UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO

ÍVANO HERMANN SCHEIDT DE MENEZES REIS

**POLÍTICA PÚBLICA, TEORIA DA DEFERÊNCIA E ATIVISMO JUDICIAL:
uma aplicação ao *Homeschooling***

RIO DE JANEIRO
2021

ÍVANO HERMANN SCHEIDT DE MENEZES REIS

POLÍTICA PÚBLICA, TEORIA DA DEFERÊNCIA E ATIVISMO JUDICIAL: uma aplicação ao *Homeschooling*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Mattietto.

RIO DE JANEIRO
2021

ÍVANO HERMANN SCHEIDT DE MENEZES REIS

POLÍTICA PÚBLICA, TEORIA DA DEFERÊNCIA E ATIVISMO JUDICIAL: uma aplicação ao *Homeschooling*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Mattietto.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de 2021.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Leonardo Mattietto
Orientador

Examinador(a)

Examinador(a)

RESUMO

O fenômeno do ativismo judicial e a submissão dos mais diversos temas à análise do Poder Judiciário, inclusive políticos, sociais e de aplicação das políticas públicas, têm ampliado sensivelmente a atuação do Poder Judiciário no Brasil, inclusive por parte dos criadores e executores das políticas públicas. Diante desse cenário, o trabalho tem por finalidade analisar o ativismo judicial no Brasil, sua aplicação à execução de políticas públicas vinculadas ao *homeschooling*, bem como investigar a aplicação da teoria da deferência pelo Poder Judiciário, em relação às decisões administrativas na execução de políticas públicas. Para tanto, serão analisados os limites de atuação do Poder Judiciário, à luz do princípio constitucional da separação dos Poderes e do Estado Democrático de Direito. Assim, o trabalho tem por objetivo verificar a possibilidade de aplicar o princípio da deferência no sistema jurídico brasileiro, como alternativa ao problema do ativismo judicial em relação à Administração Pública, quanto ao tema do *homeschooling*.

Palavras-chaves: teoria da deferência; ativismo judicial; *homeschooling*; controle judicial dos atos administrativos; discricionariedade administrativa.

ABSTRACT

The phenomenon of judicial activism and the submission of the most diverse themes for analysis by the Judiciary, including political, social and public policy application, have significantly expanded the role of the Judiciary in Brazil, including by the creators and executors of public policies. Given this scenario, the work aims to analyze judicial activism in Brazil, its application to the execution of public policies related to homeschooling, as well as to investigate the application of the theory of deference by the Judiciary, in relation to administrative decisions in the execution of public policies. For this purpose, the limits of action of the Judiciary will be analyzed, in light of the constitutional principle of separation of Powers and the Democratic Rule of Law. Thus, the work verifies the possibility of applying the principle of deference in the Brazilian legal system, as an alternative to the problem of judicial activism in relation to Public Administration, regarding the topic of homeschooling.

Keywords: deference theory; judicial activism; homeschooling; judicial control of administrative acts; administrative discretion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ATIVISMO JUDICIAL, CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA E SEPARAÇÃO DE PODERES.....	12
2.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL.....	17
2.3 ATO ADMINISTRATIVO E CONTROLE JUDICIAL	24
3 PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO E À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	3333
3.1 MODELO <i>CHEVRON</i> E MINIMALISMO JUDICIAL.....	3333
3.2 A DEFERÊNCIA NO CASO <i>CHEVRON</i>	366
3.3 O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA FACE AO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	4141
4 HOMESCHOOLING À LUZ DO ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	5252
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL.....	5252
4.2 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS ACERCA DO ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL	5757
4.3 O ENSINO DOMICILIAR À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	6767
5 CONCLUSÃO	7979
REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo descreve o conceito e as características do ativismo judicial, bem como apresenta uma hipótese de reequilíbrio entre os Poderes – Teoria da Deferência –, analisando sua aplicabilidade diante de eventual implementação do *homeschooling* no sistema brasileiro. Para tanto, será analisada a Teoria da Deferência, como base para propostas que possam auxiliar o exercício da atividade de implementação das políticas públicas.

O tema eleito está de acordo com a linha de pesquisa Estado, Constituição e Políticas Públicas, vez que abrange o estudo do papel dos Poderes do Estado - Executivo, Legislativo e Judiciário - nas decisões sobre políticas públicas, os mandamentos constitucionais que condicionam essas decisões, o controle do governo, o financiamento das políticas públicas e o papel do Estado na ordem econômica.

Destarte, o estudo analisa o papel do Poder Judiciário na execução de políticas públicas ligadas ao *homeschooling*, bem como a possibilidade de um Poder desequilibrar os demais, diante da Teoria dos Freios e Contrapesos. Ademais, avalia os comandos constitucionais que estabelecem as competências de cada Poder, suas competências, bem como possíveis avanços de um Poder sobre competências dos demais, em caso de eventual aprovação de legislação regulamentadora da prática do *homeschooling*.

A delimitação temática reside no exame do ativismo judicial e a atuação do Poder Judiciário na execução e controle de políticas públicas, tendo como base o caso *Chevron*, as balizas impostas no julgamento e a atuação do Poder Judiciário na execução de políticas públicas, diante do ativismo judicial. Parte-se, desse modo, que o modelo de ampliação da atuação do Poder Judiciário deve ser visto de maneira crítica, na medida em que pode haver violação às competências dos demais Poderes, causando, possivelmente, insegurança jurídica na concretização das políticas públicas.

O estudo reveste-se de relevância no contexto político e social brasileiro, na medida em que, atualmente, a sociedade brasileira debate o tema do *homeschooling* de forma permanente. Assim, apresentam-se os motivos que geram a posição do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, bem como demonstrar um possível caminho para reequilíbrio das atividades dos Poderes constituídos na execução de políticas públicas.

Nesse espectro, as seguintes problemáticas foram suscitadas: quais os limites de atuação do Poder Judiciário? Como equilibrar as atividades de concretização das políticas públicas entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário? Quais as balizas devem ser observadas pelo Judiciário ao controlar a realização de políticas públicas, principalmente, aquelas implementadas pelo Poder Executivo?

A presente dissertação tem como objetivo geral compreender os meandros teóricos que envolvem o ativismo judicial, a teoria da deferência, o sistema de freios e contrapesos e o caso *Chevron*, com a finalidade de estabelecer balizas objetivas para controle pelo Poder Judiciário em relação aos demais Poderes.

Os objetivos específicos, por sua vez, são: a) analisar o histórico das atividades do Poder Judiciário em relação à prática do *homeschooling* no Brasil; b) avaliar as influências do neoconstitucionalismo no Direito Brasileiro e nas decisões do Supremo Tribunal Federal na execução de políticas públicas; c) verificar a aplicação da Teoria da Deferência diante do sistema administrativo brasileiro; d) esboçar a aplicação da teoria da deferência na concretização de políticas públicas pelo Poder Executivo, e os limites da atuação do Poder Judiciário.

No que concerne aos métodos de interpretação, a pesquisa valeu-se do método histórico, sistemático e exegético. O método histórico contribuiu à modelagem dos antecedentes fáticos e jurídicos dos institutos construídos na fundamentação teórica da pesquisa, como neoconstitucionalismo, teoria da deferência e decisões discricionárias. O método sistemático cooperou na conjunção entre os diplomas constitucional, legais e infralegais. O método exegético, por fim, auxiliou o estudo específico do caso *Chevron*, possibilitando conhecer das raízes legais do mesmo, assim como extrair diretrizes que podem ser propostas para limitar

constitucionalmente a atuação de um Poder em relação aos demais.

Foram adotados os seguintes parâmetros de pesquisa: a) levantamento de dados bibliográficos capazes de fomentar uma sólida revisão da literatura e a formação de um referencial teórico; b) fichamento e avaliação da bibliografia levantada com o objetivo de qualificar, comparar e confrontar argumentos; c) análise de casos de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, a fim de realizar uma análise comparativa.

2 ATIVISMO JUDICIAL, CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA E SEPARAÇÃO DE PODERES

O presente capítulo apresenta uma análise do ativismo judicial, do controle de política pública e da separação dos poderes, enquanto conceitos e pressupostos que se relacionam. Muito se discute modernamente acerca dos limites da atuação de cada um dos órgãos em um Estado Democrático, bem como os parâmetros e condições em que interferências podem ser realizadas.

Conforme será apresentado, a separação dos poderes – ou separação das funções, como alguns preferem – visa evitar, em última instância, a existência de um poder autoritário, que imponha sua vontade aos indivíduos. Assim, trata-se de sistema que prioriza o compartilhamento das funções democráticas, com autonomia e independência, sem deixar de estabelecer hipóteses de controles recíprocos.

O controle de política pública não é incompatível com a separação dos poderes, sempre e quando realizado dentro dos parâmetros estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Mas existem situações em que a legislação, em razão dos mecanismos de controle disponibilizados, abre espaço para que interferências mais evidentes sejam realizadas.

O ativismo judicial é descrito como um movimento de fortalecimento do Poder Judiciário, frente a inércia ou omissão dos demais poderes. Ainda que exista espaço para que o Judiciário resolva questões relevantes, que não foram apreciadas pelos demais poderes ou que de outra forma foram apreciadas em desacordo com os mandamentos legais, muitos consideram que o Poder Judiciário brasileiro, por boas ou más razões, tem invadido competência alheia, o que representa a faceta negativa do ativismo judicial.

Assim, o presente capítulo apresenta os contornos da teoria da separação dos poderes, adentra na questão controvertida do ativismo judicial e judicialização da política e analisa a possibilidade de controle judicial do ato administrativo. Apresenta-se, também, os contornos da deferência da administração pública, tema que será central para o estudo de modelos de deferência em outros capítulos da obra.

2.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes, tal como existente em muitas sociedades modernas, nem sempre existiu. Nas sociedades gregas e romanas, bem como nos períodos monárquicos e medievais, o poder era concentrado em um ou poucos indivíduos. Conforme relata Antônio Riccitelli, “Os monarcas ou príncipes acumulavam as funções de elaboradores de leis, aplicadores e executores destas, bem como verdadeiros juízes das eventuais lides geradas em decorrência da submissa relação de seus súditos.”¹

O estudo da separação dos poderes foi importante para um número variado de teóricos, como é o caso de Aristóteles, que demonstrou preocupação com a atribuição de todo o poder a um único indivíduo, o que pode ser observado em sua obra ‘Política’. O pensador considerava “impossível que se pudesse prever a imprevisibilidade e complexidade das relações sociais”.²

Tratando do assunto, Alexandre de Moraes comenta que:³

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças.

De acordo com Antonio Riccitelli:⁴

“Posteriormente, inúmeros filósofos, como Bodin e Swift, desenvolveram teses fundamentadas no racionalismo, demonstrando uma preocupação sistemática em evitar a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa ou em um só órgão. Por seu turno, o estudioso e filósofo John Locke, em sua obra O Segundo Tratado sobre Governo, desperta em Charles de

¹ RICCITELLI, Antonio. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. rev. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 46-47.

² Ibidem, p. 47.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 857.

⁴ Ibidem, loc. cit.

Secondat, o Barão de Montesquieu, durante sua visita à Inglaterra pouco antes de 1748, a idéia de elaboração do maior clássico sobre o tema, celebrizado como O Espírito das Leis, resultado de sua vasta pesquisa na qual a separação dos Poderes adquiriu suma importância para o constitucionalismo.”

Modernamente, existem autores que consideram a expressão “separação de poderes” equivocada, na medida em que o poder que decorre da soberania não é separável. É o caso de Walber de Moura Agra, para quem “O que se reparte são as funções realizadas por esses poderes, de acordo com o que fora estipulado pela Constituição em cada país”. A própria Constituição Federal teria sido criada a partir da ideia de separação de poderes, na medida em que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece a impossibilidade de uma Lei Maior sem essa separação e outorga dos direitos fundamentais.⁵

No mesmo sentido, é a teoria de Alexandre de Moraes:⁶

“Note-se que nos referimos às garantias dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, uma vez que se assemelham em virtude da autonomia, independência e finalidades constitucionais. Além disto, exercem todos, funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito se assenta na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.”

Tratando-se da origem da separação dos poderes, Walber de Moura Agra leciona que:⁷

“O mencionado princípio foi inicialmente formulado por Aristóteles, estudado por Locke e, depois, aprimorado por Montesquieu; mas os gregos já compreendiam a importância da repartição de poder. Em Atenas havia diversos órgãos, como a Assembleia Popular, um Senado, um Areópago. Era uma divisão incipiente, em que os poderes não estavam devidamente definidos. Para Locke haveria três poderes: o Legislativo, o Executivo e o

⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 160.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 863.

⁷ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., loc. cit.

Confederativo; os dois primeiros executariam funções internas e o terceiro cuidaria dos assuntos externos, atuando de forma livre, sem se subordinar a leis internas, para se adequar às flutuações internacionais (para ele o Poder Judiciário não estava adstrito a um órgão específico). Montesquieu parte da mesma premissa de Aristóteles, ao conceber a existência de três poderes, mas aprimora a tese do mestre de Estagira.”

A teoria de Montesquieu é importante na medida em que representa o marco para a evolução da repartição de poderes. No entanto, referida teoria apresenta deficiências que a tornam incompatível com os ideais modernos. A título de exemplo, em sua concepção rudimentar, a separação dos poderes atribuía ao executivo a competência sobre matéria jurídica, notadamente em se tratando do direito das gentes, restando ao executivo tratar do direito civil.⁸

Importa mencionar que a separação dos poderes possui como fundamento e razão de ser evitar o surgimento de regimes absolutistas, que são contrários a democracia e aos direitos reconhecidos como fundamentais. É nesse contexto de preservação dos direitos e garantias e da própria democracia que surgem os debates iniciais acerca da atribuição de poderes específicos a cada órgão. Conforme explica Walber de Moura Agra, “A concentração de poder tende ao arbítrio; com a sua repartição, em que um poder limita o outro, a fiscalização do cumprimento dos parâmetros legais pode ser realizada, evitando-se a quebra dos princípios democráticos”.⁹

Tratando do objetivo último da separação dos poderes, Luís Roberto Barroso, ensina:¹⁰

“O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. Em interessante decisão, na qual examinava a possibilidade de controle judicial dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal identificou esse sentido básico da separação de Poderes com a vedação da

⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 160.

⁹ Ibidem, p. 161.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 202-203.

existência, no âmbito do Estado, de instâncias hegemônicas, que não estejam sujeitas a controle.”

Apesar de cada um dos órgãos realizar tarefas específicas, que marcam a sua competência, a separação de poderes não se dá de forma rígida. Muito pelo contrário, os sistemas se comunicam, de modo a reduzir “os limites que separam a atuação de cada um deles.” Nesse sentido, no contexto da separação dos poderes, cabe ao Poder Legislativo fiscalizar e legislar, no exercício de sua função precípua/típica. Situações existem, porém, em que o próprio Legislativo administra e julga, sem, contudo, interferir na competência precípua de outros poderes.¹¹

Significa dizer que os poderes são compatíveis entre si, mas independentes, funcionando em harmonia. Assim, cada um dos poderes pode “trabalhar de forma autônoma, mas não de forma isolada, obviamente porque a seara fática em que eles têm de incidir é a mesma”¹². Quando os poderes interagem entre si, limitando uns aos outros, os beneficiados diretos são os cidadãos, na medida em que seus direitos e garantias são preservados.

Analisando a doutrina especializada, Luís Roberto Barroso explica que a proteção da população contra o absolutismo pode se dar por duas formas distintas, quais sejam, a divisão de funções e controles recíprocos. No ordenamento jurídico brasileiro, isso se dá por meio da ideia de especialização funcional e independência orgânica dos poderes.¹³

Acerca de cada um desses elementos:

“A especialização funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.”¹⁴

¹¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 161.

¹² Ibidem, loc. cit.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 203.

¹⁴ Ibidem, loc. cit.

Assim, resta evidente que a separação dos poderes funciona como mecanismo de proteção, na medida em que considera os riscos de atribuição de todo o poder de uma nação a um só órgão ou pessoa. Existe independência entre os poderes, o que não significa que podem funcionar de forma isolada, na medida em que estão inseridos em um mesmo contexto e existem para satisfazer aos mesmos interesses últimos.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Existe uma tendência mundial no sentido da maior participação do Poder Judiciário na definição de temas de relevo social e político. Dentro desse contexto, a atuação dos juízes pode ser analisada a partir de dois enfoques distintos, notadamente, enquanto judicialização da política e ativismo judicial. Distinguir entre esses dois aspectos é relevante para que se possa compreender a relação entre os Poderes, quais sejam, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo.¹⁵

No entendimento de Streck, Tassinari e Lepper:¹⁶

“Não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. É, portanto, por esse caminho que podem ser fixados os primeiros pontos, visando demonstrar as diferenças entre os dois temas em questão.”

Ainda de acordo com os autores “a judicialização apresenta-se como uma questão social”. Nesse sentido, a dimensão da judicialização não está dependente da vontade ou do desejo do órgão judicial. Trata-se de produto de diversos fatores, que são, pelo menos originalmente, estranhos à jurisdição, tendo como ponto de partida o reconhecimento de direitos, passando também pela ineficiência do Estado

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015, p. 53.

¹⁶ *Ibidem*, p. 56.

em implementar esses direitos, o que resulta em uma torrente de processos levados à apreciação judicial.¹⁷¹⁸

Trata-se de uma visão sistemática do ativismo judicial. Streck, Tassinari e Lepper defendem que “a diminuição da judicialização não depende [...] apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.”¹⁹

Os autores também apresentam uma série de concepções que fazem parte da ideia geral de ativismo judicial:

“Do outro lado, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo.”²⁰

Ao tratar da matéria, Carlos Eduardo Reverbel tece críticas que merecem análise. De acordo com o autor, o Estado é, em primeiro lugar, um Estado de política, motivo pelo qual sugere a expressão Estado Democrático de Direito, no

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015, p. 56.

¹⁸ Interessante notar que a judicialização se dá especialmente no tocante aos direitos sociais. Nesse sentido: A judicialização dos direitos sociais e econômicos, cuja satisfação exige do Estado prestações de cunho material e, em decorrência, o dispêndio de recursos públicos, é um tema bastante sensível do ponto de vista da democracia. Quando essas prestações passam a ser definidas e deferidas por magistrados, costuma-se argumentar que a distribuição dos recursos públicos e bens sociais manifesta o caráter de coletividade de uma sociedade e, por isso, são atitudes que concernem ao povo e seus representantes diretamente eleitos, e não à elite da magistratura. Identifica-se, neste argumento, um ponto de convergência entre a direita, a esquerda e o centro: “a imposição judicial de direitos sociais e econômicos é ilegítima porque contradiz nosso compromisso com as formas democráticas de governo” (AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, p. 83-108, 2018, p. 74).

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. Op. cit., loc. cit.

²⁰ Ibidem, loc. cit.

lugar de Estado de Direito Democrático. O povo é elemento central para a compreensão da democracia e suas instituições, incluindo o direito.²¹

No entendimento do autor, o ativismo judicial ocorre quando o “juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política”. Busca-se, por meio desse deslocamento de competência, a resolução de problemas políticos, por intermédio de critérios que são jurídicos. Isso é possível em razão do “desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos.”²²

Como consequência do ativismo judicial, Reverbel aponta para a impossibilidade de distinção entre o que é político e o que é jurídico. Trata-se de um problema que não afeta apenas o Brasil, mas também “os países ibero-americanos que misturam Estado, governo e administração, que não separam jurisdição constitucional de jurisdição ordinária.”²³

Reverbel indica, ainda, que a confusão entre o campo político e o campo jurídico leva a decisões políticas ruins, por meios jurídicos, na figura do julgador. Cita, como exemplo, “as liminares que concedem internações em hospitais que não possuem vagas”. A tentativa de resolução do problema político, pela via judiciária, acaba por não fornecer uma resposta eficiente.²⁴

O autor prossegue com a crítica, afirmando que:

“O atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil também favorece o ativismo judicial. Se na Alemanha, na Espanha, na Itália, ou melhor, no sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma Corte Suprema, a um Tribunal Constitucional; no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar à separação de poderes, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive ex post facto, contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei, como decorrência justa.”²⁵

²¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009, p. 8.

²² Ibidem, loc. cit.

²³ Ibidem, p. 8-9.

²⁴ Ibidem, p. 9.

²⁵ Ibidem, loc. cit.

Como é possível notar, existem posicionamentos favoráveis e contrários ao ativismo judicial, centrados, não pelos mesmos motivos, na ingerência do judiciário em outros poderes. No entanto, é certo que o ativismo judicial existe e, apesar de se tratar de tema moderno, suas origens podem ser percebidas em momentos passados.

De acordo com Anderson Teixeira:²⁶

“No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade.”

Se antes de 1965 o debate relativo à constitucionalidade das leis estava concentrado na esfera política, agora o judiciário exerce, com maior intensidade e frequência, a sua legitimidade, por meio tanto do controle difuso, quanto concentrado. Entende-se por judicialização, pois, a resolução de questões que seriam de competência do Executivo ou do Legislativo pelo Judiciário, em uma aparente violação da divisão dos poderes.

No entanto, a judicialização não pode ser confundida como uma interferência ilegítima do Poder Judiciário em outros poderes, na medida em que a inércia injustificada, a negativa de direitos e outras violações podem fazer surgir a competência do Judiciário.

Luis Roberto Barroso assevera:²⁷

“Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso

²⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, p. 037-057, 2012, p. 40.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 498.

jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.”

O magistrado informa que exemplos de judicialização não faltam, podendo ser encontrados não apenas no Brasil, como também em diversos outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Em suas palavras, “os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros”.²⁸

De acordo com Alexandre de Moraes, o ativismo judicial brasileiro se deve a um fortalecimento do Poder Judiciário, que teve início com a Constituição Federal de 1988, que instituiu mecanismos complexos de controle de constitucionalidade. Outro elemento central consiste na inércia dos poderes políticos em efetivar os direitos e garantias previstos na Constituição. Assim, surgem novas técnicas processuais que ampliam “a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.”²⁹

Ao analisar o direito comparado, Alexandre de Moraes afirma que:³⁰

“Aponta-se, como a primeira decisão considerada como ativista, embora inexistisse a terminologia à época, o caso Dred Scott, de 1857, quando julgando uma lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem num território onde a escravidão tivesse sido anteriormente abolida, a Suprema Corte declarou-a inconstitucional, por ferir o direito de propriedade, protegido pela cláusula do *due process of law*. Igualmente, a mesma cláusula do devido processo legal foi invocada na decisão *Lochner v. New York*, de 1905, permitindo que a Corte invalidasse direito social consagrado pela legislação, que passará a limitar a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias; o argumento foi de que a lei privava os cidadãos de sua liberdade de contratar.”

Mencione-se, ainda, que o ativismo judicial americano foi importante especialmente no que tange a debates raciais nos Estados Unidos. Na decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, a Corte Suprema alterou seu próprio

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 499.

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1472.

³⁰ *Ibidem*, p. 1474.

precedente, que havia sido fixado em *Plessy v. Ferguson*, de 1896, para romper com a doutrina do “iguais, mas separados”, declarando inconstitucional a lei que determinava espaços diversos para negros e brancos, ainda que de mesma qualidade. A decisão é vista como um dos marcos para o fim da segregação racial americana.³¹

O processo de judicialização não pode ser explicado com base em um único fator. Existem, na verdade, causas de naturezas diversas, que explicam esse fenômeno. “A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Poder Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas”.³²

Em razão desse reconhecimento, os juízes e tribunais tiveram um crescimento exponencial, passando a ocupar lugar de destaque na ordem jurídica e democrática. Isso se observou em países da Europa e da América Latina em especial.³³

Outra causa diz respeito a “desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral.” Fala-se, aqui, na crise de representatividade, na medida em que os cidadãos não se sentem representados pelos políticos eleitos, criando um cenário de incerteza e conflitos.³⁴

Existe ainda uma terceira causa para a judicialização, que é a preferência de atores políticos pela decisão de determinadas questões pelo judiciário. Quando determinada bandeira gera debate público, os políticos preferem evitar o seu confronto. O judiciário é acionado, para resolver uma questão sobre a qual o legislativo não se debruçou, muitas vezes deliberadamente.³⁵

Conforme relata Luís Roberto Barroso:³⁶

“Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial,

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1474.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 499.

³³ *Ibidem*, loc. cit.

³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁶ *Ibidem*, p. 500.

especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952/SP e Súmula Vinculante 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330 e ADC 41/DF); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF); (xi) vedação ao financiamento privado das campanhas eleitorais (ADI 4.650); e (xii) ensino religioso em escolas públicas (ADI 4.439)”.

Todas essas são matérias que foram levadas a apreciação do Judiciário, quando deveriam ser discutidas em âmbito do Legislativo ou do Executivo. Como é possível notar, são questões de grande relevância, mas também de grande polêmica, como é o caso do ensino religioso nas escolas públicas.

De acordo com Walber de Moura Agra, uma das consequências da judicialização é o surgimento do chamado ativismo judicial, que corresponde “a forma como o Judiciário exerce essa atuação em uma seara que não era originalmente sua”. Assim, o ativismo é visto como um movimento do judiciário que extrapola os seus limites e competências originais.³⁷

“Nesse sentido, inúmeras questões de grande importância foram levadas, nos últimos anos, em sede judicial, principalmente no STF, como exemplo, pesquisas com células tronco, a questão das quotas raciais e o reconhecimento das relações homoafetivas. É bem verdade que a expressão ativismo tem um caráter multidimensional, englobando desde a possibilidade de caracterização da atitude de um único juiz ou de um grupo de juízes ou períodos de atuação de cada Corte. Porém, o que é perceptível é que a noção de ativismo não pode ser encarada como estante, podendo as decisões mudarem em cada caso. Assim, entende-se que o ativismo pode ser considerado sob a influência de três fatores: de natureza política, social e jurídico-cultural e está tanto na dimensão das decisões de determinada Corte, como no próprio comportamento dos seus membros.”³⁸

³⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 656.

³⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 656.

De todo o exposto não é possível concluir pela vantagem ou desvantagem do ativismo judicial, na medida em que o empoderamento do Judiciário, em muitos contextos, se dá com base em boas razões. Não é por isso, por outro lado, que o ativismo seja uma prática compatível com a sistemática do ordenamento jurídico, na medida em que deve prevalecer a separação dos poderes.

2.3 ATO ADMINISTRATIVO E CONTROLE JUDICIAL

Os atos administrativos não estão isentos do controle judicial, ainda que prevaleça a ideia de separação dos poderes. A peculiaridade diz respeito ao modo como esse controle é exercido. Para entender a questão, faz-se necessário analisar o conceito de ato administrativo, quais as suas características relevantes e sua natureza jurídica.

O conceito de ato administrativo – e suas variações – é apresentado por diversos autores e sob os mais variados enfoques interpretativos. De acordo com Rafael Oliveira, “A exteriorização da vontade administrativa pode ocorrer de diversas formas, notadamente por meio de manifestações unilaterais (atos administrativos), bilaterais (contratos da Administração) ou plurilaterais (consórcios e convênios).”³⁹

Segundo Fernanda Marinela:

“Para conceituar ato administrativo, é necessário entender alguns conceitos preliminares, tais como: fato, ato, fato jurídico, ato jurídico, fato da administração, ato da administração e as suas divergências e distinções. Inicialmente, conceitua-se fato como qualquer acontecimento do mundo em que se vive. Toda a sucessão de eventos e/ou condutas que integram a vida são fatos. Já o conceito de ato é um pouco mais restrito que o de fato. Ato é toda conduta imputável ao homem, que decorre de uma manifestação de vontade, isto é, de um comportamento humano, voluntário. Estabelecidos os conceitos de fato e de ato, passa-se a analisar fato jurídico e ato jurídico. Foi visto que tudo o que ocorre no mundo são fatos. Contudo, nem todos os fatos têm importância para o Direito, pois alguns deles são considerados pelo homem como mais relevantes do que outros. Assim, existem fatos que interferem diretamente nas relações humanas e, para tanto, precisam estar regulados por normas jurídicas. Esses fatos regulados por normas jurídicas são considerados fatos jurídicos.”⁴⁰

³⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 507.

⁴⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 338.

Na lição de Rafael Oliveira, o ato administrativo corresponde “a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada”, para que sejam produzidos os efeitos jurídicos que objetivam atender aos interesses da sociedade, vale dizer, o interesse público.⁴¹

Via de regra, o ato administrativo é editado pelo poder Executivo, tendo em vista que, em um sistema de separação dos poderes, cabe a este a função administrativa. No entanto, excepcionalmente, o Legislativo e o Judiciário podem editar atos administrativos, dentro de sua competência, como no caso das questões de interesse interno e organização desses poderes. Não se trata, de modo algum, de violação a separação dos poderes, mas com ela compatível.⁴²

Para que o ato administrativo seja caracterizado, faz-se necessário analisar a natureza da atividade, na medida em que a Administração Pública também edita atos de natureza diversa, que não se relacionam diretamente com a sua função administrativa. Exemplo disso é “a empresa pública e a sociedade de economia mista que executam atividade econômica, concorrendo com as demais entidades privadas”, devendo obediência ao regime jurídico provado, tal como outras organizações privadas.⁴³

Na lição de Odete Medauar:⁴⁴

“Na teoria geral do direito, as manifestações de vontade ou, simplesmente, manifestações de um sujeito, que acarretam efeitos jurídicos, recebem o nome de atos jurídicos. Se efetuadas com observância de requisitos fixados na lei, tais manifestações produzem mudanças nas situações jurídicas.

Na esfera das relações entre particulares, o ato jurídico é estudado principalmente pelo direito civil, que, no decorrer de séculos, consolidou preceitos e noções, dos quais se vale a teoria do ato jurídico em geral.

Para atingir os fins a que se propõe e em virtude dos quais existe, o Estado desenvolve atividades múltiplas e ininterruptas, atuando por meio de seus agentes, os quais tomam decisões, expressas em atos que produzem efeitos jurídicos (por exemplo: reconhecem direitos, modificam direitos, extinguem direitos). Tais atos são igualmente atos jurídicos.”

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 507.

⁴² *Ibidem*, loc. cit.

⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 133-134.

Fernanda Marinela defende que “os eventos da natureza que não gozam de manifestação de vontade e, por isso, não são considerados atos, recebem a denominação de eventos materiais, pois tratam tão somente de fatos.” Os comportamentos humanos, por sua vez, apesar de estarem inclusos no conceito de ato, não possuem o caráter de ato jurídico, na medida em que não geram efeitos na órbita jurídica.⁴⁵

Note-se que o ato administrativo apresenta aspectos similares aos atos jurídicos, no que se refere ao sujeito, ao objeto e a forma. As peculiaridades do ato administrativo, porém, merecem ser destacadas: para que o ato administrativo seja editado, o sujeito precisa gozar da condição de agente público e o objeto deve estar relacionado com o interesse público. Acerca do agente competente para o ato administrativo:

“A verificação da competência do agente se efetua com base em três pontos, sobretudo: a) matérias incluídas entre suas atribuições, levando-se em conta o grau hierárquico e possível delegação (competência *ratione materiae*); b) âmbito territorial em que as funções são desempenhadas (competência *ratione loci*), de muita relevância num Estado federal; c) limite de tempo para o exercício das atribuições, com início a partir da investidura legal e término na data da demissão, exoneração, término do mandato, falecimento, aposentadoria, revogação da delegação etc. (competência *ratione temporis*). Nenhum ato administrativo pode ser editado validamente sem que o agente disponha de poder legal para tanto. A competência resulta explícita ou implicitamente da norma e é por ela delimitada. Se no âmbito das relações entre particulares a capacidade é a regra, no âmbito do direito administrativo a competência deve decorrer das normas.”⁴⁶

Fernanda Marinela apresenta uma distinção entre fatos e atos administrativos:

“Para facilitar a compreensão, citem-se alguns exemplos: são fatos administrativos (acontecimentos relevantes para o Direito Administrativo) a morte de um funcionário que gera a vacância de um cargo, a destruição de uma escola pública em razão da chuva, a mudança de lugar de certo órgão público, a cirurgia realizada por um médico em um hospital público, além de outros. De outro lado, são atos administrativos (manifestações de vontade relevantes para essa disciplina) a aplicação de uma pena de multa em

⁴⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 339.

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 135.

razão do excesso de velocidade, a desapropriação de uma área privada, o tombamento de um patrimônio de relevância histórica, entre outros.”⁴⁷

Em sua teoria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro informa existirem “determinados atos que são preparatórios ou acessórios do ato principal, mas que não podem ser excluídos da noção de ato administrativo”, por integrarem um procedimento ou fazer parte de um ato considerado complexo. Assim, esses atos preparatórios ou sucessórios são indispensáveis para a validade do ato principal, que não poderia produzir efeitos de outro modo. Os procedimentos licitatórios e os concursos públicos seriam alguns exemplos.⁴⁸

Di Pietro afirma que o ato administrativo é espécie de ato jurídico, ainda que existam elementos ou atributos que o tornem peculiar. Acerca desses elementos:⁴⁹

“Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na indicação dos atributos do ato administrativo; alguns falam apenas em executoriedade; outros acrescentam a presunção de legitimidade; outros desdobram em inúmeros atributos, compreendendo a imperatividade, a revogabilidade, a tipicidade, a estabilidade, a impugnabilidade, a executoriedade (que alguns desdobram em executoriedade e exigibilidade).

Serão aqui consideradas a presunção de legitimidade ou de veracidade, a imperatividade, a executoriedade e a autoexecutoriedade, que correspondem, na realidade, a verdadeiras prerrogativas do poder público, dentre as muitas que o colocam em posição de supremacia sobre o particular, já que os atos por este editados não dispõem dos mesmos atributos; será analisada também a tipicidade.”

Para o presente estudo, importa precisamente o primeiro aspecto, qual seja, a presunção de legitimidade e veracidade. “Ainda que se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade se relaciona com a conformidade do ato administrativo

⁴⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 339.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 466.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 467.

com a legislação, ao passo que a presunção de veracidade se relaciona com os fatos alegados pela Administração Pública”.⁵⁰

Na lição de Maria Di Pietro:⁵¹

“A partir da ideia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.”

Acerca do controle judicial dos atos administrativos, a autora aponta para avanços advindos da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito aos elementos do mérito do ato administrativo. No passado, os motivos dos fatos, a valoração, razoabilidade e proporcionalidades eram agrupados como pertencentes ao mérito, impedindo o controle judicial. O controle judicial não era realizado, por exemplo, com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, como no caso das expressões ‘interesse público’ e ‘notório saber’.⁵²

O tema ‘controle dos atos administrativos’ começou a ser debatido no país com maior frequência a partir de 1941, após a publicação da obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, de Seabra Fagundes. Até então, o acórdão na Apelação Cível nº 1.422, de relatoria de Seabra Fagundes, constituía-se o primeiro aresto judicial a tratar sobre o tema. Citada decisão contribuiu à compreensão de que apenas os “aspectos formais da legalidade dos atos discricionários” perfaziam-se insuficientes para conter os excessos cometidos pela Administração Pública.⁵³

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 467.

⁵¹ Ibidem, loc. cit.

⁵² Ibidem, loc. cit.

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 216.

A relevância do aresto de Seabra Fagundes e de sua obra para o desenvolvimento do Direito Público, foi assim comentada por Carlos Mário Velloso:

O acórdão de Seabra foi 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 enfrentá-la. O acórdão inovou na jurisprudência brasileira, tanto que Victor Nunes Leal deixou expresso que ele rompeu 'a praxe reiterada dos nossos tribunais que sempre declararam os atos discricionários insuscetíveis de apreciação jurisdicional, sem aprofundar a questão da possível arbitrariedade do poder discricionário.⁵⁴

Pontua-se que o administrador público está adstrito à lei. Sua liberdade de agir está vinculada diretamente aos ditames legais. Contudo, subsiste uma dificuldade em estabelecer os parâmetros distintivos daquilo que é vinculado àquilo que é discricionário no ato administrativo. O que se tem evidente é que, apesar do agente público estar subordinado à lei, é inconcebível imaginar que toda a sua atuação seja vinculada.⁵⁵ A flexibilidade, maleabilidade, livre atuação se faz cogente para que a finalidade da Administração Pública seja alcançada, sempre com respeito à oportunidade e à conveniência.

Para Caio Tácito, “esta capacidade de autodeterminação constitui o poder discricionário, que se exaure inteiramente no setor administrativo não podendo ser objeto de consideração jurisdicional.” Outrossim, determinados atos administrativos são passíveis de revisão pela própria administração, não devendo, no entendimento do autor, serem submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Imprescindível a existência de um equilíbrio entre a atuação judicial e administrativa. Cada ente deve manter-se no território da sua competência, seja legal, seja de conhecimento técnico.⁵⁶

Caio Tácito, nesse viés, apresentou-se contrário à intervenção do Judiciário no poder discricionário do ato administrativo, como se vê:

⁵⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Prefácio de Carlos Mário da Silva Velloso. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. VII/VIII.

⁵⁵ JELLINEK, G. *La dottrina generale del Diritto dello Stato* (tradução italiana), 1949, pág. 177.

⁵⁶ TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 37, p. 1-11, 1954, p. 3.

Não cabe ao juiz, mesmo perante desacertos e equívocos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária é tão nociva como o descrítério da administração. Proclamou, recentemente, o nosso mais alto colégio judiciário: "Não pode o Supremo Tribunal substituir-se à autoridade administrativa, para pronunciar, desde logo, e antecipadamente, a decisão que àquela cabe proferir".⁵⁷

A razão pela inadmissibilidade da interferência judiciária nos atos praticados pelo administrador se dá em função de a atuação administrativa estar vinculada à lei. Não é ato facultativo que confere ao agente público agir ao seu alvedrio no momento da execução da norma. Entretanto, se no caso em exame não encontra o administrador um parâmetro legal para se orientar, ou se a norma lhe propõe alternativas, sua ação será discricionária. Seja para o ato vinculado, seja para o ato discricionário, a competência de cada autoridade administrativa encontra-se descrita pela legislação. Sua atuação tem como ponto de partida a avaliação dos motivos que o levarão a agir, de modo comissivo ou omissivo, à satisfação do interesse público.⁵⁸

Ressalta-se que a administração tem vivenciado uma fase de intervencionismo, que retira do administrador sua ampla liberdade de agir, sem amarras, exceto às delineadas pela lei. A propósito, tudo deve ser-lhe possível fazer, desde que dentro dos ditames legais. O controle de legalidade do ato administrativo deve atuar, tão somente, para evitar excessos no poder discricionário. Muito embora, como se viu, a própria administração possa reexaminar o modo de aplicação do ato e, a depender do caso, revogá-lo, há casos excepcionais que conclamam a atuação do Poder Judiciário. O controle dos atos administrativos pelo judiciário, consiste em um apoio positivo às atuações ilegais e de abuso de poder cometidas pelo administrador.⁵⁹

Por estar subordinado à lei, o administrador não pode agir contrário ao direito objetivo. O ato administrativo, desse modo, é passível de controle interno e externo, de modo a garantir que as autoridades públicas não se valham da sua competência

⁵⁷ TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 37, p. 1-11, 1954, p. 4.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 4-5.

⁵⁹ TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 37, p. 1-11, 1954, p. 6 e 9.

para a prática de condutas desproporcionais ou dissonantes dos preceitos legais. Ademais, a Constituição Federal de 1988 determina que a atuação administrativa esteja pautada em princípios como impessoalidade, equidade, moralidade, dentre outros. Logo, o ato administrativo é passível de modificação, reforma ou anulação, sempre que forem constatadas arbitrariedades ou violação à lei.⁶⁰

Conforme Roque Antônio Carrazza, a parte prejudicada pode impugnar o ato junto à Administração Pública, propriamente, ou ao Poder Judiciário. O controle judicial do ato administrativo, nesse caso, representa um avanço para o Estado contemporâneo, por assegurar que a atividade administrativa se dê dentro do perímetro legal a que está submetida:

Os atos praticados pela Administração Pública que violarem os direitos subjetivos ou os interesses legítimos das pessoas podem ser reconduzidos aos limites das leis, seja de ofício, seja mediante provocação dos próprios interessados. Realmente, eles podem impugnar tais atos, junto às autoridades administrativas, para que elas, conforme o caso, os modifiquem, anulem ou reformem. Podem, também, impugná-los perante o Poder Judiciário. Aliás, a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos constitui-se num dos meios mais eficazes, introduzidos no moderno Estado de Direito, para manter a atividade administrativa nos lindes legais e para garantir a liberdade das pessoas.⁶¹

O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que, em respeito ao preceito constitucional da separação de poderes, o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário deve ser realizado exclusivamente nos casos de abuso de autoridade ou flagrante ilegalidade, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NOS ATOS PRATICADOS. SÚMULA 279/STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que ao Poder Judiciário, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, só cabe exercer o

⁶⁰ CARRAZZA, Roque Antônio Carrazza. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 72/2013. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 274.

⁶¹ *Ibidem*, loc. cit.

controle de atos administrativos na hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder. Precedentes. [...].⁶²

O Poder Judiciário brasileiro tem atuado de modo a assegurar que o preceito da legalidade seja obedecido sem, contudo, retirar do administrador a liberdade do poder discricionário que lhe é conferida. A experiência tem sido positiva e com excelentes resultados. Trata-se de defesa da ordem jurídica e garantia do preceito de cidadania, em respeito à satisfação do interesse público, garantir que a atuação administrativa seja livre de arbitrariedades e contrárias à lei. A todos os poderes recai a atribuição de zelar pelos ditames legais, a fim de que a paz social almejada pela letra da lei seja efetivamente alcançada.⁶³

Ressalta-se que a interferência judicial nos atos administrativos discricionários somente será necessária diante da prática de atos prejudiciais ao interesse público que não guardem relação com a razoabilidade, impróprios, exacerbados, incoerentes, de modo a não atingirem a sua finalidade legal. Será considerada intromissão judicial, todavia, sempre que o judiciário, diante de uma conduta administrativa revestida de admissibilidade e razoabilidade, adotar critério pessoal no seu julgamento.⁶⁴

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 762323 DF. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 19 nov. 2013. Data de Publicação: DJe-250, 17 dez. 2013.

⁶³ Ibidem, p. 10-11.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 65, jan./mar. 1983, p. 37.

3 PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO E À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 MODELO *CHEVRON* E MINIMALISMO JUDICIAL

Antes de estudar o modelo Chevron e a deferência, pertinente apresentar o minimalismo judicial, corrente de pensamento que tem ganhado cada vez mais destaque em diversos ordenamentos jurídicos. Pode-se dizer que o minimalismo judicial surge como resposta aos impasses gerados pelo ativismo judicial.

Conforme lecionam Claudio de Oliveira e Suellen Moura, “As posturas denominadas “ativismo” e “autorrestrrição” demonstram que da adoção desta pode decorrer um Judiciário indiferente às manifestações da legitimidade democrática”, sempre que não forem passíveis de uma avaliação que seja pautada em critérios unicamente formais.⁶⁵

O minimalismo judicial, nesse diapasão:

[...] pode ser caracterizado como uma forma de limitação judicial na medida em que, na resolução de casos concretos controversos, deixa questões fundamentais sem decidir. O método propulsor dessa forma de interpretação judicial é justificar o resultado de um caso concreto com argumentos menos abrangentes possíveis, descrevendo o fenômeno analisado não mais que o necessário para sustentar o processo final resultante.⁶⁶

Dois seriam os motivos ou circunstâncias que tornariam o minimalismo judicial uma alternativa viável para a interpretação jurídica. A primeira delas diz respeito ao fato de que o minimalismo propõe a tomada de decisões importantes por atores politicamente responsáveis. Mais do que isso, questões de caráter filosófico, políticas e morais são deixadas em segundo plano. A segunda circunstância é o caminho traçado pelo minimalismo para a resolução de questões, que seria especialmente vantajoso para as questões de grande complexidade. Nas palavras de Claudio de Oliveira e Suellen Moura “o minimalismo faz sentido primeiro porque

⁶⁵ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. 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 Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 8, n. 14, p. 238-263, 2016, p. 243.

⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

as Cortes podem resolver aquelas questões incorretamente, e segundo porque podem criar sérios problemas mesmo se suas respostas estiverem certas”.⁶⁷

Ainda, de acordo com os autores:

O minimalismo enquanto procedimento constitui o papel institucional do judiciário, caracterizado como um conjunto de recomendações formais aos juristas. A postura minimalista sugere que os juízes evitem utilizar argumentos profundos e controversos ao expor suas decisões nos casos concretos. A formalidade consiste no cuidado apenas com o nível de abstração da argumentação utilizada para suportar decisões de casos políticos, filosóficos ou moralmente controversos. Dessa forma, um juiz minimalista, na formulação de suas decisões judiciais, deixa muitas coisas sem decidir, mantendo-se sempre alerta para a manifestação de razoáveis divergências dentro de uma sociedade heterogênea.⁶⁸

Nesse diapasão, o tribunal que se caracteriza como minimalista tem consciência de suas limitações e, por isso mesmo, procura tomar decisões em um terreno estreito. Assim, evita as regras claras e as resoluções finais, atentando-se para o problema gerado pelas consequências imprevistas. Ao mesmo tempo, “o tribunal minimalista também está atento no objetivo de promover ideias de participação democrática, deliberação e capacidade de resposta”.⁶⁹

Fernando Neto, ao analisar a teoria do minimalismo jurídico, apresenta exemplo interessante, a saber:⁷⁰

Quando uma criança de cinco anos de idade pergunta aos seus pais se pode ingerir bebidas alcoólicas em seu próximo aniversário, ambos os genitores podem concordar com uma resposta negativa. O pai, acreditando que bebidas alcoólicas somente devem ser permitidas após a maioridade, pode responder que crianças de cinco anos de idade não estão aptas a beber. Ao revés, a mãe, por questões de saúde, pode dizer que bebidas alcoólicas são prejudiciais à saúde e, portanto, não devem ser ingeridas pelo filho. Ambos os pais chegaram à mesma conclusão, no entanto isso não significa que estavam de acordo com as questões mais fundamentais sobre o tema. O pai apenas respondeu à pergunta feita pelo filho, deixando sem respostas a pergunta sobre a possibilidade de ingerir bebidas alcoólicas em idade mais avançada. A mãe, por outro lado, deu uma solução não apenas para ao questionamento do filho no momento, mas

⁶⁷ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. 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 Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 8, n. 14, p. 238-263, 2016, p. 243-244.

⁶⁸ Ibidem, p. 244.

⁶⁹ Ibidem, loc. cit.

⁷⁰ BIVAR NETO, Fernando Caldas Bivar. Minimalismo judicial em sistemas tributários complexos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 147, p. 171-188, 2021, p. 173.

também uma solução definitiva sobre todas as questões envolvendo bebidas.

No exemplo acima transcrito, o pai se posicionou de maneira minimalista, na medida em que utilizou os argumentos estritamente necessários para a resolução do caso apresentado, sem adentrar em outras questões mais profundas que poderiam ser suscitadas. Posição diferente foi adotada pela mãe, ao invocar argumento mais amplo, impedindo inclusive interpretações futuras sobre a matéria. No entanto, tanto o pai quanto a mãe chegaram a um mesmo entendimento sobre o problema presente, indicando que a mesma solução pode ser obtida por vias distintas e até mesmo com base em fundamentos diversos.⁷¹

Existem outras características do tribunal minimalista que merecem ser destacadas. Uma delas é a recomendação de que questões que não sejam imprescindíveis para o caso em análise sejam evitadas. Assim, as controvérsias políticas e morais que não estejam estritamente relacionadas com a matéria devem permanecer fora do âmbito de discussão.⁷²

Nas palavras de Cláudio de Oliveira:⁷³

O aspecto procedimental do minimalismo recusa as opções rígidas por perspectivas argumentativas demasiado limitadas, que restringem a interpretação à busca do significado original dos dispositivos jurídicos, ou demasiado amplas, como o ativismo judicial do juiz Hércules, de Dworkin. A recusa de ambas se deve ao idêntico motivo de que sua adoção necessita ser endossada por argumentos teóricos amplos e controversos. O fato é que não é possível estabelecer uma prioridade abstrata entre a imensa variedade de teorias interpretativas antes do surgimento dos casos concretos de aplicação. Todas podem, a princípio, vir a tornar-se pertinentes em determinada situação específica devido a algum aspecto que realça e que não recebe a mesma consideração por outras linhagens teóricas. Com isso evita-se sobrecarregar as tarefas das decisões judiciais e torna menos frequentes e menos prejudiciais os erros dos tribunais, já que a solução judicial de questões que tecnicamente são altamente complexas e politicamente muito controvertidas pode gerar efeitos colaterais políticos e econômicos.

⁷¹ BIVAR NETO, Fernando Caldas Bivar. Minimalismo judicial em sistemas tributários complexos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 147, p. 171-188, 2021, p. 174.

⁷² OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo judicial, moderação e o “minimalismo judicial” de cass sunstein**. 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/claudio_ladeira_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021, p. 11-12.

⁷³ *Ibidem*, loc. cit.

No mesmo sentido leciona Fernando Neto, para quem “o minimalismo pode ser abordado pelas perspectivas procedimental e substancial”, sendo que a conjugação entre essas duas perspectivas permite a formação de acordo sobre os argumentos relevantes para o deslinde de uma questão. Ao mesmo tempo, o minimalismo não está preocupado com o mútuo assentimento em temas controvertidos, para os quais mais de uma resposta ou interpretação possa ser possível.⁷⁴

Ainda de acordo com o autor:

Sob uma óptica procedimental, o minimalismo judicial propõe que juízes devem concentrar seus esforços para a decisão de casos submetidos à apreciação judicial, evitando a invocação de argumentos gerais ou desnecessários à fundamentação do provimento jurisdicional. Através desse processo, apesar de a solução de um conflito judicial, mantêm-se questões controversas sem decisão, desde que desnecessárias ao desenlace da causa em julgamento, no que se possibilita o enfrentamento da matéria em um momento mais propício, próprio e fecundo. O minimalismo não reclama que juízes fechem os olhos a temas fundamentais conflituosos na decisão de casos, senão que o sopesamento de certos temas só deve ser levado em conta se, e somente se, o resultado do julgamento da causa demandar, insofismavelmente, esse tortuoso e difícil caminho. Em outras palavras, o minimalismo judicial propõe que juízes somente analisem temas controversos quando estritamente necessário.⁷⁵

Assim, o minimalismo judicial é um posicionamento que faz frente a tendência de ativismo judicial, na medida em que visa limitar a atuação do judiciário, ao contrário de expandi-la.

3.2 A DEFERÊNCIA NO CASO *CHEVRON*

Apresentado o caso Chevron e sua relação com o minimalismo judicial, pertinente analisar a deferência nesse caso específico. Trata-se de um dos principais julgamentos administrativos realizados nos Estados Unidos, sendo referido em milhares de obras no mundo todo, em razão das suas consequências e do

⁷⁴ BIVAR NETO, Fernando Caldas Bivar. Minimalismo judicial em sistemas tributários complexos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 147, p. 171-188, 2021, p. 174.

⁷⁵ *Ibidem*, loc. cit.

precedente criado a partir de então. A decisão do “Supremo Tribunal dos Estados Unidos em *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC* (467 U.S. 837 (1984))” permitiu a formulação de um modelo de teste legal voltado para determinar se a interpretação de uma agência governamental deve receber ou não a deferência.⁷⁶⁷⁷

Paulo Binichski informa que “segundo o teste encontrado pela Suprema Corte, ao juiz cabe inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão”. Caso a legislação sobre o tema seja clara, a deferência não deve ser concedida. Por outro lado, existindo ambiguidade ou falta de regulamentação da matéria, o tribunal não deve interpretar os elementos ambíguos, mas sim analisar se a solução encontrada pela agência é dotada de razoabilidade.⁷⁸

Diz-se que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos “adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial às interpretações de lei da agência em duas etapas”. Em um primeiro momento, que corresponde ao primeiro passo, deve-se investigar se o Congresso já se manifestou sobre a matéria discutida e se essa manifestação é clara. Sendo afirmativas as respostas, a deferência é negada, tendo em vista que tanto o tribunal quanto a agência devem obediência ao que foi determinado expressamente pelo Congresso.⁷⁹

Na visão de Igor de Lazari e Gianne Lima:

Esta doutrina define que Tribunais, ao revisarem judicialmente decisões administrativas, devem ser deferentes às interpretações razoáveis

⁷⁶ BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: o ocaso anunciado?. **Revista CEJ**, v. 21, n. 73, 2018, p. 30.

⁷⁷ Sobre o assunto: “Não é demais ressaltar que, em face de ato normativo editado por agência reguladora com base em exegese do diploma legislativo definidor das suas próprias competências e atribuições, a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo. 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” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4.874. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>>. Acesso em: 25 out. 2021).

⁷⁸ BINICHESKI, Paulo Roberto. Op. cit., loc. cit.

⁷⁹ Ibidem, loc. cit.

realizadas pelas agências acerca de leis ambíguas relativas ao segmento regulado respectivo. Esta doutrina assentou um processo de revisão de duas Etapas: na Etapa 1, o Tribunal revisor deve determinar se o Congresso se pronunciou diretamente sobre a questão sob julgamento; isto é, deve determinar se a norma é ou não ambígua; não havendo ambiguidade, as agências devem aderir ao objetivo da lei. Todavia, se a lei é silente ou ambígua, o Tribunal deve lançar mão da Etapa 2, quando deverá avaliar se a interpretação legal da agência reguladora é razoável, ou seja, se a solução oferecida é produto de uma interpretação adequada da lei.⁸⁰

Caso o Congresso não tenha abordado a questão, deve-se seguir para a segunda fase da investigação. No entanto, e aqui parece residir um dos grandes diferenciais desse modelo, a questão da ambiguidade ou do silêncio da norma – que são aspectos interpretativos – não é enfrentada diretamente pelo tribunal, que se propõe apenas a “saber se a resposta da agência está baseada em uma interpretação permissível, ou seja, razoável”.⁸¹

De acordo com Paulo Binicheski:⁸²

A fórmula de dois passos era tudo ou nada quanto ao que foi interpretado pela agência. No primeiro passo, a interpretação era verificar a linguagem da lei, ou seja, a agência não teria nenhuma deferência, pois seria verificado se a interpretação estava de acordo com a previsão do Congresso. Claro, se a interpretação dada pela agência fosse coincidente com a do Congresso, a Court defenderia a posição da administração. Porém, se o tribunal decidisse a questão no segundo passo, a agência obteria máxima deferência.

Interessante notar que a deferência judicial já era aplicada pelos tribunais dos Estados Unidos antes mesmo de Chevron. O que muda é que em Chevron, a partir desse julgamento, restou definido que “as *Courts* devem aceitar o controle dado pela autoridade administrativa no escopo de uma interpretação razoável nos casos de ambiguidade de uma legislação”.⁸³

⁸⁰ LAZARI, Igor de; LIMA, Gianne. Doutrina Chevron sob risco: repensando a revisão judicial das decisões das agências. *Jota*, 9 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/doutrina-chevron-sob-risco-repensando-a-revisao-judicial-das-decisoes-das-agencias-09062019>>. Acesso em: 25 out. 2021.

⁸¹ BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: o ocaso anunciado?. *Revista CEJ*, v. 21, n. 73, 2018, p. 30.

⁸² *Ibidem*, p. 30-31.

⁸³ BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: o ocaso anunciado?. *Revista CEJ*, v. 21, n. 73, 2018, p. 31.

Tratando do assunto, José Filho e César Pereira comentam que:⁸⁴

[...] a doutrina Chevron (Chevron Deference) foi cunhada em razão do case que firmou o precedente *Chevron U.S.A. Inc versus Natural Resources Defense Council*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1948. O tema se insere especificamente no âmbito do controle judicial dos atos editados pelas agências reguladoras e constitui verdadeiro norte para a relação entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras, em que se forjou o princípio da deferência técnico-administrativa.

No julgamento do caso, foi estabelecido um teste legal destinado a determinar quando a Corte deve aceitar a resposta ou interpretação da agência, sendo tal deferência apropriada nos casos em que a resposta da agência não seja desarrazoada e desde que o Congresso não tenha se manifestado diretamente sobre a questão. Assim, caso haja uma delegação legislativa não explícita a uma agência a respeito de uma questão pontual, não cabe ao Judiciário substituir interpretação razoável ou racional feita pela agência por uma outra que lhe pareça mais adequada.

A chamada doutrina de Chevron possui diversos benefícios, especialmente no que se refere a agilidade da administração pública, na medida em que o processo administrativo pode ser interpretado com margem mais ampla. Assim, em caso de ambiguidade das leis, as agências são autorizadas a definir o que é mais interessante, sempre que respeitado certo nível de razoabilidade nessa decisão.⁸⁵

Ainda na lição de Paulo Binicheski:⁸⁶

De qualquer forma, as limitações legais existentes parecem garantir contra eventuais mudanças por puro capricho ou arbítrio e para que não venham a tornar ilegal uma ação da agência, a exemplo da necessária fundamentação para justificar a eventual alteração na interpretação e a obediência aos procedimentos fixados em lei, inexistindo, assim, motivo para deixar de valorar a nova interpretação sob a antiga orientação da agência. [...]

É até aceitável a mudança de opinião de uma agência, mas para tanto deverá fornecer uma explicação adequadamente fundamentada. O recuo de uma agência, notadamente na alteração da interpretação legal, somente deve ser admitido quando não estiver no curso de um litígio, ou seja, a alteração interpretativa para ganhar um processo. Destarte, a delegação legislativa para os recuos da administração cabe, em Chevron, quando obedecidas as formalidades legais e no curso regular dos assuntos próprios das agências.

⁸⁴ PIÑEIRO FILHO, José Muiños; PEREIRA, César Manuel Granda. A autolimitação judicial aplicada em sede de medida cautelar penal de afastamento do detentor de cargo eletivo à luz de um caso concreto. *Contenção da jurisdição penal em deferência judicial à soberania popular*. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 323-338, set.-dez., 2019, p. 328-329.

⁸⁵ BINICHESKI, Paulo Roberto. Op. cit., loc. cit.

⁸⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Pontua-se, ainda, que a teoria da deferência de Chevron já foi referida pelo judiciário brasileiro, precisamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando do acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que se analisava regulamento da Anvisa. Igor de Lazari e Gianne Lima entendem que o modelo em questão “informa o princípio da Separação dos Poderes, pois limita os poderes revisionais dos juízes” ao mesmo tempo em que “atribui a uma agência do Poder Executivo poderes para interpretar seus próprios regulamentos.” Por esse motivo, adotar modelos de deferência como o de Chevron teria o condão de reduzir “incentivos para a superação de incorreções da regulação e para adoção de melhores práticas pelas agências”.⁸⁷

Por fim, ainda de acordo com Igor de Lazari e Gianne Lima:⁸⁸

Despeito das oposições às doutrinas de deferência nos Estados Unidos, *Chevron* sistematiza e orienta a atuação revisória do Poder Judiciário, e, ainda, atribui (e impõe) maior racionalidade às decisões das agências. Distingue-se, assim, do abrangente e relativamente mal definido modelo de revisão de atos administrativos utilizado no Brasil: o Judiciário, aqui, no que se refere às agências reguladoras, sinaliza alguma preferência pelo postulado da *discricionariade técnica*, que restringe a revisão judicial das decisões da agência, e impõe deferência judicial às interpretações administrativas relacionadas aos aspectos técnicos da decisão.

Não significa dizer que o Brasil não disponha de mecanismos de controle dos atos administrativos. Em um panorama amplo, essa análise é realizada de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Vale dizer, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma fórmula ou doutrina específica, tal como observado no direito norte-americano.

⁸⁷ LAZARI, Igor de; LIMA, Gianne. Doutrina Chevron sob risco: repensando a revisão judicial das decisões das agências. **Jota**, 9 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/doutrina-chevron-sob-risco-repensando-a-revisao-judicial-das-decisoes-das-agencias-09062019>>. Acesso em: 25 out. 2021.

⁸⁸ Ibidem, loc. cit.

3.3 O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA FACE O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Para que seja possível compreender o princípio da deferência, faz-se necessário, em primeiro lugar, analisar o controle jurisdicional dos atos administrativos. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito”.⁸⁹

Tratando do assunto, Irene Nohara argumenta que:⁹⁰

A noção de controle da Administração Pública é inerente ao Estado de Direito e relaciona-se com o próprio desenvolvimento do Direito Administrativo. Conforme visto, a Administração Pública, como entendida atualmente, somente se estruturou com a formação do Estado de Direito, sendo deste extraídos a separação de poderes e os demais limites ao exercício do poder do Estado, tendo em vista os direitos e garantias proclamados.

Controle jurisdicional é uma expressão genérica, que se refere ao controle de uma grande variedade de atos da Administração Pública. Mas não apenas os atos, como também “processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração”.⁹¹

Odete Medauar leciona que:⁹²

O controle jurisdicional caracteriza-se como controle externo, de regra a posteriori, repressivo ou corretivo, podendo apresentar conotação preventiva. É desencadeado por provocação (não existe jurisdição sem autor) e efetuado por juízes dotados de independência. Esse controle se realiza pelo ajuizamento de ações, que observam procedimentos formais, com garantias às partes, tais como juiz natural, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, entre outras. O processo se encerra por sentença, obrigatoriamente motivada e dotada da autoridade da coisa julgada, impondo-se, portanto, à Administração, que deve acatá-la. De regra exige-

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1688.

⁹⁰ NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1354.

⁹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 389.

⁹² Ibidem, loc. cit.

se, para o ajuizamento dos remédios, patrocínio de advogado e pagamento de custas.

Além da sujeição natural da Administração Pública à legislação vigente no ordenamento jurídico, existe a possibilidade de controle externo, por um órgão imparcial, que possa determinar a licitude ou ilicitude dos atos da administração. Essa possibilidade decorre da adoção, no Brasil, de um sistema jurisdicional unificado, de tal modo que a jurisdição, enquanto função típica, é exercida por um só órgão, qual seja, o Poder Judiciário.

Na lição de Di Petro:⁹³

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

Entende-se que o Poder Judiciário pode apreciar todo e qualquer ato da Administração Pública, não importando a sua natureza. Assim, estariam sujeitos ao controle jurisdicional os atos gerais e individuais, unilaterais e bilaterais, vinculados e discricionários. Tais atos podem ser analisados sob dois aspectos: o da legalidade e o da moralidade.⁹⁴

No que tange aos atos discricionários, a doutrina especializada tende a fazer importante ressalva. O controle judicial estaria restrito ao aspecto da legalidade do ato praticado, tendo em vista a competência da Administração Pública para, com base na oportunidade e conveniência, realizar ou não o ato, ou fazê-lo de tal modo.

No entendimento de Fernanda Marinela:⁹⁵

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1688.

⁹⁴ Ibidem, loc. cit.

⁹⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 368.

No que tange ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, este é possível em qualquer tipo de ato, porém no tocante à sua legalidade. Vale lembrar que tal análise deve ser feita em sentido amplo, abrangendo o exame das regras legais e normas constitucionais, incluindo todos os seus princípios. De outro lado, não se admite a análise da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, ou seja, não se pode reapreciar o mérito dos atos discricionários. Nesse diapasão, encontram-se inúmeras orientações doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim, não pode o judiciário invadir o mérito da matéria. Não há se falar em invasão de competência, porém, “quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.”⁹⁶

De acordo com a legislação nacional, certos atos administrativos estão sujeitos a controles específicos, com procedimentos mais rígidos. Nesse sentido:

Os atos normativos do Poder Executivo, como Regulamentos, Resoluções, Portarias, não podem ser invalidados pelo Poder Judiciário a não ser por via de ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade (previstas no art. 102, II, a, da Constituição Federal e disciplinadas pela Lei nº 9.868, de 10-11-99) ou por arguição de descumprimento de preceito fundamental (prevista no art. 102, § 1º, da Constituição e disciplinada pela Lei nº 9.882, de 3-2-99). O julgamento de todas elas é de competência do STF, ressalvada a competência dos Tribunais de Justiça estaduais quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrarie a Constituição do Estado (art. 125, § 2º, da Constituição Federal, e art. 74, VI, da Constituição Paulista).⁹⁷

Com relação aos afeitos do controle jurisdicional dos atos administrativos, prevalece o entendimento de que a decisão do Poder Judiciário, quando da análise de um caso concreto, atinge apenas os interessados diretos no caso. Vale dizer, a decisão opera efeitos *inter partes* e não *erga omnes*. Além disso, a declaração de legalidade ou inconstitucionalidade de ato do Poder Executivo depende da observância da chamada cláusula de plenário, com decisão da maioria absoluta do Tribunal ou do seu órgão especial.⁹⁸

Para José Carvalho Filho, “todos os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, e esse é o natural corolário do princípio da

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1689.

⁹⁷ Ibidem, loc. cit.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1689.

legalidade”. No entanto, esse controle se mostra mais eficiente com relação aos atos vinculados, uma vez que diretamente relacionados com os parâmetros da legislação. Assim, para o controle, basta verificar se o ato é compatível com as diretrizes previstas na lei.⁹⁹

O autor tece considerações especiais acerca dos atos discricionários, que permitem o controle jurisdicional apenas no que tange aos seus aspectos vinculados. Nesse diapasão, pode o Judiciário verificar a competência do agente que praticou o ato, a sua forma, a finalidade, o objetivo e outros aspectos relevantes do ato. No entanto, não poderá o Poder Judiciário adentrar o mérito da questão, sob pena de interferência ilegítima em outro poder.¹⁰⁰

Em outras palavras, o controle judicial não tem o condão de substituir o Poder Executivo em sua função essencial, qual seja, administrar. Assim, “não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta”. A própria lei concede ao legislador certa liberdade, tradicionalmente chamada de conveniência e oportunidade, espaço que não pode ser usurpado pelo judiciário.¹⁰¹

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:¹⁰²

Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a reserva do possível, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 157.

¹⁰⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 158.

¹⁰² *Ibidem*, loc. cit.

Importa mencionar que a Administração Pública também pode exercer o controle sobre os seus próprios atos, no exercício do autocontrole. De acordo com Fabricio Bolzan de Almeida:¹⁰³

A autotutela nada mais é do que o autocontrole realizado pela própria Administração. Dessa forma, pode o Poder Público anular seus atos ilegais ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade (Súmula 473 do STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”). Os temas anulação e revogação serão mais bem estudados no capítulo Atos Administrativos.

Nesse sentido, o autocontrole funciona como instrumento de correção dentro da própria administração. Não se faz necessário aguardar a decisão judicial, no sentido de declarar a nulidade do ato administrativo. “O agente público competente, identificando ato ilegal, poderá anulá-lo, sem maiores problemas, no exercício do princípio da autotutela”.¹⁰⁴

Parte da doutrina considera que o autocontrole da Administração Pública seria viável para garantir a integridade dos seus atos, dispensando o controle externo exercido pelo judiciário. É que o controle jurisdicional dos atos administrativos, não raras vezes, extrapola os limites estabelecidos pelo diploma constitucional, fazendo surgir o chamado ativismo judicial.

Alexandre de Moraes comenta que:¹⁰⁵

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.

O autor argumenta que o Supremo Tribunal Federal tem se transformado, gradativamente, em um legislador positivo. Isso se dá em razão de sua competência para “conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade

¹⁰³ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 97.

¹⁰⁴ Ibidem, loc. cit.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1472.

sem redução de texto, e, ainda [...] a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes”, tratando não apenas da vigência ou eficácia dos dispositivos legais, como também fixando a correta interpretação a ser observada.¹⁰⁶

O ativismo judicial, resultado dessa interferência do Poder Judiciário no Executivo e no Legislativo, representa, na visão de Alexandre de Moraes, “clara afronta à Separação de Poderes, com direta usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa.”¹⁰⁷

Muitos são os exemplos do ativismo do judiciário brasileiro, exercido inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. Luis Roberto Barroso oferece uma relação desses casos ativistas:¹⁰⁸

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público, sobre criação de município e sobre a criminalização da homofobia – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

O autor considera que o ativismo judicial, manifestado nas hipóteses acima descritas, “distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito”. Em termos conceituais, Luis Roberto Barroso entende que o ativismo é uma atitude proativa, de interpretação do diploma constitucional, visando a expansão do seu sentido e alcance.¹⁰⁹

Para finalizar, importa destacar que existem controvérsias acerca dos benefícios e malefícios do ativismo judicial. A principal questão parece residir na

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1472.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 1473.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 502-503.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 502-503.

competência do Poder Judiciário para inovar em termos legislativos. Gerson Camargo e Jônatas de Paula reforçam esse aspecto, ao lecionarem que:¹¹⁰

Como consequência desse fenômeno e considerando uma aparente supremacia do Poder Judiciário em detrimento, principalmente, do Legislativo, emerge o ativismo judicial. Pelo fato de os juízes e desembargadores - agentes públicos não eleitos - exercerem fatalmente poder político que por vezes contraria as disposições oriundas do Poder Executivo ou Legislativo cujos membros representam a vontade popular, surgem controvérsias e questionamentos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, ter ou não legitimidade para inovar o ordenamento jurídico ou invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pelo povo.

Fazendo contraponto ao ativismo judicial, a autocontenção se caracteriza pelo movimento oposto, no sentido da redução da interferência do judiciário nos outros poderes. Luis Roberto Barroso, ao tratar do assunto, parece construir crítica à autocontenção judicial, por entender que essa postura abre cada vez “mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos”.¹¹¹

O princípio ou critério da deferência está intimamente relacionado com o grau de controle judicial dos atos administrativos em determinado ordenamento jurídico. Analisando a matéria, Vanice do Valle comenta que “uma doutrina de deferência envolve a definição de um tipo de relação ou aproximação desenvolvida pelo controle judicial para com uma escolha administrativa submetida ao crivo”.¹¹²

No direito internacional muitas são as tentativas de traçar parâmetros para a atividade judicante, tendo como base, especialmente, categorias formais. Argumenta-se, por exemplo, acerca da cisão existente entre questões de competência e questões de substância, da discricionariedade administrativa e da delegação legislativa implícita.¹¹³

¹¹⁰ CAMARGO, Gerson Ziebarth; DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. Ativismo judicial versus autocontenção judicial: qual postura concretiza direitos fundamentais e promove a manutenção da democracia?. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas**-ISSN 2176-5766, v. 4, n. 2, p. 25-56, 2016, p. 27.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 503.

¹¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110-132, 2020, p. 117.

¹¹³ Ibidem, loc. cit.

Em termos conceituais, a deferência corresponde a “uma espécie de autocontenção judicial”, que por sua vez pode ser entendida como modalidade de restrição aplicável ao poder judiciário, que se priva da interferência nas decisões da Administração Pública. O magistrado, valendo-se da prudência e da cautela, evita ingerências em outros poderes. Seja como for, a deferência guarda relação com a discricionariedade, na medida em que “permite que o administrador atue com autonomia para atender suas demandas de modo eficiente, sem que haja preocupação com práticas infundadas de controle, dotadas de efeito.”¹¹⁴

Uma das críticas iniciais ao modelo de deferência dos atos administrativos diz respeito a dificuldade em se delimitar “um critério formal abstratamente construído que seja igualmente aplicável ao controle de qualquer das escolhas administrativas.”¹¹⁵

Vanice do Valle explica que:

As opções explicativas dos modelos de deferência aplicados em terras estrangeiras gravitam, em última análise, em torno de argumentos de capacidade institucional, aplicando-se a deferência sempre que se avance no exame daquilo que se considera a essência do desenvolvimento da atividade administrativa – seja por se cuidar de escolha substantivamente administrativa, seja pela existência expressa ou implícita de delegação legislativa, seja por se adentrar ao domínio da expertise técnica que, mais uma vez, se reconhece como inerente em princípio, à Administração Pública. Em qualquer delas, tem-se pouca abertura à discussão substantiva da opção administrativa, eis que a aptidão institucional se oporia como limite, presumindo-se assim o acerto da escolha empreendida pela estrutura institucional concebida especificamente para essa atividade reguladora.¹¹⁶

De acordo com a autora, um dos primeiros aspectos da deferência é o nivelamento cognitivo. Assim, quando da aplicação da deferência, uma das questões iniciais trata do conteúdo específico da estratégia de ação proposta pela Administração, tanto no contexto do controle administrativo em abstrato quanto no contexto dos efeitos individuais do ato administrativo.¹¹⁷

¹¹⁴ SANTOS, Marcelo Pereira dos; HOGEMANN, Edna Raquel. Deferência com as escolhas públicas. **Justiça do Direito**, v.33, n. 2, p. 222-249, Mai./Agos. 2019, p. 229.

¹¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., loc. cit.

¹¹⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110-132, 2020, p. 117-118.

¹¹⁷ Ibidem, p. 119.

Eduardo Jordão e Renato Junior sustentam que:¹¹⁸

A “teoria da deferência” corresponde à tese segundo a qual a autocontenção seria conveniente. No caso específico do controle judicial, o argumento em favor da deferência seria o seguinte. Como a matéria regulatória é tecnicamente complexa, a deferência judicial às decisões das agências reguladoras transmitiria a ideia de respeito judicial a uma instituição comparativamente mais bem adaptada para enfrentá-la (tanto em função da natureza da sua atuação diuturna, como em função do seu maior aparelhamento institucional). Além disso, veicularia a intenção de não prejudicar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa. Dito de outro modo, a justificativa do controle judicial deferente às decisões das agências reguladoras reside, de um lado, na inadequação subjetiva e objetiva dos tribunais para a regulação; de outro, no prejuízo que a sua intervenção pode causar à política regulatória das agências.

Na visão do autor, a deferência judicial dos atos das agências reguladoras, “veicula a compreensão de que matérias tecnicamente complexas devem ser definidas prioritariamente pelas autoridades administrativas especializadas – aos tribunais caberia apenas uma revisão relativamente superficial”.¹¹⁹

Trabalha-se aqui com a hipótese de que, “excluída como possibilidade a ação administrativa despida de intencionalidade e orientação finalística”, esse elemento objetivo deva ser conhecido e declinável, possibilitando o controle da sua compatibilidade, com base nos parâmetros estabelecidos pelo diploma constitucional vigente.¹²⁰

Nas palavras de Vanice do Valle:¹²¹

Significa dizer que deflagrada a iniciativa de controle judicial, a primeira investida do agente controlador é de ser no sentido de conhecer os termos da estratégia desenhada pela Administração Pública para o trato da matéria. Existe uma política pública em curso? Quais os seus termos? Ela foi aplicada à hipótese? A alegada violação a direito decorre da estrita aplicação à esfera individual dessa mesma política pública? Ou a hipótese de fato contempla uma simples falha de serviço, com a não aplicação da estratégia de ação que o Estado traçara para si? Ou ainda, o que se tem é

¹¹⁸ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: Um Estudo Empírico Sobre o Controle do TJ RJ à Agenersa. **Rei-revista estudos institucionais**, v. 4, n. 2, p. 537-573, 2018, p. 541.

¹¹⁹ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: Um Estudo Empírico Sobre o Controle do TJ RJ à Agenersa. **Rei-revista estudos institucionais**, v. 4, n. 2, p. 537-573, 2018, p. 541.

¹²⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110-132, 2020, p. 119.

¹²¹ Ibidem, loc. cit.

uma situação individual ou coletivo que se julga erroneamente excluída da política pública existente e em curso?

Caso essa informação não seja fornecida de forma espontânea pela Administração Pública, o controlador deve buscá-las, utilizando dos meios de constrição disponíveis. Assim, “a investigação neste plano é de natureza puramente factual; busca-se conhecer qual a racionalidade determinante da (in)ação administrativa, ainda sem qualquer aferição quanto à sua adequação substantiva”.¹²²

Nesse primeiro momento da deferência dos atos administrativos, nota-se uma mudança de paradigma, na medida em que, apesar do princípio da publicidade, que determina uma postura ativa da Administração Pública em fornecer os parâmetros para a sua atuação, não raras vezes a administração resiste em expor as “suas razões de agir”.¹²³

A deferência também pode ser entendida enquanto ferramenta de aferição da observância à autovinculação. Sobre o assunto, Vanice do Valle comenta que:

Se dinâmica é o traço marcante da ação administrativa, é de se ter em conta a possibilidade de que, não obstante a decisão estratégica inicial configuradora da política pública em curso, informada por força do primeiro estágio da deferência; a realidade evidencie uma não aplicação em concreto desta mesma escolha original. Esse fenômeno pode se creditar a duas distintas circunstâncias: 1) verificação no leito da aplicação, de que a escolha original se revelou inviável na perspectiva prática, ou inadequada na sua substância; e 2) patologia no plano da execução da política pública.¹²⁴

Por fim, a deferência é vista como a objetificação do controle. Vanice do Valle afirma que “O terceiro estágio da aplicação do critério de deferência envolve a afirmação de que a crítica à escolha administrativa sob análise é de se dar a partir de uma perspectiva dialética com as razões da opção administrativa.”¹²⁵

Ressalte-se que a deferência é analisada principalmente no contexto das chamadas agências reguladoras, que exercem funções delegadas pela Administração Pública. Para Rafael Oliveira, “A forte autonomia e a concentração de

¹²² Ibidem, loc. cit.

¹²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110-132, 2020, p. 119.

¹²⁴ Ibidem, p. 121-122.

¹²⁵ Ibidem, p. 123.

poderes nas agências reguladoras colocam em risco a sua legitimidade democrática e a sua compatibilidade com o princípio da separação de poderes”.¹²⁶

O autor considera que as agências reguladoras podem ser influenciadas pelos grupos economicamente e politicamente dominantes, que são mais fortes e mais influentes. Os consumidores e usuários dos serviços públicos, vale dizer, os administrados, podem ter os seus interesses preteridos.¹²⁷

¹²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 223.

¹²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 223.

4 HOMESCHOOLING À LUZ DO ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL

O direito à educação é considerado um direito fundamental no Brasil, estando previsto constitucionalmente, conforme se observa da leitura do art. 6º da Constituição Federal, que versa dos direitos sociais. Considerado um dos direitos mais importantes, tendo em vista sua influência na efetivação de tantos outros direitos e garantias fundamentais, a educação ocupa espaço de destaque na sistemática constitucional e no direito brasileiro.

Inicialmente, cumpre analisar os direitos fundamentais, para então adentrar na questão do direito à educação em espécie. Muitas são as concepções acerca da matéria, o que resulta em uma multiplicidade de conceitos. Aqui, colaciona-se a visão de Luís Roberto Barroso, para quem os direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados por um determinado ordenamento jurídico. Assim, são direitos que encontram previsão explícita ou implícita no diploma constitucional.¹²⁸

No que tange à educação, interessante notar que a matéria já se fazia presente em diplomas anteriores à Constituição Federal de 1988:

Relembre-se que a educação foi merecedora de expressa previsão constitucional já na Carta Imperial de 1824, que, no seu art. 179, XXXII, previa o direito à instrução primária e gratuita para todos os cidadãos. Embora a supressão de tal direito do texto constitucional em 1891, a contar de 1934 o direito à educação passou a figurar de forma contínua e progressiva, em termos quantitativos e qualitativos, nas demais Constituições, ainda que com alguma variação, até alcançar, pelo menos em termos de quadro evolutivo nacional, o máximo nível de regulação constitucional na atual Constituição Federal.¹²⁹

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 572.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 887-888.

Nesse diapasão, pode-se dizer que o direito fundamental à educação no Brasil passou por transformações ao longo das Constituições. A Constituição Federal vigente, considerada uma carta social, em razão da previsão de um conjunto maior direitos e garantias fundamentais, apresenta a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Assim, não apenas o Estado está envolvido na efetivação do direito à educação, mas toda a sociedade.¹³⁰

Ao lecionar acerca do conteúdo do direito à educação, enquanto direito fundamental, André Tavares informa que o seu conteúdo e alcance não são imediatamente especificados no dispositivo acima referido. No entanto, é possível identificar alguns elementos basilares que compõem o direito à educação, como é o caso do “direito de (igual) acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino”.¹³¹

Na visão do autor, o conteúdo mínimo do direito à educação corresponde ao acesso regular e organizado ao conhecimento básico e capacitações. O detalhamento desse direito está previsto no art. 205 da Constituição, dispositivo que elenca os objetivos da educação, notadamente o pleno desenvolvimento da pessoa e a qualificação para o trabalho.¹³²

Em sua Constituição comentada, José Medina explica que:¹³³

A Constituição estabeleceu, no art. 205, que a educação é direito de todos e dever do Estado. Anteriormente, no art. 6.º, refere-se à educação antes dos demais direitos sociais. Em seguida, no art. 227, a educação é considerada prioridade absoluta, ao lado da vida, da saúde e da alimentação, a ser assegurada pela família, pela sociedade e pelo Estado. **A educação é, pois, direito fundamental de valor destacado, ao longo de toda a Constituição.** Grosso modo, enquanto educação liga-se a aprendizado, cultura refere-se ao aprimoramento do ser humano (aqui, adota-se sentido diverso do indicado no art. 215, que dá ênfase à ideia de patrimônio cultural, ao referir-se à cultura) (grifo nosso).

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1649.

¹³¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1064-1065.

¹³² Ibidem, p. 1065.

¹³³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada [livro eletrônico]**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1067.

Significa dizer que a educação é um direito fundamental de grande relevância na ordem democrática. Muitos são os dispositivos constitucionais que mencionam a educação de forma expressa. Tal direito está intimamente relacionado com o aprendizado, que deve ser obtido a partir de uma multiplicidade de ideias.

No mesmo sentido é a doutrina de Walber Agra, para quem o objetivo do direito à educação vai além da mera capacitação para o mercado laboral. Busca-se, também, o desenvolvimento humano dos cidadãos, para que estes sejam capazes de contribuir socialmente, enfrentando os desafios do dia a dia. De acordo com a interpretação do art. 205 da Constituição Federal, “a principal função da educação é preparar o indivíduo para o exercício da cidadania.”¹³⁴

Segundo interpretação de André Ramos Tavares, esses objetivos determinam o sentido do direito fundamental à educação, na ótica da Constituição Federal de 1988. Deve-se, nesse sentido, “compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental”. Assim, o direito em comento não é como qualquer outro, mas sim um direito que foi moldado constitucionalmente.¹³⁵

Ao comentar os dispositivos constitucionais pertinentes ao direito à educação, José Medina adverte que “O desenvolvimento pleno não se obtém apenas com a aquisição de dados ou informações, mas, também, com a criação de condições para que a pessoa possa lidar com o conhecimento adquirido.” Nesse sentido, os objetivos elencados pelo constituinte, para sua efetivação, dependem de regulamentação por parte do poder público.¹³⁶

A competência para estabelecer normas gerais aplicáveis à educação é do Congresso Nacional, a quem incumbe elaborar o plano nacional da educação. Alexandre de Moraes explica que esse plano visa “articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação”, de modo a garantir que o ensino seja mantido e

¹³⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 848.

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1065.

¹³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada [livro eletrônico]*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1067.

desenvolvido, em sintonia com as ações implementadas por todos os entes federados.¹³⁷

Quando da regulamentação, por sua vez, o legislador deve observar a sistemática constitucional vigente, com vistas a construir um sistema educacional democrático. Nesse contexto, determinados parâmetros principiológicos são aplicáveis. Tais princípios são elencados por José Medina, a saber:¹³⁸

[...] universalidade, igualdade, liberdade, pluralismo, gratuidade do ensino público, valorização dos respectivos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade, piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública [...], garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida [...].

Gilmar Mendes e Paulo Branco consideram que o direito fundamental à educação é relevante para que o exercício de outros direitos fundamentais seja satisfeito. Houve no país, durante longo período, “descaso do Estado no que diz respeito ao oferecimento de uma rede educacional extensa e de qualidade”, o que promoveu “a marginalização de amplos setores da sociedade”. O diploma constitucional, atento a essa realidade, traçou amplos objetivos para a educação nacional.¹³⁹

Ainda, de acordo com os autores:

A necessidade de consolidar o direito à educação como direito fundamental foi bastante discutida no processo constituinte. A preocupação com a concretização desse direito social e a busca para superar a ineficiência do modelo educacional brasileiro acabaram por dar origem ao mandado de injunção. Concebido para a proteção do direito à educação, o objeto desse novo instrumento passou a compreender outras omissões do Poder Público, nos termos do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal.¹⁴⁰

¹³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1653.

¹³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada [**livro eletrônico**]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1071.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 962-963.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 963.

Nesse sentido, o direito fundamental à educação deve ser garantido pelo Estado. Quando da sua delimitação na Constituição Federal, temia-se justamente a omissão do poder público em tornar efetiva a educação no país. O surgimento do mandado de injunção, ação judicial que visa “combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa e regulamentadora” é demonstrativo do cuidado do legislador constituinte com a matéria.¹⁴¹

A existência de tal mecanismo se justifica, na medida em que os direitos fundamentais podem ser exigidos do Estado, quando do seu descumprimento ou da sua omissão. Isso se deve ao fato de serem direitos subjetivos, o que “significa que são posições jurídicas protegidas pelo Direito, e que podem ser sindicáveis judicialmente”.¹⁴²

Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero consideram que o art. 205, da Constituição, apresenta dupla dimensão. Ao mesmo tempo em que reconhece a educação como direito fundamental e universal, acessível a todos, também estabelece uma imposição, voltada para o Estado. Trata-se, nesse sentido, de norma de eficácia limitada, uma vez “que estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação [...]”.¹⁴³

Ainda sobre o conteúdo do direito à educação, importa mencionar que o art. 210 da Constituição autoriza a formulação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, visando a garantia de uma formação básica comum nacional. Assim, cabe ao Estado determinar as pautas de interesse da comunidade, para direcionar a efetivação do direito à educação.¹⁴⁴

No entendimento de Walber Agra “A educação é um direito de todos e está sob a responsabilidade do Estado, nas suas três esferas governamentais, e da família, devendo ainda haver a colaboração da sociedade”. O autor defende se tratar

¹⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 997-998.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 573.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 890.

¹⁴⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1066.

de verdadeiro direito subjetivo público, aplicável a todos os cidadãos. Nesse sentido, a educação pode, inclusive, ser exigida do Estado, que tem o dever de garantir este direito.¹⁴⁵

Ao debaterem sobre a matéria, Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero pontuam: “o direito fundamental à educação obteve reconhecimento expresso no art. 6.º da CF, integrando, portanto, o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime jurídico reforçado que lhes foi atribuído pelo constituinte.” Significa dizer que, sendo direito fundamental, não pode o direito à educação ser abolido mediante emenda constitucional.¹⁴⁶

Notável a relevância do direito à educação, do qual participam múltiplos agentes, responsáveis pela sua efetivação. Conforme lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco, “o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.¹⁴⁷

Resta evidente, pois, que o direito à educação é reconhecido como direito fundamental de todos. A sua previsão constitucional é demonstrativa da sua importância para a construção de um Estado Democrático de Direito, bem como para o desenvolvimento de cada um dos indivíduos que dele participam, na condição de cidadãos.

4.2 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS ACERCA DO ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL

O ensino domiciliar não é regulamentado no Brasil de forma expressa, inexistindo normas de âmbito nacional que versem especificamente sobre a matéria. No entanto, muitas são as proposições legislativas que buscam assegurar o direito ao ensino domiciliar, estabelecendo parâmetros para a sua concretização, limitações, direitos e obrigações. Existe, conforme será analisado, norma estadual

¹⁴⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 848.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 887-888.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 962.

sobre a matéria, indicativo da insegurança jurídica gerada pela ausência de disposições gerais sobre o tema.

Com o objetivo de suprir a inércia legislativa, o Poder Executivo cogitou, no ano de 2019, regulamentar o ensino domiciliar através de Medida Provisória. No entanto, entendeu conveniente apresentar Projeto de Lei, tendo em vista a possibilidade de perda de vigência de uma eventual MP.¹⁴⁸

O PL 2401/2019, de autoria do Poder Executivo, alternativa a uma possível MP, agora tramita paralelamente a outras proposições de mesma natureza. Muitos dos projetos, conforme será analisado a seguir, encontram-se arquivados, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal.¹⁴⁹

No ano de 1994 foi apresentado o PL 4657/1994, com o propósito de instituir o ensino domiciliar de primeiro grau. O texto do projeto determinava que os pais e responsáveis estariam subordinados aos preceitos estabelecidos pelo Ministério da Educação. Além disso, os educandos, optantes pelo ensino domiciliar, deveriam passar por avaliação, realizada na rede estadual, anualmente.¹⁵⁰

Outros projetos surgiram nos anos seguintes, sendo possível destacar os PL 6001/2001¹⁵¹, 6484/2002¹⁵² e 1125/2003¹⁵³. Todos buscaram, sem sucesso, a regulamentação do ensino domiciliar no país. No que tange ao seu conteúdo, os projetos de 2001 e 2003 possuem a mesma redação, sendo da mesma autoria. O projeto de 2002, por sua vez, se diferencia ao estabelecer a possibilidade de o ensino domiciliar ser ministrado por terceiros, além dos pais da criança.

¹⁴⁸ CORRÊA, Marcello et al. Governo desiste de MP e enviará ao Congresso projeto de lei para regulamentar ensino domiciliar. **O GLOBO**, 11 abr. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governo-desiste-de-mp-enviara-ao-congresso-projeto-de-lei-para-regulamentar-ensino-domiciliar-23590980>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 2401/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2198615>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4657/1994**. Cria o ensino domiciliar de primeiro grau. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/223311>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6001/2001**. Dispõe sobre o ensino em casa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/42603>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6484/2002**. Institui a educação domiciliar no sistema de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/48113>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 1125/2003**. Dispõe sobre o ensino em casa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/117395>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

Mencione-se, ainda, os PL 4122/2008¹⁵⁴ e 3518/2008¹⁵⁵, que buscavam alterar a Lei nº 9.393/1996 (LDB), para incluir o ensino domiciliar. Ambos os projetos foram arquivados. Nos termos da segunda proposta:

O ensino domiciliar permite adequar o processo ensino-aprendizagem às necessidades de cada criança e enseja um espaço de intensa convivência e educação ou aprendizado mútuo para a família. Trata-se, assim, de reforçar o insubstituível papel educativo da família na formação de seus filhos.

A família é a principal engrenagem da educação e a criação da educação domiciliar, além de ampliar o leque de oportunidades da escolarização de crianças e adolescentes favorece uma integração gerenciada entre essa e a escola com redistribuição de responsabilidades. Além disso, favorece o desenvolvimento da autodisciplina e do aprender a aprender, qualidades avidamente buscadas nos profissionais de hoje.¹⁵⁶

Além dos projetos de lei, o histórico de proposições legislativas voltadas para a regulamentação do ensino domiciliar também conta com propostas de emenda à Constituição. É o caso da PEC 444/2009, que tinha por objetivo acrescentar um parágrafo extra ao art. 208 da Constituição Federal. De acordo com a redação da proposta, a regulamentação do ensino domiciliar caberia ao poder público, sendo “assegurado o direito à aprendizagem das crianças e jovens na faixa etária da escolaridade obrigatória por meio de avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional.”¹⁵⁷

Como fundamento, a justificativa da referida PEC alega que:

A chamada educação domiciliar é adotada em vários países como Austrália, Canadá, França, Inglaterra, Irlanda, Suíça, e alguns Estados dos Estados Unidos da América. Nos EUA, a adesão ao *homeschooling* (ensino domiciliar) hoje reúne mais de 1 milhão de adeptos. A Unesco contabiliza que, ao todo, existiriam no mundo 2 milhões de crianças nesse sistema de ensino.

¹⁵⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4122/2008**. Dispõe sobre educação domiciliar. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/412025>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁵⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3518/2008**. Acrescenta parágrafo único ao art. 81 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que institui as diretrizes e bases da educação nacional e dispõe sobre o ensino domiciliar. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/398589>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 444/2009**. Acrescenta o § 4º ao art. 208 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/463248>> . Acesso em: 8 fev. 2022.

Na Irlanda, é na Constituição do País que se reconhece o direito da família de escolher a educação de seus filhos, podendo provê-la em casa ou numa escola privada ou numa escola mantida pelo Estado. O Estado não pode obrigar os pais a enviar seus filhos a nenhum determinado tipo de escola, mas, como guardião do bem comum, deve assegurar que as crianças recebam um mínimo de educação moral, intelectual e social.¹⁵⁸

Atualmente, encontram-se em tramitação na Câmara dos Deputados diversos projetos versando educação domiciliar. Os Projetos de Lei 3261/2015¹⁵⁹, 10185/2018¹⁶⁰, 2401/2019 e 3159/2019¹⁶¹ foram apensados ao PL 3179/2012¹⁶², tendo em vista tratarem de mesma matéria, com redação similar.

Por outro lado, tramita em separado o PL 3262/2019¹⁶³, tendo em vista a sua proposta de alterar o Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – “para incluir o parágrafo único no seu art. 246, a fim de prever que a educação domiciliar (*homeschooling*) não configura crime de abandono intelectual.”

Acerca do papel da família e do Estado na educação dos filhos, o PL 3262/2019 estabelece que:

¹⁵⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 444/2009. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=723417> . Acesso em: 8 fev. 2022, p. 3.

¹⁵⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3261/2015**. Autoriza o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos, altera dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2017117>> . Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 10185/2018**. Altera a Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2174364>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3159/2019**. Adiciona o § 6º ao art. 5º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para estabelecer que a educação domiciliar não poderá substituir a frequência à escola. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2205161>> . Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3179/2012**. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/534328>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3262/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para incluir o parágrafo único no seu art. 246, a fim de prever que a educação domiciliar (*homeschooling*) não configura crime de abandono intelectual. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2206168>> . Acesso em: 8 fev. 2022.

A família tem a primazia na educação das crianças. A educação dada pelos pais é um direito natural garantido aos genitores, aliás, um dever gravíssimo a que estão obrigados pela Lei Natural. Tal lei antecede os Direitos Humanos.

Na verdade, o poder público deve limitar-se apenas ao fomento da total independência das famílias (em relação ao Estado), principalmente quando estabelecidas e organizadas em associações, com seus representantes legais tendo sido escolhidos por grau de virtude, de conhecimento da matéria em questão e do conhecimento da finalidade deste trabalho de educação domiciliar, ou seja, deve ser um exímio conhecedor não apenas das leis vigentes como das brechas na própria lei, suas falhas e suas intenções. Deve conhecer os aspectos da atualidade.¹⁶⁴

Interessante notar que, na contramão dos projetos que têm por cerne a regulamentação, o PL 3159/2019 estabelece a proibição do ensino domiciliar, afirmando que tal modalidade de ensino não poderá substituir a frequência escolar. De acordo com a justificativa do projeto:

Ao anular o direito de crianças e adolescentes à educação escolar em benefício do direito dos pais ou responsáveis legais de escolherem o tipo de instrução que será ministrada a seus filhos, a educação domiciliar agride o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, bem como a liberdade de aprender e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.¹⁶⁵

Ainda em sua justificativa, o projeto acima referido lembra as palavras proferidas pelo Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 888815. Na ocasião, o magistrado se mostrou favorável a declaração de inconstitucionalidade do ensino domiciliar, estabelecendo uma possível relação entre essa modalidade de ensino ao radicalismo e fortalecimento das disparidades de classes.

Dentre todos os projetos em tramitação, pertinente trabalhar, em maior profundidade, o PL 2401/2019, tendo em vista o seu conteúdo. A proposta se

¹⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3262/2019. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1759042> . Acesso em: 8 fev. 2022, p. 3.

¹⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3159/2019. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756020> . Acesso em: 8 fev. 2022, p. 2.

fundamenta no direito de escolha dos pais, a quem caberia decidir acerca do modelo de estudo dos filhos menores. Além disso, aponta para contextos estrangeiros nos quais a educação domiciliar não é apenas uma realidade, como também apresenta resultados positivos.

De acordo com o projeto, existem múltiplas interpretações para o sentido da expressão “educação domiciliar”. Nesse sentido:

Em muitos casos, os pais realizam diretamente as atividades educacionais com seus filhos, sem contar com outras pessoas; em outras situações, além dos pais ou responsáveis, também profissionais especializados cooperam em atividades específicas. Além disso, a expressão “educação domiciliar” pode induzir a uma interpretação equivocada, com foco no local onde a educação ocorre, como se fosse restrita ao ambiente do lar. Na verdade, o processo de formação dos estudantes de famílias que optam por esse tipo de educação costuma ser realizado em locais diversos e inclui com frequência visitas a bibliotecas públicas, a museus, passeios pela cidade e pela região, em áreas urbanas ou rurais.¹⁶⁶

Para fins de regulamentação do ensino domiciliar no país, o PL 2401/2019 adere ao conceito básico, enquanto “regime de ensino de crianças e de adolescentes, dirigido pelos pais ou por responsáveis”. Assim, o modelo é tomado em sua dimensão mais ampla, abrindo espaço para diversas possibilidades de ensino.¹⁶⁷

Ainda em sua justificação, o PL considera que o tema abordado se insere na órbita dos Direitos Humanos. Estaria, nesse sentido, em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que confere aos pais a prioridade na escolha do gênero de instrução, com relação ao ensino dos filhos.

Apesar de todas as críticas que possam ser tecidas acerca da proposta legislativa em comento, o PL levanta ponto relevante, ao indicar que “Além de regulamentar o exercício da educação domiciliar, respeitando-se os termos

¹⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2401/2019. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1734553>. Acesso em: 8 fev. 2022, p. 6-7.

¹⁶⁷ Ibidem, loc. cit.

estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, há outro objetivo estratégico que recomenda a urgência da matéria”, qual seja, a garantia de segurança jurídica.¹⁶⁸

Na visão do autor da proposta, sem a segurança jurídica não é possível a obtenção de dados fidedignos acerca do ensino domiciliar no país. Com a regulamentação, seria possível identificar, por exemplo, quantas famílias praticam a educação domiciliar, perfil dessas famílias e onde se localizam. Dados esses que contribuiriam para o desenvolvimento de políticas públicas mais eficientes.

Assim, aponta para a necessidade de regulamentação da matéria, de modo a conferir segurança jurídica. Sabe-se que o ensino domiciliar, mesmo que pendente de legislação, é praticado por muitas famílias no país, o que indica a urgência de deliberação, com a fixação de parâmetros para a sua aplicação, caso alguma proposta seja aprovada.

Atualmente, o PL 2401/2019 está apensado ao PL 3179/2012, que, por sua vez teve parecer favorável na Comissão de Educação, no ano de 2018, importante passo em sua tramitação. O voto argumenta no sentido de que o conceito de frequência escolar – que por vezes é invocado em desfavor ao ensino domiciliar – é amplo, sujeito a diversas interpretações. Informa que:

Pode a frequência ser estabelecida em termos de obrigação de presença na escola ao longo de todo o período letivo; em termos de um percentual mínimo de presença e máximo de faltas; em termos de períodos de alternância, com duração variável; ou mesmo em termos de formas diferenciadas de articulação presencial com a escola, de acordo com processos de orientação pedagógica e de avaliação especificamente estabelecidos. Nessa última alternativa, pode ser aceita a hipótese de inserir a chamada educação domiciliar. Ela não poderá, porém, jamais prescindir de uma efetiva articulação e supervisão por parte da instituição escolar oficialmente constituída.¹⁶⁹

¹⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2401/2019. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1734553>. Acesso em: 8 fev. 2022, p. 8.

¹⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3179/2012. **Parecer da Comissão de Educação**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1686663>. Acesso em: 8 fev. 2022, p. 5.

Ainda, de acordo com o voto favorável, “A proposição faculta aos sistemas de ensino admitir, sem obrigar, a possibilidade de uma diferenciação na responsabilidade pela educação básica.” Faz referência, nesse ponto, ao disposto no projeto principal, qual seja, o PL 3179/2012. Ressalta a importância de uma dimensão nacional para a regulamentação da matéria, de modo a evitar que o modelo de ensino seja regulamentado em alguns Estados e não em outros.¹⁷⁰

Ante o exposto, observam-se muitas propostas de regulamentação do ensino domiciliar na Câmara dos Deputados, como os projetos 4657/94 (PL), 6484/2002 (PFL-DEM), 4610/2004 (PMDB), 4191/2004 (PMDB), 4122/2008 (PRB), PL 3179/2012 (PR), 3261/2015 (PSC), 490/2017 (MDB), 10185 (DEM), 28/2018 (MDB) e 3262/2019 (PSL, PL).

Por outro lado, o único projeto em tramitação voltado para a proibição do ensino domiciliar, o PL 3159/2019.

Acima foram apresentadas as principais proposições legislativas acerca do ensino domiciliar existentes na Câmara dos Deputados. No Senado Federal existem tímidas iniciativas, em menor número. Atualmente estão em tramitação os PLS 490/2017¹⁷¹ e 28/2018¹⁷², que buscam, respectivamente, alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Código Penal. Enquanto o primeiro projeto regulamenta o ensino domiciliar, o segundo tem como cerne a descaracterização do abandono intelectual nessa hipótese.

A exemplo de propostas apresentadas na Câmara dos Deputados, o PLS 490/2017 também cita modelos estrangeiros para justificar a regulamentação do ensino domiciliar no Brasil. Colaciona-se, abaixo, o parágrafo inicial da justificativa:

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ BRASIL. Senado federal. **PLS 490/2017**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para prever a modalidade da educação domiciliar no âmbito da educação básica. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7328091&ts=1561669857462>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹⁷² BRASIL. Senado Federal. **PLS 28/2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever que a educação domiciliar não caracteriza o crime de abandono intelectual. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7629304&ts=1559270236926>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

A educação domiciliar, popularmente conhecida por sua denominação em língua inglesa – *homeschooling* –, por serem os países anglo-saxões os locais onde essa modalidade mais se desenvolveu, tem atraído a atenção de crescente número de famílias brasileiras. Seja pelo seu desencanto com a baixa qualidade das escolas públicas, combinado com o alto custo das instituições privadas, seja pelo ambiente carregado de violência e de desrespeito a princípios básicos de convivência nas instituições escolares de todo tipo, essas famílias têm optado por desenvolver a educação de seus filhos no ambiente doméstico, com observância às individualidades de cada educando, aos seus tempos próprios de aprendizagem e aos valores morais e preceitos éticos do grupo familiar. A experiência também é exitosa em países como Portugal, Austrália, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, Israel, Nova Zelândia, África do Sul, Noruega, entre outros.¹⁷³

Ainda sobre as proposições legislativas, urge mencionar a existência de iniciativas estaduais voltadas para a regulamentação do ensino domiciliar. Assim, para além das propostas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, deve-se analisar, também, propostas das assembleias legislativas.

Para fins do presente estudo, menciona-se a aprovação da educação domiciliar no Estado do Paraná. A Lei 20.739, de 4 de outubro de 2021, define os parâmetros para a modalidade de ensino. De acordo com o art. 2º do diploma:

Art. 2º É admitido o ensino domiciliar, sob o encargo dos pais ou dos responsáveis pelos alunos, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios dos sistemas de ensino, nos limites estabelecidos por esta Lei.

§ 1º A participação comunitária do aluno em ensino domiciliar, com o objetivo de promover interação social deverá ser garantida pelos pais ou responsáveis, mediante a comprovação de participação em atividades públicas ou privadas, com carga horária não inferior a oito horas mensais, e dar-se-á através de comparecimento em atividades coletivas desportivas, religiosas ou de lazer, em espaços públicos ou privados.

§ 2º O aluno em ensino domiciliar poderá ser dispensado da participação comunitária mediante recomendação médica específica.

§ 3º A comprovação da participação do aluno em ensino domiciliar às atividades descritas nos §§ 1º e 2º deste artigo dar-se-á por meio de matrículas, contratos, diplomas, certificados, recibos e declaração dos pais

¹⁷³ BRASIL. Senado Federal. **PLS 490/2017**. Texto inicial. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=7328091&ts=1630416788230&disposition=inline>. Acesso em: 8 fev. 2022, p. 3.

ou responsáveis, instruídos com filmagens ou fotografias, como ainda, por qualquer outro meio idôneo.¹⁷⁴

A justificativa do projeto que originou referida lei aponta para os benefícios da educação domiciliar, especialmente em momentos de crise, mencionando o contexto da pandemia:

O *homeschooling* não se confunde com o *unschooling*, que é uma opção pela não escolarização formal da criança. de modo a deixar que ela escolha o seu próprio destino, que, de momento, nos parece inaceitável.

Em todo mundo, especialmente nos países desenvolvidos, a população praticante da educação doméstica familiar tem aumentado de maneira muito expressiva e significativa e, substancialmente nesta época de pandemia, com a paralisação das aulas presenciais.

Como resultado dessas paralisações nos calendários escolares, somente na América Latina e Caribe, cerca de 95% das crianças matriculadas ficaram fora da escola, o que corresponde a aproximadamente 154 milhões de crianças [...].¹⁷⁵

A norma já vem sendo objeto de discussão entre os deputados da Assembleia Legislativa do Paraná pertencentes à oposição, que chegaram a ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) visando suspender os efeitos do diploma.¹⁷⁶

A tendência é que, sem uma norma uniforme, de âmbito nacional, outros Estados busquem a regulamentação da matéria, contribuindo para a formação de um ambiente de insegurança jurídica intensificada. Por outro lado, as iniciativas locais podem servir como combustível para forçar o legislativo a definir um diploma nacional sobre a educação domiciliar.

¹⁷⁴ BRASIL. Assembleia legislativa do estado do Paraná. **Lei 20.739, de 4 de outubro de 2021.**

Disponível em:

<http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=56740&tipo=L&tplei=0>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹⁷⁵ BRASIL. Assembleia legislativa do estado do paraná. Projeto de lei nº 179/2021. Disponível em:

<http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=98406&tipo=I>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹⁷⁶ BRASIL. Assembleia legislativa do estado do Paraná. Deputados pedem ao TJ suspensão do ensino domiciliar no Paraná. **Notícias**, 27 out. 2021. Disponível em:

<<https://www.assembleia.pr.leg.br/comunicacao/noticias/deputados-pedem-ao-tj-suspensao-do-ensino-domiciliar-no-parana>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

4.3 O ENSINO DOMICILIAR À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Grande é o debate em torno da possibilidade de implementação do ensino domiciliar no Brasil. Muitas famílias optam pela modalidade de ensino, ainda que não existam normas legais que disciplinem a matéria, especialmente sob o fundamento da liberdade para educar.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca da matéria, fixando tese no sentido de que tal modalidade de ensino não consubstancia direito público subjetivo do aluno ou de sua família. Essa foi a posição estabelecida a partir do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 888815, considerado paradigma sobre o tema.

No entanto, ainda que tenha sido proferida em desfavor dos interessados no ensino domiciliar, a decisão não afastou tal modalidade de ensino. Pelo contrário, estabeleceu critério para a sua efetivação, qual seja, a criação de norma regulamentadora, a cargo do Poder Legislativo. Esse é o entendimento que se extrai da ementa do acórdão de julgamento:

O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária.¹⁷⁷

Para entender o caso que deu origem a tese acima referida, pertinente começar pela contextualização do problema levado ao STF. Na espécie, os pais de uma menina, que na época contava 11 anos, impetraram mandado de segurança contra ato praticado pela secretária de Educação do Município de Canela (RS), que

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 3-4.

havia negado pedido de ensino domiciliar, tendo, inclusive, recomendado a matrícula da criança na rede regular de ensino.

O Recurso Extraordinário (RE) 888815 foi interposto após decisão desfavorável em sede de mandado de segurança, na primeira instância e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O argumento que fundamentou a decisão originária foi no sentido da inexistência de norma legal que autorize o ensino domiciliar, além de não se tratar de direito líquido e certo, como alegado pelos impetrantes.

Os recorrentes, por sua vez, alegaram em sua fundamentação que a restrição do alcance e significado da expressão “educar” pura e simplesmente ao ensino formal tradicional vai na contramão das garantias constitucionais inerentes à educação, como é o caso dos “princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF/88) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF/88), especialmente caso se considere a autonomia familiar assegurada pela Constituição.”¹⁷⁸

Além disso, os recorrentes apontaram para a inexistência de mandamento constitucional que obrigue a matrícula dos filhos menores na rede regular de ensino. Trata-se de exigência reconhecida no ordenamento jurídico pátrio, mas que decorre de mandamentos de cunho infraconstitucional.¹⁷⁹

Ao mesmo tempo, segundo os recorrentes, o ensino domiciliar não é vedado em nenhuma norma vigente no país. Esses foram os argumentos apresentados com a finalidade de obter do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento de tese que autorize a educação domiciliar, sendo a obrigatoriedade de matrícula restrita aos casos em que os pais não possam fornecer a educação.¹⁸⁰

A Procuradoria-Geral da República se mostrou desfavorável ao reconhecimento do direito pleiteado pelas partes recorrentes, tendo alegado que:

¹⁷⁸ Ibidem, p. 7-8.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 8.

¹⁸⁰ Ibidem, loc. cit.

[...] (i) o art. 208, I, da Constituição, ao impor a educação básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade proíbe aos pais e responsáveis retirarem seus filhos das escolas; (ii) a legislação infraconstitucional determina que os pais matriculem seus filhos na rede regular de ensino; (iii) os estudantes não matriculados em escolas são privados de elementos básicos de socialização e dos processos pedagógicos próprios do ambiente escolar, local apropriado para o desenvolvimento da tolerância, da solidariedade e da ética; (iv) a escolarização é o padrão pedagógico adotado pela Constituição; e (v) a autorização da prática do ensino domiciliar no Brasil depende exclusivamente de lei a ser aprovada pelo Congresso Nacional.¹⁸¹

O primeiro voto proferido, do ministro relator Luís Roberto Barroso, foi favorável ao ensino domiciliar. O magistrado entendeu que a modalidade é constitucional e, por isso, não existiria impedimentos a sua concretização, desde que respeitados alguns requisitos, frutos da análise da sistemática constitucional.

Logo em sua exposição inicial, ao antecipar o seu voto, Barroso reconheceu a complexidade da matéria, ao mesmo tempo em que indicou duas perguntas centrais para a sua resolução. A primeira delas, acerca da exigibilidade constitucional de matrícula dos filhos menores nas escolas do ensino regular. A segunda pergunta, por sua vez, relativa aos requisitos para a validade do ensino domiciliar, uma vez admitida a sua criação pela Constituição Federal.¹⁸²

Acerca do primeiro questionamento, Luís Roberto Barroso argumentou que:

A Constituição só trata do ensino oficial, e o fato de a Constituição só tratar do ensino oficial dá margem, também aqui, para duas leituras diversas. A primeira: se a Constituição somente se referiu ao ensino oficial, é porque somente admite esse tipo de ensino. Essa é uma leitura possível. A segunda é: se a Constituição não veda o ensino domiciliar, deve-se então respeitar a autonomia dos pais. Assim é, como bem sabemos, a vida num tribunal constitucional; para muitas situações, não existe, na Constituição, claramente uma solução pré-pronta. Portanto, cabe ao intérprete procurar construir argumentativamente a melhor solução para a situação que se lhe apresenta.¹⁸³

¹⁸¹ Ibidem, p. 9.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 11.

¹⁸³ Ibidem, p. 11-12.

Em seu voto, o ministro deixaria clara a sua preferência pela segunda interpretação, no sentido de que o ensino domiciliar é uma possibilidade, enquanto modelo educacional. Trabalhando o conceito, Barroso menciona em sua exposição que “o *homeschooling* consiste na prática adotada por pais e responsáveis de assumirem a responsabilidade direta na educação formal de seus filhos.”¹⁸⁴

Acerca do formato do ensino domiciliar, o magistrado destacou que, de modo geral, a criança que recebe a educação em casa tem acesso ao mesmo conteúdo pragmático aplicado no sistema tradicional de ensino. No entanto, valendo-se de sua autonomia, os pais tendem a construir uma grande curricular variada, que pode ir além do básico estabelecido para o ensino regular. Podem ser incluídos conteúdos como o latim, a retórica, conteúdos relacionados a uma determinada convicção social, moral, social ou filosófica, além de atividades variadas, como esportes e cultura (BRASIL, 2018, p. 35).

O ministro Luís Roberto Barros faz uma consideração pertinente, ao afirmar que:

A educação domiciliar não é um fenômeno recente. Antes da estruturação dos sistemas público e privado de educação, o ensino doméstico era o principal método pedagógico utilizado em todo o mundo. Tutores e professores particulares constituíam a forma habitual de educar crianças e adolescentes em diversas culturas. Após o surgimento e ampliação dos sistemas públicos e particulares de ensino, contudo, a escolarização passou a ser a regra, na medida em que pais e responsáveis, por diversos motivos, optaram por transferir as atribuições de ensino a profissionais capacitados e organizados em ambientes escolares.¹⁸⁵

Barroso chegou a comentar que “a educação domiciliar contribui para o desenvolvimento normal e pleno da criança e do adolescente”. Em seguida, apresentou dados de estudos realizados nos Estados Unidos e Canadá, onde o *homeschooling* é aplicado. De acordo com as informações do magistrado, o método é eficiente, sendo que os estudantes americanos que recebem a educação domiciliar apresentam desempenho de 15% a 30% superior aos estudantes da rede tradicional de ensino.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ibidem, p. 35.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 37.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 44-45.

Após a sua exposição, que tratou em detalhes a questão, foi fixada a seguinte tese: “É constitucional a prática de ensino domiciliar (*homeschooling*) a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil expressos na Constituição de 1988.¹⁸⁷

Os rumos do julgamento, no entanto, seriam ditados pelo voto do ministro Alexandre de Moraes, relator do acórdão de julgamento, que abriu a divergência, afastando a possibilidade de deferimento do pedido das partes, qual seja, de autorização para o ensino domiciliar no caso concreto. O seu voto, conforme será apresentado a seguir, seria acompanhado por outros colegas do Supremo Tribunal Federal.

Em sua exposição de razões, o magistrado destacou os artigos 205 e 227 da Constituição Federal. Tais dispositivos estabelecem uma relação de solidariedade entre o Estado e a família para a garantia da educação das crianças. Ao mesmo tempo, o artigo 226 da Constituição Federal dá liberdade aos pais para a realização do planejamento familiar. Na análise do magistrado, tais dispositivos devem ser lidos no sentido de solidariedade, não sendo possível afastar a família da educação, ao mesmo tempo em que não seria possível afastar, pelo menos não completamente, o controle estatal.

Nas palavras do magistrado:

Há uma solidariedade no dever de fornecer a educação, tanto por parte do Estado, quanto pela família, como deixa claro o artigo 205 do texto constitucional. O artigo 227 reitera essa solidariedade, sendo dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. Portanto, não só no capítulo específico que se refere à educação, traz, no art. 205, o dever compartilhado entre família e Estado; como também, no artigo 227, que estabelece, em relação à proteção da criança, dos jovens e do adolescente, esse dever também da Família, juntamente com o Estado e a sociedade.¹⁸⁸

Moraes defendeu que a Constituição não buscou criar rivalidade entre o Estado e a Família, no que tange ao ensino dos filhos, mas “promover uma cooperação solidária, uma união de esforços que resultasse em maior efetividade na

¹⁸⁷ Ibidem, p. 54.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 65.

educação das novas gerações.” Em sua posição, apenas os Estados totalitários estabelecem o poder completo do Estado para a educação das crianças, negando a influência familiar.¹⁸⁹

No que concerne à interferência do Estado na vida educacional das crianças, Alexandre de Moraes apontou para a existência de um conjunto de regras, princípios e preceitos a serem observados, a exemplo de um núcleo curricular mínimo. Nesse contexto, a Constituição Federal apresenta abertura tão somente para o ensino domiciliar denominado “utilitarista” ou “ensino domiciliar por conveniência circunstancial”, nas palavras do magistrado.¹⁹⁰

Em suas palavras:

A Constituição Federal admite um *homeschooling* que pode ser denominado “utilitarista” ou “ensino domiciliar por conveniência circunstancial”, que tem suas razões entre as várias que foram alegadas da tribuna, nas diversas sustentações orais – a questão religiosa, de *bullying*, de drogas nas escolas, de violência. A partir dessas circunstâncias, não estará vedada a opção dos pais pelo ensino domiciliar, desde que siga os mesmos conteúdos básicos do ensino escolar público e privado, que permita a supervisão, fiscalização e avaliações periódicas, ou seja, que acompanhe e concretize o dever solidário da Família e Estado em educar as crianças, adolescentes e jovens, nos termos constitucionais.¹⁹¹

Essa seria “a única espécie de ensino domiciliar autorizada pelo texto constitucional, pois não exclui a concretização do dever de solidariedade estatal”. Chama-se utilitarista na medida em que não contraria, pelo menos não de forma radical, ao caráter institucional da educação e à fiscalização estatal, sendo uma alternativa viável para a promoção da educação.¹⁹²

Assim, para a efetivação do ensino domiciliar, fundamental que exista mecanismos de acompanhamento, como o cadastro dos alunos, avaliações periódicas e controle de frequência, com vistas a não permitir que tal modalidade de ensino tenha o condão de fazer crescer as taxas de evasão escolar.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 66.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 70.

¹⁹¹ Ibidem, loc. cit.

¹⁹² Ibidem, loc. cit.

Além disso, o ministro Alexandre de Moraes enfatizou que o ensino domiciliar não corresponde a um direito líquido e certo, mas tão somente a uma possibilidade jurídica, estando, nesse sentido, condicionada a uma resposta legislativa prévia, que o autorize. Em síntese:

A espécie utilitarista da educação domiciliar não é vedada pela Constituição Federal, porém não configura direito público subjetivo do aluno ou de seus pais, uma vez que inexistente sua previsão constitucional expressa, tampouco é autoaplicável. O ensino domiciliar somente existirá se houver criação e regulamentação pelo Congresso Nacional, por meio de lei federal. A criação dessa modalidade de ensino não é uma obrigação congressual, mas sim uma opção válida constitucionalmente na citada modalidade utilitarista e desde que siga todos os princípios e preceitos que a Constituição estabelece de forma obrigatória para o ensino público ou para o ensino privado.¹⁹³

Assim, Alexandre de Moraes não acatou os pedidos das partes recorrentes, adotando postura contrária ao reconhecimento do ensino domiciliar enquanto direito subjetivo. Durante todo o seu voto, o magistrado reforçou se tratar tão somente de possibilidade legislativa, fazendo entender que a educação domiciliar pode existir, mas não é um direito que possa ser classificado como líquido e certo.

Na sequência, o voto do ministro Edson Fachin acompanhou em parte o voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso. Em sua argumentação, defendeu o ensino domiciliar, trazendo fatos acerca dessa prática. Mencionou, por exemplo, a inexistência de dados que apontem para diferenças significativas no rendimento dos alunos que recebem o ensino domiciliar, em comparação aos alunos que são educados no sistema tradicional.

Na visão do magistrado:

Não se pode negar que, na experiência comparada, o ensino domiciliar foi estudado e, do que se tem dos autos, é possível afirmar que não haveria disparidades entre os alunos que estudaram pelo método domiciliar e os que tiveram educação formal na escola. Muitos alegam que não há qualquer

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 71.

dificuldade com a socialização e que as crianças que passaram pelo ensino domiciliar são plenamente integradas na sociedade.¹⁹⁴

De acordo com o magistrado, o ensino domiciliar é uma técnica eficaz e, por isso mesmo, não pode ser desconsiderada. Além disso, o Estado é orientado pelo pluralismo de concepções pedagógicas, o que abre espaço para que técnicas diversas sejam empregadas, uma vez respeitados os parâmetros constitucionais.

O seu voto, no entanto, foi parcialmente favorável aos recorrentes, ao fixar prazo de um ano para que o legislativo estabeleça as formas de execução e fiscalização do ensino domiciliar. Assim, não caberia ao judiciário estabelecer a forma de exercício do direito.

Seguindo a divergência aberta por Moraes, a ministra Rosa Weber destacou que o pedido dos recorrentes versava, principalmente, legislação infraconstitucional, uma vez que se discutia a obrigatoriedade de matrícula dos filhos pequenos na rede regular de ensino básico.

Diferente do que dispunha a Constituição de 1946, no sentido de que a educação das crianças pode ocorrer no lar e na escola, o modelo adotado pela Constituição de 1988 atribuiu a responsabilidade do ensino principalmente ao Estado, que o faz conjuntamente com os pais.

No entendimento da magistrada, a regulamentação do modelo constitucional vigente está contida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Tais diplomas infraconstitucionais obrigam a matrícula dos filhos na rede regular de ensino.

Também desfavorável aos recorrentes, o ministro Luiz Fux foi além dos seus pares, ao advogar pela inconstitucionalidade do ensino domiciliar. Tal modalidade seria incompatível com a Constituição Federal em muitos aspectos, entre eles a obrigatoriedade de matrícula e frequência escolar. Tais requisitos também podem ser encontrados na legislação infraconstitucional, como é o caso da LDB, do ECA e do regulamento do Bolsa Família.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 97.

Tal posicionamento pode ser depreendido já da sua antecipação de voto:

Senhora Presidente, eu inicio o meu voto, destacando que a inconstitucionalidade do ensino domiciliar já vem traçada nas manifestações da PGR e da AGU. Com relação à manifestação da AGU, houve aqui uma defesa enfática, quando então, além de destacar, como fez o Ministro Edson Fachin, que o ensino escolar seria um direito subjetivo público da criança também adotou a tese, que ora mencionou a Ministra Rosa Weber, no sentido de que há sim - digamos assim -, nesse ordenamento plúrimo normativo, uma imposição à frequência à escola. Há normas impositivas de frequência à escola.¹⁹⁵

O magistrado também destacou a função de socialização proporcionada pela escola, que “consiste em inserir a criança e o adolescente em um espaço público de convívio com outros menores em semelhante estágio de desenvolvimento psicossocial”. O ambiente da escola seria responsável pelo amadurecimento dos indivíduos, por intermédio do compartilhamento de conflitos e experiências.¹⁹⁶

Mesma posição foi adotada por Ricardo Lewandowski, que negou o provimento ao recurso. O magistrado entendeu que a legislação pátria afasta a possibilidade de ensino domiciliar. Em defesa de sua tese, apontou para o risco de fragmentação social, além do desenvolvimento de “bolhas”, que poderiam dividir o país, gerando intolerância e incompreensão.

Em suas palavras:

Aqui, cumpre ressaltar a sabedoria do legislador quando se posiciona tão claramente em favor de uma empreitada coletiva no domínio educacional. Ao assim dispor, contribui para que sejam evitados os riscos de fragmentação social, impedindo, ademais, o desenvolvimento de verdadeiras “bolhas” no tocante ao conhecimento, as quais contribuem ainda mais para a intensa clivagem que se observa hoje em nosso país, dividido por intolerâncias e incompreensões de toda a ordem.¹⁹⁷

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 104.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 113.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 134.

Além disso, Lewandowski teceu críticas ao uso de sistemas estrangeiros como base comparativa para a solução do caso, fazendo referência, possivelmente, aos dados levantados por Barroso e Fachin em seus votos. De acordo com o magistrado, os sistemas estrangeiros, em especial dos Estados Unidos, que guarda semelhanças com o brasileiro, podem ser úteis para a reflexão. No entanto, as experiências estrangeiras no que concerne à educação podem divergir substancialmente da realidade nacional.¹⁹⁸

Permito-me, ainda, fazer duas últimas ponderações. É sempre muito interessante refletir sobre sistemas estrangeiros, sobretudo dos Estados Unidos, país que, em tantos aspectos, se assemelha ao Brasil. Entretanto, não estou convencido de que a experiência dos países desenvolvidos seja, no que concerne ao tema em julgamento, um exemplo a ser seguido pelo Brasil. Efetivamente, não podemos olvidar que, em nações mais avançadas, a desigualdade, a pobreza e a exclusão social não são, nem de longe, sentidas de forma tão dramática como entre nós.

O ministro Gilmar Mendes, ao votar desfavoravelmente ao Recurso Extraordinário, destacou os impactos negativos da adoção do ensino domiciliar no país. A fiscalização e avaliação desse modelo de ensino, requisitos para uma possível aplicação prática, demandaria alto custo, a ser suportado pelas instituições de ensino. No entanto, o magistrado não considerou ilegítimo o ensino domiciliar, condicionando a sua autorização à edição de norma específica.

Pertinente colacionar aqui, a fala do magistrado acerca das consequências do ensino domiciliar:

Além disso, acolher a ideia de *homeschooling* supervisionado pelo Estado traria consigo uma consequência inevitável: a de que os custos envolvidos nos colocariam no meio de um paradoxo. O paradoxo de ter que deslocar energia pública – humana e institucional – para cumprir com a fiscalização da prática. E, então, teríamos um possível agravamento das já deficitárias condições estruturais da educação pública. Por exemplo, teríamos o

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 139.

deslocamento da atividade de professores e demais agentes da área da educação pública para funcionar na fiscalização do *homeschooling*.¹⁹⁹

Marco Aurélio, por sua vez, destacou que a redação dos dispositivos infraconstitucionais atinentes ao ensino e sua obrigatoriedade:

[...] não autoriza a interpretação pretendida pela recorrente no sentido de flexibilizar-se a obrigatoriedade de ter-se a matrícula dos alunos na rede regular de ensino a partir dos 4 anos de idade. A interpretação conforme à Constituição é técnica de controle de constitucionalidade, e não somente método de interpretação hermenêutico. O intérprete ou aplicador do Direito, ao deparar-se com normas que possuam mais de uma compreensão, deverá priorizar aquela que mais se coadune com o texto constitucional.²⁰⁰

O magistrado defendeu a falta de competência do Judiciário para interferir em tema que compete ao legislativo, tendo em vista que o modelo de ensino configura decisão política, a cargo do Congresso Nacional. O legislador, notadamente, “privilegiou óptica compartilhada por diversos peritos na arte de educar, os quais sustentam exercer a instituição escolar papel relevante que jamais poderá ser suplantado, mas apenas complementado, pela entidade familiar.”²⁰¹

O ministro Dias Toffoli acompanhou o voto divergente, proferido por Alexandre de Moraes. Apesar de negar provimento ao Recurso Extraordinário, teceu comentários em defesa do ensino domiciliar, aportando, inclusive, exemplos pessoais, logo em suas exposições iniciais, comungando explicitamente da fundamentação dada pelo ministro relator Luís Roberto Barroso:

Já que estamos falando de *homeschooling*, de casa, permita-me, não costume fazê-lo, trazer alguns depoimentos pessoais. Meu falecido pai - eu sou filho de pai-avô, quando eu nasci, ele tinha 55 anos - foi alfabetizado e aprendeu matemática com o pai dele, dentro de casa, nunca teve uma certidão de escola. De lavrador virou proprietário. Minha mãe, quando moramos na zona rural, ensinava alunos de colonos a ler, escrever, somar, subtrair, multiplicar e dividir. E essas crianças, hoje adultos, talvez não

¹⁹⁹ Ibidem, p. 146.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 172.

²⁰¹ Ibidem, loc. cit.

tenham recebido, até hoje, uma certificação de terem sido alfabetizados ou de saber, ao menos, as quatro operações.²⁰²

O magistrado chegou a sugerir que a retirada da repercussão geral do caso, alegando que os ministros teriam dificuldade para a fixação de uma tese, dada a relevância e complexidade do tema discutido. No entanto, acabou por negar provimento, sob o fundamento de não ser possível vislumbrar, com facilidade, o direito líquido e certo pleiteado pelas partes.

Não deixou, porém, de pontuar que a matéria, mesmo tendo a repercussão geral reconhecida, ser novamente apreciada pelo Tribunal, citando exemplo de sua relatoria, de caso em que, após ser novamente decidido, teve nova tese fixada pelos membros do Supremo. Considerou que “a possibilidade de uma reflexão ulterior desse tema sempre estará aberta, porque a Corte, e toda Corte Constitucional, está sempre aberta a rediscutir tais temas.”²⁰³

A última a votar, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Destacou a inexistência de norma regulamentadora, propondo, inclusive, a fixação de tese no sentido de que “não há, na Constituição da República, fundamento que permita ao Poder Judiciário autorizar o ensino domiciliar (*homeschooling*) de crianças, adolescentes e jovens.”²⁰⁴

No entanto, contrariamente, chegou a afirmar que:

[...] em tese, o Poder Legislativo poderia editar lei prevendo o ensino domiciliar (e já há projetos de lei nesse sentido tramitando no Congresso Nacional). Para ser compatível com a Constituição, entretanto, essa lei deveria munir o Estado das ferramentas necessárias para garantir que o ensino domiciliar ministrado em cada lar tenha padrões mínimos de qualidade, de forma a assegurar o direito fundamental à educação e o pleno desenvolvimento das crianças, adolescentes e jovens que porventura sejam submetidos a esse regime de ensino.²⁰⁵

²⁰² Ibidem, p. 178.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 179.

²⁰⁴ Ibidem, p. 195.

²⁰⁵ Ibidem, loc. cit.

Pela análise do acórdão de julgamento, em sede do Recurso Extraordinário (RE) 888815, resta evidente a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe ao judiciário autorizar o ensino domiciliar. A decisão desfavorável aos recorrentes, por conseguinte, deve ser interpretada com rigorosa cautela.

Ainda que inicialmente os magistrados tenham, majoritariamente, se posicionado contrariamente ao ensino domiciliar, poucos foram os argumentos pela inconstitucionalidade dessa modalidade de ensino. A ementa da decisão, por exemplo, deixa claro o entendimento de que o Poder Legislativo pode regulamentar o ensino domiciliar, estabelecendo as suas regras, requisitos e parâmetros.

Trata-se, nesse diapasão, de decisão que reconhece a constitucionalidade do ensino domiciliar, enquanto possibilidade que, respeitados certos aspectos, está em plena sintonia com os ditames da Constituição Federal de 1988. Mas, enquanto mera possibilidade, está sujeita a uma análise de conveniência política, a cargo do Poder Legislativo.

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, p. 83-108.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Assembleia legislativa do estado do Paraná. Deputados pedem ao TJ suspensão do ensino domiciliar no Paraná. **Notícias**, 27 out. 2021. Disponível em: <<https://www.assembleia.pr.leg.br/comunicacao/noticias/deputados-pedem-ao-tj-suspensao-do-ensino-domiciliar-no-parana>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Assembleia legislativa do estado do Paraná. **Lei 20.739, de 4 de outubro de 2021**. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=56740&tipo=L&tplei=0>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Assembleia legislativa do estado do paraná. Projeto de lei nº 179/2021. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=98406&tipo=I>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 444/2009**. Acrescenta o § 4º ao art. 208 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/463248>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 10185/2018**. Altera a Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2174364>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 1125/2003**. Dispõe sobre o ensino em casa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/117395>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 2401/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2198615>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2401/2019. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1734553>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3159/2019**. Adiciona o § 6º ao art. 5º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para estabelecer que a educação domiciliar não poderá substituir a frequência à escola. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2205161>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3159/2019. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756020>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3179/2012**. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/534328>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3179/2012. **Parecer da Comissão de Educação**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1686663>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3261/2015**. Autoriza o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos, altera dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2017117>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3262/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para incluir o parágrafo único no seu art. 246, a fim de prever que a educação domiciliar (*homeschooling*) não configura crime de abandono intelectual. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2206168>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3262/2019. **Texto original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1759042>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3518/2008**. Acrescenta parágrafo único ao art. 81 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que institui as diretrizes e bases da educação nacional e dispõe sobre o ensino domiciliar. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/398589>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4122/2008**. Dispõe sobre educação domiciliar. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/412025>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4657/1994**. Cria o ensino domiciliar de primeiro grau. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/223311>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6001/2001**. Dispõe sobre o ensino em casa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/42603>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6484/2002**. Institui a educação domiciliar no sistema de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/48113>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **PLS 28/2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever que a educação domiciliar não caracteriza o crime de abandono intelectual. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7629304&ts=1559270236926>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Senado federal. **PLS 490/2017**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para prever a modalidade da educação domiciliar no âmbito da educação básica. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7328091&ts=1561669857462>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **PLS 490/2017**. Texto inicial. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7328091&ts=1630416788230&disposition=inline>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 888815. Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 set. 2018, p. 3-4.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A doutrina Chevron: o ocaso anunciado?. **Revista CEJ**, v. 21, n. 73, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BIVAR NETO, Fernando Caldas Bivar. Minimalismo judicial em sistemas tributários complexos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 147, p. 171-188, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4.874. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 762323 DF. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 19 nov. 2013. Data de Publicação: DJe-250, 17 dez. 2013.

CAMARGO, Gerson Ziebarth; DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. Ativismo judicial versus autocontenção judicial: qual postura concretiza direitos fundamentais e promove a manutenção da democracia?. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas**-ISSN 2176-5766, v. 4, n. 2, p. 25-56, 2016.

CARRAZZA, Roque Antônio Carrazza. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 7212013. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CORRÊA, Marcello et al. Governo desiste de MP e enviará ao Congresso projeto de lei para regulamentar ensino domiciliar. **O GLOBO**, 11 abr. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governo-desiste-de-mp-enviara-ao-congresso-projeto-de-lei-para-regulamentar-ensino-domiciliar-23590980>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Prefácio de Carlos Mário da Silva Velloso. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JELLINEK, G. **La dottrina generale del Dritto dello Stato** (tradução italiana), 1949.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: Um Estudo Empírico Sobre o Controle do TJ RJ à Agenersa. **Reivista estudos institucionais**, v. 4, n. 2, p. 537-573, 2018.

LAZARI, Igor de; LIMA, Gianne. Doutrina Chevron sob risco: repensando a revisão judicial das decisões das agências. **Jota**, 9 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/doutrina-chevron-sob-risco-repensando-a-revisao-judicial-das-decisoes-das-agencias-09062019>>. Acesso em: 25 out. 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 65, jan./mar. 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. 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 Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 8, n. 14, p. 238-263, 2016.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 507.
- PIÑEIRO FILHO, José Muiños; PEREIRA, César Manuel Granda. A autolimitação judicial aplicada em sede de medida cautelar penal de afastamento do detentor de cargo eletivo à luz de um caso concreto. Contenção da jurisdição penal em deferência judicial à soberania popular. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 323-338, set.-dez., 2019.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009.
- RICCITELLI, Antônio. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. rev. Barueri, SP: Manole, 2007.
- SANTOS, Marcelo Pereira dos; HOGEMANN, Edna Raquel. Deferência com as escolhas públicas. **Justiça do Direito**, v.33, n. 2, p. 222-249, Mai./Agos. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015.
- TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 37, p. 1-11, 1954.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, p. 037-057, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110-132, 2020.