

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.3.n.6.57934>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO: ENTRE A “VANGUARDA ILUMINISTA” E O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AS GUARDIAN OF THE CONSTITUTION:
BETWEEN THE “ILLUMINIST VANGUARD” AND THE PRINCIPLE OF DEFERENCE

Rafael Siegel Barcellos¹Fellipe Guerin Leal²

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar a possibilidade de o princípio da deferência, conforme a doutrina Chevron, ser utilizado como um instrumento de freio às hipóteses de controle da discricionariedade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, servindo, assim, por corolário, como um mitigador do ativismo judicial, bem como de um balizador do equilíbrio entre os poderes. Para tanto, será analisada a evolução histórica do papel do Judiciário dentro do desenho institucional pensado por Montesquieu. Consequentemente, o texto refletirá sobre os efeitos do neoconstitucionalismo e do reconhecimento de normatividade aos princípios e valores constitucionais, assim como esse fenômeno proporcionou ao Supremo Tribunal Federal assumir a função de guardião da Constituição, e, também, arvorar-se, em determinadas hipóteses, de melhor intérprete da vontade majoritária, em atividade de “vanguarda iluminista”, conforme as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso. O método de trabalho é o indutivo e fundamenta-se, precipuamente, no levantamento de dados bibliográficos, a partir da leitura especializada sobre o tema, e na análise de decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que denotaram postura ativista ou de autocontenção. Nesse panorama, persegue-se a hipótese que os malefícios de uma atuação judicial ativista podem ser mitigados a partir da autocontenção judicial, mediante inspiração na doutrina Chevron.

Palavras-chaves: ativismo judicial; guardião da constituição; *Chevron*; vanguarda iluminista; separação de poderes.

ABSTRACT

The present paper intends to investigate the possibility of the principle of deference, according to the Chevron doctrine, being used as an instrument to stop the hypotheses of control of the discretion on the administrative merit by Judiciary, thus serving, as a corollary, as a mitigator of judicial activism, as well as a beacon of the balance between powers. In order to do so, the historical evolution of the role of the Judiciary will be analyzed within the institutional design

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (2008). Atualmente é analista judiciário - JUSTIÇA FEDERAL DE 1º GRAU - RIO GRANDE DO SUL. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. rafaelcassino@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-1367-0460>.

² Mestre em Ciência Política pela UFRGS e em Direito pela UFSC. Possui interesse acadêmico nas áreas de Ciência Política e de Direito Administrativo, Ambiental e Constitucional. leal_fellipe@yahoo.com.br. <https://orcid.org/0000-0003-4032-0159>.

thought by Montesquieu. Consequently, the text will reflect on the effects of neo constitutionalism and the recognition of normativity to constitutional principles and values, as well as this phenomenon allowed the Brazilian supreme court to assume the role of guardian of the Constitution, and, in certain hypotheses, as the best interpreter of the majority will, in an “illuminist vanguard” activity, according to the words of Minister Luís Roberto Barroso. The working method is inductive and is primarily based on the collection of bibliographic data, based on specialized Reading on the subject, and on the analysis of judicial decisions handed down by the Federal Supreme Court that denoted an activist or self-restraint stance. In this scenario, hypotheses are pursued that the harm of activist judicial action can be mitigated from judicial self-restraint, inspired by the Chevron doctrine.

Keywords: judicial activism; guardian of the constitution; Chevron, illuminist vanguard; separation of powers.

INTRODUÇÃO

A ideia do constitucionalismo moderno está ligada, especialmente, à limitação do abuso de poder. Com efeito, ao longo dos anos as concepções quanto ao alcance da Constituição têm variado conforme se verificam mudanças sociais, políticas e econômicas.

Nesse cenário, diferentemente de tempos passados, hoje o Judiciário se encontra em uma posição de protagonismo inédito. Com efeito, a partir do período pós-guerras, emergiu um novo paradigma jurídico-filosófico denominado neoconstitucionalismo, que busca reaproximar o direito da moral, a partir do reconhecimento de normatividade de princípios e valores. Assim, muitos depositam no Judiciário, em detrimento das funções do Executivo e do Legislativo, expectativas quanto à concretização dessas normas axiológicas.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende investigar de que maneira o princípio da deferência, conforme a doutrina *Chevron*, pode ser utilizado como um mecanismo jurídico de freio às hipóteses de controle da discricionariedade do mérito administrativo pelo judiciário, servindo, assim, como um mitigador do ativismo judicial.

A partir dos pressupostos teóricos e jurisprudenciais que fundamentam a pesquisa, persegue-se a hipótese de que a autorrestrição judicial, como base no método judicial bifásico previsto pela doutrina *Chevron*, se mostra como mecanismo relevante para assegurar o equilíbrio entre os poderes, sem que isso afete a função do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição.

Para abordar as questões propostas, o trabalho divide-se em quatro partes.

Primeiramente, será analisado, de forma breve, a evolução histórica do papel do Judiciário dentro do desenho institucional pensado por Montesquieu.

Na sequência, tratar-se-á das novas funções assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do protagonismo recebido pelo Judiciário com o advento do denominado neoconstitucionalismo. Em especial, no ponto, serão analisadas a função de guardião da Constituição e atividade de “vanguarda iluminista” exercida pela suprema corte.

Serão analisados, ainda, alguns julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal atuou de modo ativista, bem como serão elencados possíveis problemas que podem advir a partir do “decisionismo judicial”, notadamente a ilegítima interferência do Judiciário em questões políticas e de administração pública, em ofensa à separação de poderes.

Por fim, abordar-se-á, a partir da doutrina *Chevron*, a possibilidade da deferência às interpretações e às escolhas realizadas pela administração pública se constituir-se em meio efetivo para obstar o ativismo judicial e, assim, reequilibrar as forças entre os poderes institucionais.

1. EVOLUÇÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO NA TRIPARTIÇÃO DO PODERES

Tradicionalmente, o Judiciário, quando em cotejo com os demais Poderes, sempre ocupou uma posição menos destacada (SANTOS, 2020, p. 67). Com efeito, durante o Estado Absolutista, no qual a filosofia do direito era inspirada no jusnaturalismo, acreditava-se que a justiça deveria ser feita de acordo com os critérios pessoais do monarca, que só encontraria limites para a sua atuação na vontade de Deus (MENDONÇA, 2018). Assim, todo o poder era concentrado nas mãos do soberano que exercia, também, diretamente ou por intermédio de delegados, a função jurisdicional.

No século XIX, especialmente a partir da Revolução Francesa, emerge a preocupação com a limitação jurídica do poder político. Substitui-se, então, o jusnaturalismo pelo positivismo, que pretende aproximar o direito das ciências exatas, afastando os valores, inclusive a moral, do ato jurídico.

Pode-se afirmar que o positivismo apontava que as leis deveriam ser invariáveis no tempo e no espaço para se tornarem científicas. Buscava-se igualar o raciocínio jurídico ao que acontecia na física, na matemática e nas demais ciências exatas. Com efeito, afastava-se do direito tudo aquilo se fundasse em valores, inclusive o valor de justiça (MENDONÇA, 2018).

Aqui é, propriamente, criada a função jurisdicional. No entanto, o papel do Judiciário é meramente declarativo. Tem-se uma predominância do Poder Legislativo, representante do povo, de modo que ao juiz cabe apenas externar a vontade da lei. A ideia era de que nada

adiantaria retirar o poder absoluto do monarca e entregá-lo ao parlamento, que melhor representaria o povo, se fosse possível ao magistrado julgar conforme a sua conveniência (COSTA, 2020).

Em verdade, enxergava-se, por conta do período anterior, o juiz com desconfiança. Via-se a figura do magistrado como alguém que costumeiramente atuava em prol dos interesses da nobreza e sem qualquer intenção de querer abrir mão de seus privilégios (SANTOS, 2020, p. 62).

Com efeito, os ideais positivistas, à época, formaram uma teoria do Estado com enfoque especificamente jurídico e neutro, sem a busca pela realização de juízo de valor. Assim, o Estado de direito acabou perdendo o sentido de limitação jurídica do poder para ilustrar, apenas, o modo como o poder político se organizava juridicamente. E esse aspecto de neutralidade acabou servindo para justificar, juridicamente, a ascensão de Estados totalitários (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p. 200).

Diante dos resultados nefastos produzidos por esses Estados totalitários, buscou-se, notadamente a partir do final da segunda guerra mundial, uma reaproximação entre o direito e a moral, por meio da valorização de princípios jurídicos abertos (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p. 201). Com efeito, surgem o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo que se ligam a uma ideia de um novo modelo constitucional que rejeita o formalismo jurídico e que realiza um rearranjo institucional a partir da judicialização da política e das relações sociais, com um significativo descolamento do poder do Legislativo e do Executivo para o Judiciário (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p. 202).

Esse novo panorama traz um protagonismo inédito para o Poder Judiciário, que até então limitava-se a função de meramente pronunciar a vontade da lei. A partir de agora, o Judiciário se enxerga também imbuído da tarefa de concretizar o texto constitucional, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais.

Há um reconhecimento da força normativa de princípios jurídicos, bem como a sua valorização na aplicação do direito aos casos concreto. Nesse cenário, são traços característicos do neoconstitucionalismo a supremacia da Constituição em todas as áreas jurídicas e em detrimento de opções legislativas e regulamentares, bem como a onipotência judicial em lugar da autonomia parlamentar (NOVELINO, 2009, p. 60).

Com efeito, a reaproximação do direito e da moral e valorização dos princípios como normas jurídicas e a irradiação da Constituição para todas as áreas jurídicas criou um ambiente propício para judicialização da vida e uma consequente limitação da atuação dos Poderes

Executivo e Legislativo, com uma centralização do Poder Judiciário como esfera de concretização e defesa dos direitos e valores previstos constitucionalmente.

Nesse sentido, Barroso (2015) entende que a interpretação jurídica, nos dias atuais reserva ao juiz, de maneira inafastável, um papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Segue o Ministro afirmando que para além de função puramente técnica, o intérprete judicial passa a ser parte do ordenamento jurídico, a partir de suas próprias valorações, que sempre devem ser acompanhadas do dever de justificação. A discricionariedade judicial, assim, reflete que o juiz não é apenas um exegeta da lei, existindo uma dimensão subjetiva na sua atuação. No entanto, essa subjetividade não seria decorrente da vontade política própria do julgador, mas sim decorreria da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E A FUNÇÃO DE VANGUARDA ILUMINISTA

Diante do reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, recobertos de relevante carga axiológica, e do protagonismo alcançado pelo Judiciário com a assunção do neoconstitucionalismo, este Poder tem sido considerado, especialmente por si próprio e através dos tribunais constitucionais, como o guardião da Constituição.

Sem embargo, é importante definir o que vem a ser, e quais funções abrange, a figura do guardião da Constituição. Nesse sentido, é relevante ponderar que o texto constitucional, assim, como qualquer outra lei, não é capaz de se autoexecutar e de se autoimpor. É necessária uma atividade humana que concretize a vontade constitucional ou que impeça que esse querer seja contrariado. Com efeito, caberia ao guardião da Constituição zelar que essa vontade, pelos poderes constituídos, seja devidamente respeitada.

Nesse sentido, no intuito de evitar que o guardião da Constituição se transformasse em um verdadeiro senhor soberano do Estado, Schmitt entende que as divergências constitucionais deveriam ser solucionadas por órgão neutro e não localizado acima, mas sim ao lado, dos outros poderes constitucionais, a partir de uma relação de coordenação, e não de subordinação (2007, p. 193).

Schmitt entendia que, de acordo com a Constituição de Weimar, o guardião do texto constitucional seria o Presidente do Reich³, que se encontrava inserido dentro um sistema de neutralidade e de independência político-partidária, construído sobre uma base plebiscitária. Alertava, ainda, que a colocação de um tribunal como guardião da Constituição poderia colocar em risco a própria justiça (2007, p. 232-233).

No entanto, Oliveira (2020) alerta que a ideia de Schmitt do Presidente do Reich como guardião da Constituição de Weimar leva em consideração as características do texto e do estado alemão à época, pretendendo ser apenas uma descrição das normas positivas de um sistema constitucional específico, e não uma prescrição de caráter universal que encontra validação em todo e qualquer sistema.

A percepção mais relevante, no ponto, é evitar-se que um determinado poder se sobreponha, a partir da função de guardião da Constituição, aos demais. É impedir a hipertrofia de um poder, mantendo-se o equilíbrio entre as forças institucionais.

Em contraposição ao pensamento *schmittiano*, Kelsen defende que a função de guardião da Constituição melhor se compatibiliza com as funções de um tribunal constitucional. Com efeito, segundo Kelsen, quando um tribunal rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo a sua validade diante de um caso concreto, este órgão funciona, na prática, como garantidor da Constituição, mesmo quando não possui, formalmente, esta alcunha (2003, p. 249).

Kelsen ainda aponta que a vantagem fundamental de um tribunal constitucional, como guardião da Constituição, é que esta corte não participa do exercício do poder e não se coloca antagonicamente em relação ao parlamento ou ao governo (2003, p. 276).

Embora Kelsen seja um expoente do positivismo jurídico, a sua ideia de um tribunal constitucional como órgão garantidor da vontade constitucional prevaleceu em relação ao pensamento *schmittiano*. Contemporaneamente, é difícil se defender que outro órgão, que não um tribunal constitucional, deva ser o guardião constitucional, sem que se sobrevenham críticas quanto à possibilidade de ruptura com a tradição democrática ocidental (LORENZETTO, 2009).

No Brasil, seguindo-se as premissas *kelseanas*, tem-se o Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição Federal de 1988. Todavia, é possível se questionar se a política e pacto social pós-ditadura militar foram, efetivamente, os responsáveis pela atribuição desta

³ É importante frisar que segundo as características do estado alemão à época, o Poder Executivo era exercido pelo chanceler ou primeiro-ministro e não pelo Presidente do Reich.

função à corte constitucional ou se, por outro lado, essa atribuição se tornou uma justificativa, *a posteriori*, para a progressiva judicialização da política que se intensificou após a promulgação da Constituição Cidadã⁴ (OLIVEIRA, 2020).

Nesse sentido, é importante não se confundir a função de guardião da constituição com a possibilidade de ampliação de poderes.

Assim, sem embargo da defesa do tribunal constitucional como melhor opção para ocupar a função de garante da Constituição, Kelsen alerta para eventuais problemas oriundos da excessiva possibilidade de discricionariedade judicial, na medida em que o caráter político da jurisdição mais se acentua conforme mais amplo for o poder discricionário concedido pela legislação, que é generalizante por sua própria natureza (2003, p. 251).

Entretanto, mesmo com essas ressalvas, no Brasil, a função de guardião da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal não vem acompanhada, ao menos em significativo número de oportunidades, da preocupação em se atenuar o decisionismo judicial.

Pelo contrário, nos últimos anos tem-se presenciado um Judiciário cada vez mais empenhado em promover, através de suas determinações, reformas políticas e institucionais não levadas a efeito pelos poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, o Ministro Barroso (2015) entende que o Supremo Tribunal Federal, para além da função de guardião da Constituição, também possui um papel contramajoritário, bem como desempenha uma função representativa e incorpora o ofício de vanguarda iluminista.

Quanto à função contramajoritária, Barroso (2015) pontua que onze (na verdade seis) ministros do Supremo Tribunal Federal, sem o voto popular, podem sobrepor a sua interpretação do texto constitucional ao entendimento realizado por agentes políticos investidos de mandato representativo. A legitimidade democrática desta função estaria ancorada em dois fundamentos principais: a proteção dos direitos fundamentais e a preservação das regras do jogo democrático.

Ao lado do papel contramajoritário, Barroso (2015) destaca, também, a função representativa do Supremo Tribunal Federal. Para o Ministro, não é incomum que o Judiciário, em determinado contextos, seja um intérprete melhor da vontade majoritária. Barroso entende que, para além da crise de representação política, seriam motivos para essa legitimidade representativa o fato de o acesso às carreiras da magistratura ser, em regra, promovido por concurso público, o que garante um caráter plural ao Judiciário; o comprometimento dos

⁴ No ponto, é importante observar que o artigo 102 da Constituição Federal, ao elencar as competências do Supremo Tribunal Federal, expressamente prevê que cabe ao tribunal a guarda da Constituição.

agentes políticos com os financiadores de suas campanhas; a vitaliciedade dos juízes, que dificulta a suscetibilidade de suas decisões a pressões externas; a inércia judicial; e a necessidade de motivação das determinações judiciais.

Por último, Barroso (2015, p. 35) cita também o papel de vanguarda iluminista desempenhado por cortes constitucionais. Para o Ministro:

Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, às vezes, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*. Na África do Sul, coube ao Tribunal Constitucional abolir a pena de morte. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal deu a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto. A Suprema Corte de Israel reafirmou a absoluta proibição da tortura, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo, em um ambiente social conflagrado, que se tornara leniente com tal prática.

Ou seja, seria possível, para Barroso, que as cortes constitucionais, dentro de determinados contextos históricos, promovessem avanços sociais, supostamente necessários, quando os representantes do demais poderes se abstivessem de promover as reformas políticas ou civis exigidas pelos novos tempos.

Essas novas competências, autoatribuídas pelo Supremo Tribunal Federal, ao lado da possibilidade de uma atuação proativa das cortes constitucionais na defesa da concretização de valores e princípios encartados no texto constitucional, tem, não raro, desequilibrado, em favor do Judiciário, as forças dos poderes institucionais. Da mesma forma, descaracterizam a função de guardião da Constituição, na medida em que representam a solução de divergências constitucionais a partir de soluções apoiadas em uma relação de subordinação dos demais poderes.

Nesse sentido, a autocontenção se mostra como fundamental para que as novas e importantes funções atribuídas ao Judiciário a partir de uma leitura neoconstitucional da relevância jurídica dos princípios e valores esculpidos no texto constitucional não se transformem em concepções radicais que endossem a opção por um governo de juízes ou que consagrem o decisionismo e o ativismo judicial (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p. 205). Não se pode aceitar, conforme alertou Schmitt (2007, p. 193), que o guardião se transforme em senhor soberano do Estado.

No ponto, Santos reforça que as cortes constitucionais devem agir com maior autocontenção e que cumprir a lei já é algo bastante iluminista. Aduz, também, que é papel dos tribunais constitucionais dar conta dos problemas e desafios contemporâneos, mas isso não pode implicar captura da função legislativa pelo Judiciário. Além disso, uma atuação do Judiciário norteada por uma linha de “vanguarda iluminista”, poderia, em realidade, ocasionar um “retrocesso iluminista” (2020, p. 76).

3. O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS PROBLEMAS

A função de guardião da Constituição é mister delicado, devendo, conforme aponta Schmitt ser desempenhada de forma neutra, sob pena de o poder imbuído desta atividade acabar, ele próprio, se esquivando do controle de constitucionalidade (2007, p. 193). Nesse cenário, é necessário considerar a possibilidade de o próprio tribunal constitucional, incumbido da função de guardião, oferecer riscos autocráticos à vigência da Constituição (OLIVEIRA, 2020), especialmente ao equilíbrio entre os poderes.

Com efeito, quando o Supremo Tribunal Federal se vê como um poder que possui, ao lado da missão de proteção ao texto constitucional, capacidade de exercer, de forma direta, a função representativa, bem como de “empurrar a história”, em detrimento das atividades legislativa e de governo, pode-se incorrer em preocupante e ilegítima interferência do Judiciário em questões políticas e de administração pública. É necessário, portanto, não confundir a concretização de valores e princípios constitucionais, a partir de decisões judiciais, com indesejado ativismo judicial.

A expressão ativismo judicial, embora traduza uma disfunção do exercício do poder jurisdicional, não possui um conceito fechado, admitindo múltiplas acepções conforme o autor que trata do tema.

Nos Estados Unidos da América, de regra, utiliza-se como critério para avaliar o ativismo judicial “a extensão na qual os juízes invalidam atos legislativos” (GROSTEIN, 2019, p. 30).

A gênese do ativismo judicial pode ser atribuída ao caso *Marbury vs. Madison*, no qual a Suprema Corte norte-americana, em 1803, instaurando o controle de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo constante do *Judiciary act*, de 1789,

argumentando que a Constituição fixa a competência de Suprema Corte, então, só ela poderia estendê-la⁵ (HUNING, 2019, p. 48-49).

Sem embargo, o ativismo judicial não deve ser confundido com o exercício da atividade de controle de constitucionalidade. O ativismo judicial é uma anomalia, enquanto que o controle de constitucionalidade pode (e deve) ser exercido dentro de critérios legítimos previstos no ordenamento.

No Brasil, Grostein aduz que os principais estudos sobre o tema indicam que o ativismo judicial está ligado ao desbordamento dos limites impostos ao Judiciário pelo ordenamento jurídico, especialmente quanto a função jurisdicional rompe as balizas legais para invalidar a função legislativa; assim como ao julgamento com base em posições valorativas e ideológicas pessoais do julgador; e, finalmente, a criação do direito pelos juízes (2019, p. 53-54).

Para Barroso (2012, p. 6):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A partir dessas características é possível intuir que a expressão ativismo judicial se liga, irremediavelmente à política, sendo extremamente difícil utilizá-la em um contexto de comportamento neutro de determinado órgão judicial (OLIVEIRA, 2018, p. 189).

Com efeito, a judicialização da política, justificada no Brasil, nas mais variadas matérias, pelo pretense respeito à supremacia da Constituição e pela disseminação de precauções constitucionais contra possíveis abusos do poder político (OLIVEIRA, 2020), trouxe como consequência um avanço do ativismo judicial no país (GROSTEIN, 2019, p. 46-47).

É relevante o Judiciário se preocupar com a proteção de grupos minoritários e vulneráveis, assim como é importante uma posição firme dos tribunais na tutela de direitos difusos, cuja proteção seja de interesse de toda a coletividade, tal qual o meio ambiente. No entanto, o problema surge quando o Judiciário, acreditando ter mais legitimidade que os poderes

⁵ No mesmo sentido observam Grostein (2019, p. 116-125) e Oliveira (2019, p. 78-85). Grostein observa, ainda, que o caso *Marbury vs. Madison* é um exemplo de ativismo judicial do tipo *result-oriented judging*.

que possuem representantes diretamente escolhidos pelo povo, substitui, a partir de argumentos metajurídicos impregnados (ainda que inconscientemente) de valores pessoais do julgador, as deliberações e opções políticas do Legislativo e do Executivo.

Nesse sentido, Santos alerta que basta ao Judiciário imiscuir-se em tópicos sensíveis, especialmente aqueles vinculados ao Direito Penal, Direito Eleitoral ou aos direitos dos agentes políticos, que a pretensa vanguarda das cortes constitucionais se transforma em “guarda”, de modo que o guardião da Constituição se transmuta, em realidade, em um poder censor do moralismo político, conforme o desejado pelos membros da corte (2020, p. 77).

Exemplos clássicos do cruzamento da fronteira entre a função de tutela do texto constitucional e a intromissão do Supremo Tribunal Federal em assuntos relacionados à política pura são o julgamento da verticalização de candidaturas (ações diretas de inconstitucionalidade nº 2.628-3/DF e 2.626-7/DF) e da alteração do número de vereadores de modo proporcional à população dos municípios (recurso extraordinário nº 197.917/2002).

As ações diretas de inconstitucionalidade nº 2.628-3/DF e nº 2.626-7/DF foram ajuizadas por partidos políticos, das mais diversas matizes⁶, e tinham como objetivo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 4º, § 1º da Resolução nº 20.993/2002⁷ do Tribunal Superior Eleitoral que, por ato próprio, instituiu a denominada verticalização das coligações partidárias. Em síntese, os partidos autores das representações alegavam que o tribunal eleitoral teria exacerbado suas competências e legislado sobre o tema⁸.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, não conheceu dos pedidos compreendidos nas iniciais por entender que a Resolução nº 20.993/2002 era um ato normativo secundário e, por isso, não poderia ter sua constitucionalidade questionada junto à Corte. O Supremo não adentrou no mérito da questão por entender que o Tribunal Superior Eleitoral apenas teria interpretado as disposições da Lei nº 9.504/1997⁹.

⁶ A ADI nº 2.626/DF foi ajuizada pelo PC do B, PL, PT, PPS, enquanto que a ADI nº 2.628/DF teve como autor o PFL.

⁷ Art. 4º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei nº 9.507/97, art. 6º, caput).

§ 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.02).

⁸ Para uma análise aprofundada do tema: REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **O ativismo judicial no Brasil: o caso da verticalização**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

⁹ STF, ADI 2.626/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, j. 18/04/2002; STF, ADI 2.628/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. para acórdão Min. Ellen Gracie, j. 18/04/2002.

Em crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal, Reis destaca não haver razoabilidade na argumentação defendida pela maioria do Supremo (2014, p. 225):

Não conseguimos vislumbrar o motivo pelo qual o STF, por maioria, não ter considerado que a inclusão da obrigatoriedade de os partidos políticos observarem o princípio da coerência das coligações partidárias na Resolução que traz as normas gerais a serem aplicadas nas eleições de 2002 não ser ato revestido de caráter normativo. Houve clara inovação no posicionamento do TSE, posicionamento esse que gerou celeuma e consequências graves ao cenário político brasileiro.

Já no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/2002 o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de Mira Estrela, no estado de São Paulo, que cuidava da composição da câmara de vereadores. Na oportunidade, a corte entendeu que deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento do número de vereadores com observância apenas dos limites máximos e mínimos, conforme previa a redação do artigo 29 da Constituição Federal à época, é tornar sem sentido a exigência de proporcionalidade expressa no texto constitucional¹⁰.

Sobre o julgado, Santos entende que (2020, p. 78):

Ao apreciar o caso em sede de recurso extraordinário o STF criou regra no tocante ao parâmetro aritmético a ser utilizado por números de vereadores em relação ao de habitantes. Tal entendimento resultou na edição, pelo Supremo Tribunal Eleitoral, da Resolução TSE 21.702/2004. O caso denota postura ativista do STF, que atuou como se fosse legislador positivo, além de aplicar efeito transcendente e vinculante em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Ainda no ponto, Oliveira (2020) rememora o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF, que tratava da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Segundo o autor, o julgamento, especialmente pela celebração quanto à utilização de audiências públicas, deixou claro que a corte passou a reivindicar uma legitimidade política ampliada, em concorrência com as funções do parlamento¹¹.

Esses casos, ainda que possam ser considerados nobres os valores que permearam as decisões, demonstram uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, na medida em que

¹⁰ STF, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, DJ 07/05/2004.

¹¹ O julgamento da ADI nº 3.510/DF não pode ser considerado exemplo de uma ação ativista, muito pelo contrário conforme ser abordará na sequência. No entanto, a celebração promovida pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao julgamento e a possibilidade de a corte assumir o papel de “casa do povo” denotou comportamento que não se coaduna com uma posição de autocontenção.

revelam a concretização de concepções morais e políticas particulares dos membros do órgão judicial e que não encontram conforto, diretamente, na Constituição Federal.

Nesse sentido, essas atuações ativistas por parte daquele a quem incube a guarda da Constituição se traduz em um risco evidente à separação dos poderes e, por corolário, à estabilidade institucional. Isso porque, o ativismo judicial vai em direção oposta a dois princípios fundamentais da teoria da separação de poderes, quais sejam: a contenção do abuso de poder e a especialização funcional (MEDEIROS, 2020, p. 77).

Além disso, o Poder Judiciário, quando atua em substituição ao administrador público e ao legislador, carece de legitimidade popular, bem como trabalha com um déficit de informações especializadas e sem contar com a estrutura institucional necessária para implantação de políticas públicas (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 37-39).

Some-se a esses problemas, o fato de que a defesa de uma posição de “vanguarda” pode retirar o caráter técnico das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário, tal qual já ocorre com o Executivo e o Legislativo, fique, também, suscetível a pressões externas¹².

Todos esses efeitos maléficos de uma atuação ativista do poder Judiciário, em nome de uma questionável legitimidade democrática dos tribunais constitucionais, ficam ainda mais evidentes em situações de crise e de emergência, justamente pelo o fato de o direito não ter como regular todas situações de exceções possíveis de acontecer.

No ponto, Posner e Vermeule (2007, p. 12) apontam que as intervenções do Judiciário, em momentos de crise, invariavelmente não apresentaram melhor êxito que a tomada de decisão pelo Executivo:

Our view is that judges deciding constitutional claims during times of emergency should defer to government action so long as there is any rational basis for the government’s position, which in effect means that the judges should almost always defer, as in fact they have when emergencies are in full flower. In times of emergency, judges should get out of the government’s way, because sometimes government will choose good emergency policies, and even when it does not, judicial intervention may only make things worse, not better. Throughout, we discuss the effect of emergencies on both governmental decisionmaking and judicial review. Our argument is in the alternative: government functions no worse during emergencies than during normal times, and even when government makes mistakes during emergencies, judicial intervention cannot improve matters.¹³

¹² Sobre esse ponto, Santos (2020, p. 81) alerta que “o risco de atender-se aos anseios populares duvidosamente representados por certos canais que não representam toda a sociedade (mormente pelas redes sociais), faz com que o Judiciário esteja sujeito a pressões e descontentamentos absolutamente impróprios para condução de sua atividade”.

¹³ Tradução livre: “Nossa opinião é que os juízes que decidem as reivindicações constitucionais em tempos de emergência devem acatar a ação do governo desde que haja qualquer base racional para a posição do governo, o que na verdade significa que os juízes devem quase sempre adiar, como de fato o fizeram quando as emergências

É importante pontuar, contudo, que o ativismo judicial é um problema complexo, cuja origem não pode ser atribuída exclusivamente ao Judiciário. Nesse sentido, a proliferação dos meios de controle dos atos administrativos (e também dos atos legislativos), consubstanciado em um modelo constitucional de precaução e que objetiva, fundamentalmente minimizar o risco político (VERMEULE, 2014, p. 27 e ss), assim como a inércia deliberada dos administradores públicos no intuito de evitar desgastes sociais a partir de medidas impopulares fazem com o Judiciário se transforme em uma extensão da arena política, sendo sempre instado a se manifestar sobre temas que melhor seriam tratados pelos arranjos atinentes à política majoritária.

Assim, é importante que o Judiciário, não obstante a necessária valorização da normatividade dos princípios e valores constitucionais, limite a sua atuação, exercendo as suas tradicionais atividades, mesmo que constantemente provocado, sem excessos, pois o “aplausos de hoje do ativismo jurídico pode ter a sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados” (LEPPER; STRECK; TASSINARI, 2015).

É preciso, nessa orientação, ter-se em mente que a composição dos tribunais e, por corolário os valores dos membros do Judiciário, se transformam com o passar do tempo. Assim, decisões judiciais que possam ser consideradas positivas hoje, sem uma análise crítica quanto à boa técnica jurídica e ao dever de autocontenção, podem, no futuro, abrir espaços para determinações baseada em argumentos metajurídicos reacionários e que, assim, ao invés de “empurrar a história” em direção ao progresso, a puxe no sentido do retrocesso.

4. A AUTORRESTRICÇÃO COMO UMA ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DOUTRINA CHEVRON

Conforme o já ressaltado, o ativismo judicial é um problema complexo que não encontra fundamento apenas no Judiciário. Com efeito, o excesso de mecanismos jurídicos previstos constitucionalmente e na legislação ordinária (muitos dos quais apoiados em conceitos jurídicos

são em plena flor. Em tempos de emergência, os juízes devem sair do caminho do governo, porque às vezes o governo escolhe boas políticas de emergência e, mesmo quando isso não acontece, a intervenção judicial pode apenas piorar as coisas, não melhorar. Ao longo, discutimos o efeito das emergências tanto na tomada de decisões governamentais quanto na revisão judicial. Nosso argumento é alternativo: o governo não funciona pior durante as emergências do que em tempos normais, e mesmo quando o governo comete erros durante as emergências, a intervenção judicial não pode melhorar as coisas.”

indeterminado) para conter eventuais abusos do poder político, aliado ao grande número de legitimados para questionar as ações do poder público e a fragmentação partidária e ideológica leva a uma constante judicialização da política.

Esse cenário torna-se ainda mais delicado em decorrência do nosso histórico recorrente de abusos do poder por parte dos representantes do Executivo, que nos levaram a diversos episódios de ruptura institucional, nos quais o regime democrático foi afastado. Tudo isso faz sermos terreno fértil para o denominado “constitucionalismo de precaução”, cujo o objetivo é reduzir ao máximo possível os riscos de arbitrariedade por parte dos agentes políticos (VERMEULE, 2014, p. 10).

Diante deste contexto, e apoiado na normatividade dos princípios e valores constitucionais, o Judiciário nacional, conforme o destacado, tem assumido, em muitas oportunidades, funções que escapam a simples guarda do texto constitucional, em explícito desprestígio à atividade política e à administração pública.

Nesse sentido, no intuito de se afastar os eventuais malefícios oriundos de um ativismo judicial como uma prática, surge como alternativa a ideia de deferência à administração pública, de origem norte-americana, a partir da doutrina *Chevron*.

O princípio da deferência tem como base um juízo de autorrestrição do Judiciário, especialmente em relação ao Executivo, consistente na utilização de método de exame judicial bifásico que pretende investigar se o sentido da lei (ou ato executivo) é claro e, caso não o seja, se a interpretação dada é admissível (MEDEIROS, 2020, p. 140).

O modelo *Chevron* de deferência se constituiu, ao longo do tempo, em pilar fundamental do direito norte-americano (MEDEIROS, 2020, p. 140) e teve como gênese o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1984, do caso *Chevron U.S.A. Inc. vs. Natural Resources Defense Council*.

Na oportunidade, de forma resumida, entendeu a Suprema Corte norte-americana que a administração pública detém, no cumprimento de seus deveres, a primazia da interpretação de conceitos indeterminados das leis que regulam o seu agir. Ficou consignado, também, que o Judiciário só deve intervir em situações específicas, devendo respeitar, como regra, a exegese do Executivo (BIM, 2012). Ou seja, segundo o modelo *Chevron* as cortes devem deferência às interpretações e ao livre juízo da administração, a menos que a lei tenha sentido inequívoco ou que a interpretação realizada pelo Executivo seja desarrazoada (*ibidem*).

Com efeito, a doutrina *Chevron* sustenta-se em dois passos. No primeiro, cabe ao órgão julgador avaliar se a lei que fundamenta o ato do Poder Executivo comporta mais de uma

interpretação. Caso o sentido da lei seja inequívoco, o juiz deverá ajustar o ato praticado à deliberação do Congresso, revisando a ação do Executivo no intuito de fazer valer a *mens legis*. De outra forma, se mais de uma interpretação for admitida e, caso a leitura dada pelo Executivo seja compatível com a lei, o julgador deverá deixar o ato praticado prevalecer, ainda que discorde da opção escolhida pelo administrador e que entenda existir um sentido mais adequado à norma (MEDEIROS, 2020, p. 144). Nesse sentido, a concordância ou não do julgador com a interpretação dada pelo administrador é irrelevante, basta que ela seja razoável para que o Judiciário deva agir com deferência.

A doutrina *Chevron* foi pensada nos Estados Unidos especialmente para abranger as *agencies*, que possuem um conceito jurídico mais amplo do que no Brasil, abrangendo funções que vão além das exercidas pelas agências regulatórias e executivas (MEDEIROS, 2020, p. 149-150). Com efeito, o termo indica, em geral, toda e qualquer atividade de autoridade pública vinculada ao executivo.

Nesse passo, a incorporação da doutrina *Chevron* ao direito brasileiro não deve ser feita de forma acrítica, sendo necessário bem ponderar as peculiaridades entre o sistema jurídico norte-americano e o brasileiro quando de sua aplicação. No entanto, constitui-se a adoção do princípio da deferência em importante autorrestrição do Judiciário capaz de neutralizar os efeitos deletérios decorrentes do ativismo judicial.

A doutrina *Chevron* privilegia a experiência e as capacidades institucionais do administrador público, tornando mais eficiente o exercício das ações governamentais. Com efeito, o excesso de controles é substituído pela diminuição de custos e pela otimização dos resultados. No ponto, Vermeule chegar a apontar que um certo risco de abuso é aceito em prol dos ganhos institucionais gerais (2016, p. 66)¹⁴.

Além disso, a deferência implica em uma uniformização da interpretação da lei e, por consequência garante uma maior segurança jurídica (MEDEIROS, 2020, p. 169), evitando decisões contraditórias conforme as convicções pessoais do julgador.

No Brasil, a aplicação a autorrestrição judicial, a partir do princípio da deferência encontra respaldo na previsão constitucional de separação de poderes, na presunção de

¹⁴ Nesse mesmo sentido, OLIVEIRA (2020) aponta que “um poder executivo “precaucionariamente” enfraquecido, com o objetivo de reduzir ao máximo o risco político, pode promover exatamente o malefício que se buscava coibir, estimulando ações governamentais à margem da Constituição. Havendo dúvida, caso o judiciário haja contrariamente as decisões da administração ele não estará exercendo o papel de juiz, mas sim de legislador constitucional. Por isso, no exercício da jurisdição constitucional, “a questão essencial não é qual é o verdadeiro significado da Constituição, mas se a legislação é sustentável ou não”.

legitimidade e veracidade dos atos administrativos e, mais recentemente, nas alterações à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro efetuadas pela Lei nº 13.655/2018.

Com efeito, as alterações promovidas pela nº Lei 13.655/2018 tem 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” (MEDEIROS, 2020, p. 198).

Há, portanto, uma preocupação da própria legislação em conter o excesso de controle judicial sobre os atos administrativos a partir da interpretação extensiva e sistemática de princípios abstratos¹⁵ e que não levem em ponderação as dificuldades e os obstáculos atinentes ao exercício da gestão pública¹⁶.

Sem embargo, embora não exista muito espaço, hoje, para se discutir a existência de reiteradas posturas ativista no Judiciário brasileiro, o princípio da deferência e a doutrina *Chevron* são lembradas pela jurisprudência nacional.

Com efeito, o próprio ministro Barroso (2015) do Supremo Tribunal Federal, que sustenta a posição vanguardista do Supremo Tribunal Federal, aponta a necessidade de o Judiciário agir com deferência. Segundo o ministro, “nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador”.

Nesse sentido, é paradigmática a decisão do Superior Tribunal de Justiça que apontou a necessidade de observação do princípio da deferência técnico-administrativa, que seria mero desdobramento da doutrina *Chevron* (BIM, 2012), em questões que envolvam aspectos multidisciplinares, assentando a necessidade, nessas hipóteses, de uma atuação cautelosa por parte do Judiciário¹⁷.

¹⁵ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

¹⁶ 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 consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

¹⁷ STJ, REsp 1.171.688/DF, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 01.06.2010, v.u., DJe 23.06.2010.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, possui julgados em que se colocou de modo deferente. Exemplos de julgamentos coadunados com a ideia de autocontenção são a demarcação de terras indígenas Raposa Serra do Sol, petição nº 3.388/RR, a análise da Lei de Biossegurança, ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF, e ação que julgou a constitucionalidade da Lei Orçamentária de 2016, ação direta de inconstitucionalidade nº 5.465/DF.

Quanto ao julgamento da demarcação de terras indígenas Raposa do Sol, Clève e Lorenzetto sublinham (2015) que o Supremo Tribunal Federal não foi ativista ao prestar deferência ao Executivo, que dispunha de melhores meios técnicos para conhecer da matéria, como, por exemplo, a realização de estudos antropológicos.

Com efeito, no julgamento dos embargos de declaração na petição nº 3.388/DF, restou consignado que a decisão proferida naqueles autos não possuía caráter vinculante, de modo que as condicionantes e diretrizes ali estipuladas não poderiam ser objeto de questionamento em outros processos¹⁸.

Já no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF entendeu a complexidade do tema e prestou deferência às escolhas realizadas pelo Legislativo com a edição da Lei nº 11.105/2005. Exemplar, quanto ao tópico, é o voto da Ministra Ellen Gracie, que cita:

Buscaram-se 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 explícitos 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. (BRASIL, 2008).

Por último, em relação ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.465/DF, Medeiros (2020, p. 138) recorda que ação foi julgada improcedente, mediante a invocação da necessidade de se prestar uma postura de deferência em relação à deliberação parlamentar.

Na oportunidade, a Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho queria a revisão da lei orçamentária por entender que o corte no orçamento da judiciário trabalhista teria sido efetuado com abuso de poder e com objetivo de retaliação política (MEDEIROS, 2020, p. 138).

¹⁸ STF, Emb. Decl. Pet 3388/RR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 23.10.2013, DJE 04.02.2014.

No julgamento, ficou consignado, expressamente, que:

Consectariamente, diante da ausência de abusividade, deve-se declarar 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, sob pena de indevida e ilegítima tentativa de esvaziamento de típicas funções institucionais do Parlamento (BRASIL, 2017).

Além desses julgados, o Supremo Tribunal Federal já possui decisões que fazem menção, de forma expressa à doutrina *Chevron* e, por consequência, se mostraram em posição de deferência às escolhas realizadas pela Administração Pública.

Nesse sentido, foi o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.874/DF que questionava ato normativo praticado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. No acórdão foi consignado que (BRASIL, 2019):

Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos 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. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou à agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*).

Assim, tem-se que a utilização da doutrina *Chevron* não é uma novidade no direito brasileiro, de modo que o seu emprego a partir da autorrestricção judicial, com o consequente prestígio às escolhas efetuadas pelos representantes dos poderes Executivo e Legislativo, melhor se amolda ao desenho institucional de separação de poderes. Da mesma forma, o princípio da deferência permite que o Judiciário exerça, com segurança jurídica, a função de guardião da Constituição sem se tornar ele próprio uma ameaça à vontade democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como o visto, o Judiciário possui hoje um protagonismo nunca exercido em outro momento da história. A atribuição de normatividade aos valores e princípios constitucionais fez

com que os tribunais passassem a se imiscuir em temas que normalmente eram reservados à política.

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal Federal, para além da função de guardião da Constituição, também entendeu ter papel relevante nas escolhas democráticas do país, autoatribuindo-se a atividade de “vanguarda iluminista”, no sentido de empurrar a história quando ele emperra.

Sem embargo, essas novas funções do Judiciário, em desprestígio às atividades legislativa e de governo, fazem com que ocorra preocupante e ilegítima interferência dos tribunais em questões políticas e de administração pública. Desborda-se o mister de guardião da Constituição para indesejado ativismo judicial.

Entretanto, viu-se que o princípio da deferência, com fundamento na doutrina Chevron, de origem norte-americana, pode ser importante mecanismo jurídico no sentido de solucionar os efeitos deletérios decorrentes de uma postura ativista por parte do Judiciário.

Longe de ser uma novidade no direito brasileiro, a doutrina Chevron e a necessidade de autorrestrição judicial já foram expressamente defendidas em decisões de nossos tribunais superiores, em especial pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, é intuitivo que os demais poderes, notadamente o Executivo, possuem mecanismos mais eficientes a sua disposição para dar concretude aos mandamentos constitucionais, inclusive àqueles de maior carga axiológica, devendo, assim, as suas escolhas, desde que não desarrazoada, serem valorizadas pelo Judiciário.

Portanto, defende-se que a posição de guardião da constituição está muito mais ligada à preservação das relações institucionais e da manutenção do equilíbrio entre os poderes do que, propriamente, na necessidade de o Supremo Tribunal Federal se tornar agente relevante nas decisões política em decorrência de uma pretensa atividade de vanguarda iluminista.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em 04/10/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. SYNTHESIS, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 04/10/2022.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito ambiental e autocontenção judicial. **Revista Direito Público**, v. 9, n. 46, 2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2094/1104>. Acesso em 04/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.626**, Relator: Ministro Sydney Sanches, Relatora para acórdão Ministra Ellen Gracie, DF, 18 abr. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.628**, Relator: Ministro Sydney Sanches, Relatora para acórdão Ministra Ellen Gracie, DF, 18 abr. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 197.917/SP**, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DF, 06 jun. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição nº 3.388/RR**, Relator: Ministro Roberto Barroso, DF, 23 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**, Relator: Ministro Ayres Britto, DF, 29 mai. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.468/DF**, Relator: Ministro Luiz Fux, DF, 02 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.171.688/DF**, 2ª Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DF, 01 jun 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 20.993 de 26 de fevereiro de 2002**. Diário Oficial da União: Poder Judiciário, Brasília, DF, 12 mar. 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Diário Oficial da União: Poder Executivo, Brasília, DF, 26 abr. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição**, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 2, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0409_0471.pdf. Acesso em 04/10/2022.

COSTA, Valterlei A. da. Afinal, quem deve ser o guardião da Constituição? **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 6, n. 1, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/6407>. Acesso em 04/10/2022.

HÜNING, Agnes Carolina. **Ativismo judicial e cidadania: das concessões ao retrocesso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JULIO, Grostein. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEPPER, Adriano Obach; STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acesso em 04/10/2022.

LORENZETTO, **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição**. Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf. Acesso em 04/10/2022.

MEDEIROS, Isacc Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. **Revista da Ajuris**, v. 45, nº 144, 2018. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/902/Ajuris-144-DT%2011.pdf>. Acesso em 04/10/2022.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Judicialização da política, auto-restrição judicial e defesa da constituição: algumas lições de Carl Schmitt em der hüter der verfassung**. Dois Pontos: revista dos departamentos de filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos, v. 17, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/74191>. Acesso em 04/10/2022.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the madisonian republic**. Oxford University Press, Inc. 2010.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **Terror in the balance: security, liberty, and the courts**. Oxford University Press, Inc. 2007

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **O ativismo judicial no Brasil: o caso da verticalização**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09082017-160419/pt-br.php>. Acesso em 04/10/2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation**. Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. Cambridge University Press, 2014.

Recebido – 13/04/2022

Aprovado – 09/12/2022