestígio de uma ideia equivocada de eficiência e uma visão niilista da separação dos poderes. In: HACHEM, D. W.; GABARDO, E.; SALGADO, E. D. (Coord.). **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Homenagem ao professor Romeu Felipe Barcellar Filho. Curitiba: Íthala, 2016.

GABARDO, E.; HACHEM, D. W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARRY, P. M. Accomodating the administrative state: the interrelationship between the chevron and nondelegation doctrines. **Arizona State Law Journal**, vol. 38, no. 4, 2006.

GELLHORN, E.; LEVIN, R. M. **Administrative law and process**. Minesotta: West, 1997.

GELTZER, J. A. Trump's Supreme Court might overturn a doctrine, but that won't destroy the 'administrative state'. **Los Angeles Times**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-geltzer-kavanaugh-administrative-state-20180805-story.html>>. Acesso em: 15/01/2020.

GRAU, E. R. Discricionariedade técnica e parecer técnico. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990.

HAMBURGUER, P. Gorsuch's collision course with the administrative state. **New York Times**, s.p., 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/03/20/opinion/gorsuchs-collision-course-with-the-administrative-state.html>>. Acesso em: 15/01/2020.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HAURIOU, M. **Précis de Droit Administratif**. Paris: Librairie du Recueil Général des Lois Et Arrêts, 1893.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009.

HOLMES, S. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

JORDÃO, E. A leitura e as 'leituras' do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Jota**, s.p., 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-leitura-e-as-leituras-do-art-5o-xxxv-da-constituicao-federal-05112019>>. Acesso em: 02/02/2020.

JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018.

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

JORDÃO, E. Desvio de finalidade e ativismo judicial. **Jota**, s.p., 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/desvio-de-finalidade-e-ativismo-judicial-20042016>>. Acesso em: 22/12/2019.

JORDÃO, E. Passado, Presente e Futuro: Ensaio sobre a História do Controle Judicial da Administração Pública no Brasil. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)** Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KMIEC, K. D. The origin and current meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, **California**, v. 92, p. 2004.

LEAL, V. N. Reconsideração do Tema do Abuso de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, dez. 2013. Nov. 2019.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

LÓPEZ MEDINA, D. E. **Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2004.

LUNARDI, S. G; DIMOULIS, D. Democraticidade ou juridicidade?: reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 10, n. 35, maio/ago. 2016.

MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 49, dez. 2009.

MEDAUAR, O. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993.

MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS, F. J. M. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de informação legislativa**: Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

MEDEIROS, I. K. **Controle preventivo de constitucionalidade: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da judicialização da política**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

MEDEIROS, I. K. Os limites jurídico-políticos do mandado de injunção sob a ótica da separação dos Poderes. In: CRISTOVAM, J. S. da S.; MOTA, S. R. F.; MATTOS, S. da S. (org.). **Direito Constitucional: 30 anos da Constituição de 1988 em defesa do Estado Republicano e Democrático de Direito**. Florianópolis: Insular, 2019.

MEDEIROS, I. K.; OLIVEIRA, C. L. de. Cristiane Brasil e Principiologismo. **Juscatarina**, s.p. 2018. Disponível em: < <https://www.juscatarina.com.br/2018/02/23/isaac-kofi-medeiros-cristiane-brasil-e-principiologismo/>>. Acesso em: 07/09/2019.

MEDINA, D. E. L. **Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Bogotá: Legis, 2004.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, C. H. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, C. H. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de São Paulo**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 19/11/2019.

MERRIL, T. W. The story of Chevron: the making of an accidental landmark, 2014. **Administrative Law Review**, New York, vol. 66, 2014.

MODESTO, P. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, abr., 2002.

MOLOT, J. T. Reexamining marbury in the administrative state: a structural and institutional defense of judicial power over statutory interpretation. **Northwestern University Law Review**, Evanston, vol. 96, 2002.

MONTESQUIEU, C. L. de S. **Do Espírito das leis**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

MORAES, A. de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 243, jan. 2006.

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

MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA, E. B. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, s.p., 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em: 19/11/2019.

MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NASCIMENTO, T. B. do. **Evolução do controle judicial da administração pública pós-88: uma análise por meio da RDA**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2016.

NEVES, M. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 15/10/2019.

NIEBUHR, J. de M. O erro grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. **Zênite**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em: 05/01/2020.

NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. Administração pública do medo. **Jota**, s, p., 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>>. Acesso em: 02/02/2020.

OLIVEIRA, C. L. de. Ativismo, moderação e o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein. **Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, vol. único, 2007.

OLIVEIRA, C. L. de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causa e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, 2015.

OLIVEIRA, C. L. Direito como integridade e ativismo judicial: algumas considerações sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: MARTEL, L. de C. V. (Org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2009.

OLIVEIRA, C. L.; MOURA, S. P. O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 8., n. 14, jan-jun, 2016.

OLIVEIRA, L. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, L. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, V. E. de; SILVA, M. P. da; MARCHETTI, V. Judiciário E Políticas Públicas: O Caso Das Vagas Em Creches Na Cidade De São Paulo. **Educação & Sociedade**, Campinas, n. 39, n. 144, p. 652-670, Set. 2018.

OLIVEIRA, C. L. Ativismo Judicial, Auto restrição Judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein. **Diritto & Diritti**, Rio Grande, v. 1, p. 1-21, 2008.

OTERO, P. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PÁDUA, T. A. A expressão “ativismo judicial” como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

POSNER, E. A.; VERMEULE, A. **The executive unbound: after the madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2010.

POSNER, E. The far-reaching threats of a conservative court. **New York Times**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/10/23/opinion/supreme-court-brett-kavanaugh-trump-.html>>. Acesso em: 15/01/2020.

POSNER, E.; BAZELON, E. The government Gorsuch wants to undo. **The New York Times**, s.p., 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/01/sunday-review/the-government-gorsuch-wants-to-undo.html>>. Acesso em: 15/01/2020.

POZZOLO, S. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 1, n. 7, jan/jun, 2006.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAZ, J. Disagreement in politics. **The American Journal of Jurisprudence**, South Bend, vol. 43, issue 1, 1998.

REALE JÚNIOR, M. Pacto por ações concretas. **Folha de São Paulo**, s.p., 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1110200309.htm>>. Acesso em: 06/11/2019.

ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANDRONI, P. (org.). **Novíssimo dicionário de economia**. Best Seller: São Paulo, 1999.

SCALIA, A. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, Durham, 1989.

SCHAUER, F. A critical guide to vehicles in the park. **New York University Law Review**, New York, vol. 83, 2008.

SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, C. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial Textos, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SHECAIRA, C. C. B. M. A competência das agências reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, M. S. Z. (org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA NETO, O. C. da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, V. M. P. D. P. da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVEIRA, A. B. da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, dez. 2017.

SILVEIRA, M. de P.; RABELO, M. A. A nova cláusula de desempenho e a cláusula de desempenho que o STF não decidiu: fragmentação partidária ou livre participação das minorias? **Revista do TRE-RS**, ano 23, n 44. Porto Alegre: 2018.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum: 2017.

SOUZA, A. de. Só o Poder Judiciário pode levar nossa nação a um porto seguro. **O Globo**, s.p. 2017.

SOUZA, J. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STRAUSS. P. L. The place of agencies in government: separations of powers and the fourth branch. **Columbia Law Review**, New York, vol. 84, 1984.

STRECK, L. **Jurisdição constitucional**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 49, n. 194, abr/jun, 2012.

STRECK, L. L. OLIVEIRA, F. de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, I. W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.

STRECK, L. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Conjur**, s.p., 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 02/02/2020.

STRECK, L. Quais os limites dos auditores fiscais? É prudente limitar o Estado! **Consultor Jurídico**, s.p., 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/lenio-quais-limites-auditores-prudente-limitar-estado>>. Acesso em: 26/12/2019.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNSTEIN, C. Beyond judicial minimalism. **Harvard Public Law Working Paper**, Cambridge, n. 8-40, 2008.

SUNSTEIN, C. Beyond Marbury: the executive's power to say what the law is. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 115, 2006.

SUNSTEIN, C. Chevron step zero. **Virginia Law Review**, Virginia, vol. 92, 2006.

SUNSTEIN, C. Chevron without Chevron. **Supreme Court Review**, Chicago, 2018.

SUNSTEIN, C. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990.

SUNSTEIN, C. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law Research Paper**, Chicago, n. 156, p. 1-55, 2002.

SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, C. **Radicals in Robes**: Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, C. Taking over the courts. **New York Times**, s.p., 2002. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2002/11/09/opinion/taking-over-the-courts.html>>. Acesso em: 20/10/2019.

TACITO, C. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-74, out. 2005.

TORRES, J. **Controle judicial da Administração Pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

VALLINDER, T. A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

VELLOSO, C. M. da S. Prefácio à 7ª edição. In: FAGUNDES, M. S. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VERMEULE, A. **Law's abnegation**: from law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, A. Our Schmittian Administrative Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 122, 2009.

VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018.



VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, São Paulo: n. 8, jul/dez, 2008.

WALDRON, J. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, J. A Majority in the Lifeboat. **Public Law Research Paper**, NYU School of Law, n.09-49, 2009.

WALDRON, J. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. BIGONHA, A. C. A.; M, L. (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALDRON, J. **Political political theory: essays on institutions**. New York: Harvard University Press, 2016.