

***CONTROLE JUDICIAL DE UMA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
COMPLEXA***

***A Experiência Estrangeira
na Adaptação da Intensidade do Controle***



sbdp

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO

Rua Leônicio de Carvalho, 306, 7^o andar – São Paulo, SP – CEP 04003-010

Fones: (11) 289-8767 e 285-0598 – Fax (11) 287-6404

www.sbdp.org.br – e-mail: direitopublico@sbdp.org.br

EDUARDO JORDÃO

***CONTROLE JUDICIAL DE UMA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
COMPLEXA***

***A Experiência Estrangeira
na Adaptação da Intensidade do Controle***



**MALHEIROS
EDITORES**

**CONTROLE JUDICIAL DE UMA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMPLEXA**

***A Experiência Estrangeira
na Adaptação da Intensidade do Controle***

© EDUARDO JORDÃO

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

Composição: PC Editorial Ltda.

Capa:

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

01.2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

J82c Jordão, Eduardo.

Controle judicial de uma administração pública complexa : a
experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle /
Eduardo Jordão. – São Paulo : Malheiros : SBDP, 2016.

696 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-392-0316-1

1. Direito administrativo. 2. Controle judicial. 3. Administração
pública. I. Título.

CDU 342.9

CDD 342.066

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 342.9

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

“Der Vogel kämpft sich aus dem Ei. Das Ei ist die Welt.
Wer geboren werden will, muß eine Welt zerstören.“
(*Demian*, de Hermann Hesse)

Para as Tarcilas que conheci e amei.

PREFÁCIO

Por que os juízes administrativos às vezes se inclinam diante da interpretação do direito que a Administração adotou para justificar os seus atos e diante da apreciação que a Administração realizou a propósito do que o Direito lhe permitia fazer numa dada situação? Por que, visto que a função dos juízes é precisamente interpretar o direito e identificar o que ele implica num caso concreto? Esta é, para empregar a tradicional designação anglo-saxã, a questão da “deferência” dos juízes administrativos – e o tema que EDUARDO JORDÃO enfrentou com um talento e uma maestria que os leitores vão rapidamente descobrir.

A sua abordagem é, a um só tempo, sistemática e original. Sintética e teórica, mas sempre apoiada em exemplos concretos. Original porque ela não é prisioneira de nenhuma apreensão ou compreensão nacional sobre o assunto.

Ela consiste, num primeiro momento, em mostrar que a atitude dos juízes – de deferência ou de controle aprofundado – não se explica totalmente em função das características das decisões administrativas controladas. É certo que a sensibilidade jurídica de uma questão induz a um controle não deferente, assim como a complexidade técnica ou a sensibilidade política dos temas tratados administrativamente incitam os juízes à deferência. Mas estes fatores só explicam parcialmente a realidade. É preciso se interessar também, nos explica o autor, pela *maneira como* é determinada a intensidade do controle: como os juízes justificam as opções que adotam quanto à amplitude do seu próprio controle? A terceira parte do livro dissecar os “modelos de intensidades” do controle judicial, entre os sistemas simples, binário ou ternários, e os sistemas modulares, nos quais ao juiz se reconhece uma maior liberdade para adaptar seu controle às circunstâncias.

A verdade é que este livro é um estudo de direito administrativo comparado que poderia ser qualificado de exemplar. O autor é animado por esta convicção, contemporânea, segundo a qual os problemas fundamentais do direito administrativo não são essencialmente diferentes de um sistema a outro, e que é possível passar a fronteira que separa os direitos administrativos continentais dos direitos administrativos de *common law* sem modificar de universo, sem passar do sol à lua, do Yin ao Yang, do branco ao preto. Ele demonstra perfeitamente que é possível adotar uma abordagem, digamos, “a-nacional” – uma abordagem que esclarece muitas coisas, desde que se tenha o cuidado de se situar no solo de uma conceituação comum.

É preciso saudar, na sequência, a grande maturidade do autor. Num estudo sobre a adaptação do controle judicial às características da ação administrativa controlada, poderíamos naturalmente esperar que ele se fizesse advogado de um sistema no qual aos juízes se reconhece o direito de modular o seu controle judicial bastante livremente em função das circunstâncias. A sua posição é mais nuançada.

Ele admite que “há uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais”. No entanto, no que concerne aos modelos de intensidade que podem ser utilizados pelos tribunais, os sistemas simples – nos quais o controle é ou deferente ou não deferente, além de eventualmente extremamente deferente – são preferíveis, enquanto os outros tendem a flutuar e a demandar evoluções, como o demonstram os exemplos dos Estados Unidos e do Canadá.

Assim é porque, mesmo se as opções de intensidade do controle abertas aos juízes são limitadas, nada os impede de passar por vias sofisticadas – quanto ao procedimento seguido, quanto à consideração substancial da natureza da decisão controlada – para determinar qual das opções eles vão enfim adotar.

Estamos, portanto, particularmente felizes de acolher o livro de EDUARDO JORDÃO na coleção “Droit Administratif/Administrative Law” da editora Bruylant. Esperamos que a investigação que ele conduziu seja continuada, no seu conteúdo e no seu método, pelo autor e ao redor dele. As bases de uma grande reflexão internacional sobre o tema da intensidade do controle dos juízes administrativos estão postas. Como material para pesquisas futuras, há certamente uma reflexão sobre o que esta complexidade crescente da ação pública, que EDUARDO JORDÃO nos diz condicionar fortemente a evolução do controle judicial, outra sobre os efeitos concretamente produzidos, na ação pública, pelos diferentes modelos de intensidade de

controle judicial – as suas consequências, enfim, sobre os comportamentos administrativos.

JEAN-BERNARD AUBY

Professeur de droit public

Directeur de la Chaire

“Mutations de l’Action Publique et du Droit Public” (MADP)

13 rue de l’Université

75007 Paris

Tél.: +33 (0)1 45 49 76 31/32

Fax: +33 (0)1 45 49 76 30

Email: jeanbernard.auby@sciences-po.org

APRESENTAÇÃO

Logo no início da república brasileira, em 1894, uma norma expressiva (a Lei 221, que organizou a Justiça Federal) delimitaria com clareza a atuação do Judiciário no controle da Administração Pública. Aos juízes apenas caberia reparar a “lesão de direitos individuais” causadas por “decisão das autoridades administrativas”. Era uma função corretiva, de simples anulação de atos, em favor de indivíduos. E o que os juízes levariam em conta? As “razões jurídicas”, só elas, nunca o “merecimento”, de modo que as medidas do “poder discricionário” só se poderiam anular por “incompetência” ou “excesso de poder”.

O “merecimento”, o “discricionário”, eram o campo da política – dos legisladores e administradores – a salvo da interferência de juízes. A justificativa desse arranjo relativamente simples parecia bem clara: tratava-se de dividir competências entre os órgãos do Estado exclusivamente a partir das ideias clássicas de Separação dos Poderes, de lei e de Direito.

Só que, nos mais de 120 anos que se seguiriam, o controle judicial viria crescendo sempre, por razões inúmeras. O Judiciário pôs-se a cuidar da lesão a interesses coletivos ou difusos, além dos individuais. Não ficou restrito a anular atos: passou a suprir omissões, a substituir a Administração Pública, a mandá-la fazer isso e mais aquilo. E, bastante significativo, pôs-se a mexer com razões que iam muito além do Direito estrito: razões morais, políticas, religiosas, sociais, econômicas, técnicas, pragmáticas, circunstanciais – e, mesmo, puramente pessoais.

Isso iria propor aos estudiosos um desafio nada trivial: descobrir os critérios que, nesse novo contexto, têm se escondido por trás das opções judiciais de, em relação a assuntos administrativos, intervir ou não, e de intervir mais ou intervir menos. Que critérios influem na intensidade do controle judicial? Se a rígida dicotomia discricionário vs. vinculado não mais orienta

os juízes, se o “mérito administrativo” deixou de ser a barreira que os detém, o que estaria ocupando o seu lugar?

EDUARDO JORDÃO, hoje destacado professor da FGV Direito Rio, era, entre os administrativistas brasileiros da atualidade, um dos mais preparados para aceitar esse desafio, e, isso, tanto por suas qualidades intelectuais, como pela formação adquirida em centros jurídicos de reconhecida excelência. Um largo trabalho de pesquisa comparada (envolvendo Canadá, Estados Unidos, França e Itália), uma ponderada reflexão e um grande apuro no texto geraram este livro notável, que surge para fazer a diferença no debate e fazê-lo evoluir.

Um primeiro aspecto decisivo da contribuição de EDUARDO JORDÃO é este: mostrar que a Administração Pública contemporânea, extremamente complexa e variada, não é ser único, de características uniformes. Hoje, o administrativo é o direito *das administrações públicas*. Os controladores não pensam mais em termos unitários: variam sua intervenção de acordo com a específica Administração Pública envolvida. De modo que, nos diz JORDÃO, a intensidade do controle judicial quanto à substância das ações administrativas controladas se adapta tanto às características dessas ações como às entidades administrativas que delas se incumbem.

Outra contribuição relevante do livro está em questionar as soluções simplistas que tentam justificar a modulação do controle (ou, para usar um termo já disseminado: a “deferência” maior ou menor dos juízes ao que os administradores decidem). JORDÃO chama atenção para a pluralidade de formas e de graus atuando para determinar a intensidade do controle judicial e alerta contra os perigos de querer conter essa variedade por fórmulas como a genérica superioridade técnica das agências reguladoras.

O impacto que uma obra acadêmica desse nível deve gerar no direito administrativo brasileiro é o de, qualificando o debate sobre o controle judicial, opor-se à superficialidade e à retórica vazia com que muitas vezes se tem defendido ou combatido as intervenções judiciais. Estávamos precisando de mais este salto de qualidade, e a partir de agora vamos devê-lo a Eduardo Jordão.

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor Fundador da FGV DIREITO SP

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – *sbdp*

AGRADECIMENTOS

Esta obra foi escrita ao longo de seis anos, durante os quais estive em diversas instituições e cidades.¹ Esta circunstância me submeteu a experiências valiosas, além de me aproximar de pessoas queridas. Gostaria de mencionar algumas delas, como forma de gratidão.

Tudo começou com a aprovação para o Doutorado na Escola de Direito da *Sorbonne*. Pela confiança em me acolher nesta prestigiosa Casa, devo muito ao Professor Gérard Marcou. Lá, tive a sorte e a honra de conviver com Domingos Paiva, Thales Costa, Aline Bertolin, Camilla Duran, Tiago Cripa Alvim, Thomas Perroud e Bertrand-Léo Combrade. Ainda em Paris, foi fundamental para a minha formação a experiência como Assistente Jurídico em Direito Comparado no Conselho de Estado. No *Palais Royal*, sou muito grato a Laurène François, Nicolas Pillere, Émilie Barriol, Sophie-Justine Lieber, Edouard Geffray, Emmanuel Glaser, Mattias Guyomar, Frédéric Lenica, Damien Botteghi e Bernard Stirn.

Em Roma, fui muito bem acolhido pelo Professor Marco D'Alberty. Sua generosidade e sua gentileza tornaram tudo mais fácil. Para começar, colocou-me em contato com o Professor Angelo Lalli, que me abriu as portas da autoridade antitruste italiana. Lá realizei a maior parte da pesquisa relativa ao caso italiano. Mas D'Alberty também me apresentou aos seus alunos Alfredo Moliterni, Francisco Lobello e Sibilla Ottoni, que tornaram os meus dias na *Sapienza* muito mais agradáveis.

1. Este livro corresponde à versão em Português da tese de Doutorado do autor, intitulada *A Adaptação da Intensidade do Controle Judicial às Características da Ação Administrativa Controlada*. O trabalho foi realizado em cotutela nas Universidades de Paris (*Panthéon-Sorbonne*) e de Roma (*Sapienza*) e defendido no dia 7.11.2014, em Paris, tendo obtido da Banca Examinadora a nota máxima.

A Paris e Roma se seguiu New Haven, nos Estados Unidos. A experiência de um ano em Yale impactou fortemente a minha compreensão do Direito – e mesmo da vida. Experimentei da generosidade de professores como Susan Rose-Ackerman, George Priest, Jerry Mashaw e Donald Elliott. Mas também contei com o carinho e a ajuda dos amigos queridos Diego Werneck, Thomaz Pereira, Catarina Barbieri, Natasha Salinas, Mariana Pargendler, Camila Blanco, Adrian Künzler, Jocelyn Stacey e Miguel de Figueiredo.

O périplo acadêmico – e turístico, diriam alguns – foi finalizado na Alemanha. No Instituto Max Planck de Hamburgo, fui recebido com entusiasmo pelo Professor Jürgen Basedow e pelos colegas Ivens Hubert, Stergios Franstalis, João Martins e Eduardo Rulli. Heidelberg, por sua vez, me proporcionou principalmente a companhia de Mariana Hilgert, Pedro Adamy, Isaac Reis, Rafael Longhi, Tuane Formiga, Daniela Poli e Saskia Klatte, além da tranquilidade para escrever as últimas páginas desta longa história.

Este e todos os meus trabalhos acadêmicos foram também influenciados, lá na origem, pelos juristas brasileiros que mais incentivaram a minha carreira acadêmica. Refiro-me aos mestres e amigos Marçal Justen Filho, Paulo Modesto, Fredie Didier Jr. e Floriano de Azevedo Marques Neto. E menciono ainda, e finalmente, a gentil colaboração de meus amigos Fernando Leal e André Cyrino, na fase final de revisão.

Aos meus pais e a Tarcila, enfim, o agradecimento por compartilharem dos meus sonhos e me ajudarem a realizá-los.

SUMÁRIO

<i>Prefácio de Jean-Bernard Auby</i>	7
<i>Apresentação de Carlos Ari Sundfeld</i>	11
<i>Agradecimentos</i>	13

Introdução

1. O objeto do estudo, seus limites e sua justificativa	33
1.1 <i>A constatação: a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea</i>	34
1.2 <i>A dúvida: em que medida o Direito se adapta a esta complexidade administrativa?</i>	35
1.3 <i>O objeto do estudo: a adaptação da intensidade do controle judicial</i>	36
1.3.1 <i>O controle judicial substantivo</i>	37
1.3.2 <i>A ação administrativa objeto do controle</i>	37
1.3.3 <i>A intensidade do controle</i>	38
1.3.4 <i>A questão da adaptação da intensidade do controle</i>	40
2. A estrutura do trabalho: a divisão em três partes	41
2.1 <i>A Primeira Parte: a atenção às características da ação administrativa controlada</i>	43
2.2 <i>A Segunda Parte: os procedimentos para determinação da intensidade do controle judicial</i>	43
2.3 <i>A Terceira Parte: a escolha da intensidade do controle a partir dos modelos disponíveis</i>	44
3. O recurso ao Direito Comparado e as jurisdições escolhidas para análise	45
3.1 <i>Os critérios para escolha das jurisdições estudadas</i>	45
3.2 <i>As jurisdições escolhidas e sua justificativa</i>	46

3.3	<i>Os limites da comparação realizada</i>	47
4.	<i>A originalidade do trabalho e sua relação com outros estudos</i>	48
5.	<i>O uso do termo “deferência” judicial</i>	50

PRIMEIRA PARTE – OS CRITÉRIOS SUBSTANCIAIS	
PONDERADOS PARA A DETERMINAÇÃO	
DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL	51

Capítulo I – As Relações Tendenciais entre a Natureza da Decisão Administrativa e a Intensidade do seu Controle Judicial

Introdução	55
1. Controle judicial não deferente sobre decisões juridicamente sensíveis	58
1.1 <i>Um veículo de proteção a matérias juridicamente sensíveis</i> ...	58
1.1.1 <i>A proteção reforçada a prerrogativas individuais particularmente relevantes</i>	61
1.1.1.1 <i>A proporcionalidade de medidas restritivas de liberdades fundamentais</i>	61
1.1.1.2 <i>O controle vigoroso sobre sanções aos administrados</i>	64
1.1.1.2.1 <i>A influência da jurisprudência da CEDH sobre o Direito Francês</i>	65
1.1.1.2.2 <i>As sanções administrativas na jurisprudência italiana</i>	66
1.1.2 <i>A garantia de valores jurídicos objetivos</i>	68
1.1.2.1 <i>A delimitação de competências: a teoria da questão jurisdicional</i>	68
1.1.2.2 <i>A proteção de valores constitucionais: a teoria do fato constitucional</i>	69
1.2 <i>A afirmação de uma particular expertise jurídica</i>	70
1.2.1 <i>Expertise numa atividade: o caso da interpretação legislativa</i>	71
1.2.1.1 <i>A orientação francesa historicamente consistente</i>	71
1.2.1.1.1 <i>A interpretação abstrata de termos legislativos: o “erro de direito”</i>	72
1.2.1.1.2 <i>A aplicação da lei ao caso concreto: a “qualificação jurídica dos fatos”</i>	73
1.2.1.2 <i>A hesitação jurisprudencial italiana e a atual orientação não deferente</i>	76

1.2.2	<i>Expertise numa matéria: o exemplo dos direitos humanos no Canadá</i>	77
2.	<i>Controle judicial deferente sobre decisões de natureza política</i> ...	80
2.1	<i>A alocação do poder decisório para instituição democraticamente mais legítima</i>	85
2.1.1	<i>A ponderação de interesses públicos conflitantes</i>	91
2.1.1.1	A discricionariedade administrativa na Itália .	92
2.1.1.2	O conceito de policentrismo no Canadá	94
2.1.2	<i>A ponderação orçamentária e o controle da inação</i>	96
2.1.2.1	A presunção de indisponibilidade do controle da inação nos EUA	97
2.1.2.1.1	O estabelecimento da presunção no caso <i>Heckler versus Chaney</i>	97
2.1.2.1.2	As observações do Ministro Marshall: a alternativa do controle leniente	98
2.1.2.1.3	A eventual superação da presunção de indisponibilidade do controle	98
2.1.2.2	A “oportunidade da persecução” no direito disciplinar da França	99
2.1.2.2.1	O conteúdo do princípio da “oportunidade da persecução”	100
2.1.2.2.2	O princípio é aplicável apenas em relação a sanções administrativas	100
2.1.2.2.3	A primeira exceção: a inação recorrente e sistemática	100
2.1.2.2.4	A segunda exceção: as autoridades administrativas independentes	101
2.1.2.2.5	As razões do controle limitado: o caso <i>Rimmontheil de Lombares</i>	102
2.2	<i>A ampliação da accountability da administração pública</i>	104
2.2.1	<i>A deferência ressalta que a decisão administrativa constitui uma opção</i>	105
2.2.1.1	A ampliação da responsabilidade da autoridade administrativa	105
2.2.1.2	O deslocamento de poder no interior das autoridades administrativas	107
2.2.2	<i>O deslocamento do foco para o controle procedimental</i>	109
2.2.2.1	O reforço do dever de motivação	110
2.2.2.1.1	Da função garantista para a função legitimadora: o caso italiano	111
2.2.2.1.2	A integração do dever de motivação no controle substancial deferente	114

2.2.2.1.2.1	O novo modelo de controle de “razoabilidade” no Canadá	114
2.2.2.1.2.2	A importância da motivação no controle substancial americano	116
2.2.2.2	O reforço dos direitos de participação	117
2.2.2.2.1	O <i>notice-and-comment rulemaking</i> e o reforço de <i>Mead</i> nos EUA	118
2.2.2.2.2	A participação como filtro legitimador da administração na Itália	119
3.	<i>Controle judicial deferente sobre decisões tecnicamente complexas</i>	123
3.1	<i>A inadequação objetiva e subjetiva dos tribunais para a regulação econômica</i>	131
3.1.1	<i>Desafios inusuais: a natureza peculiar da regulação econômica</i>	131
3.1.1.1	A prospectividade frequente das decisões regulatórias	132
3.1.1.2	A multipolaridade das questões regulatórias ..	136
3.1.2	<i>A adaptação institucional reduzida dos tribunais para a regulação</i>	140
3.1.2.1	A expertise institucional inferior à do regulador	140
3.1.2.1.1	A influência do aparelhamento técnico, financeiro e de pessoal	141
3.1.2.1.2	A influência da experiência historicamente adquirida	145
3.1.2.2	A natureza formal de sua atuação	146
3.1.2.2.1	A iniciativa regulatória limitada	146
3.1.2.2.2	O acesso regrado às informações relevantes	148
3.1.2.2.3	O dinamismo reduzido	149
3.2	<i>O prejuízo à política regulatória da autoridade administrativa</i>	149
3.2.1	<i>Os riscos à coerência regulatória</i>	151
3.2.1.1	Decisões administrativas preliminares e intervenção judicial	151
3.2.1.1.1	O rigor na aplicação do direito antitruste ..	152
3.2.1.1.1.1	A análise dos efeitos anticompetitivos: os erros de tipo 1 e 2	152
3.2.1.1.1.2	A materialidade da conduta em questão: o limiar probatório	153
3.2.1.1.2	A filiação teórica a uma escola econômica ..	153

3.2.1.1.3	A relevância destas escolhas para a questão do controle judicial	154
3.2.1.2	A fragmentação da política regulatória	156
3.2.1.2.1	A fragmentação geográfica	157
3.2.1.2.2	A fragmentação substancial	157
3.2.2	<i>Os riscos à dinâmica regulatória</i>	158
3.2.2.1	A suspensão de medidas regulatórias em procedimentos liminares	159
3.2.2.2	A “ossificação” da ação administrativa em função do controle excessivo	161
4.	Conclusões	164

Capítulo II – Ressalvas ao Raciocínio das Relações Tendenciais entre a Natureza da Decisão e a Intensidade do Controle

Introdução	167
1. As dificuldades da identificação da “natureza da decisão controlada”	172
1.1 <i>A artificialidade da ideia de uma específica natureza de uma decisão administrativa</i>	173
1.1.1 <i>A multiplicidade de aspectos substanciais em cada decisão administrativa</i>	173
1.1.1.1 <i>O abandono de teorias formalistas fundadas na “sensibilidade jurídica”</i>	174
1.1.1.1.1 <i>A teoria do fato constitucional (e jurisdicional) nos Estados Unidos</i>	174
1.1.1.1.2 <i>A teoria da questão preliminar no Canadá</i> ..	177
1.1.1.2 <i>A desagregação de uma decisão administrativa em distintos elementos</i>	179
1.1.1.2.1 <i>A primeira manifestação judicial: o caso Retired Judges</i>	180
1.1.1.2.2 <i>Toronto (City) confirma Retired Judges</i>	181
1.1.1.2.3 <i>Council of Canadians with Disabilities: a desagregação superada?</i>	181
1.1.1.2.4 <i>Reflexões sobre a inconsistência jurisprudencial</i>	183
1.1.2 <i>O juízo sobre a medida de relevância de um aspecto</i> ...	184
1.1.2.1 <i>Na teoria: ainda as decisões preliminares no direito antitruste</i>	185
1.1.2.1.1 <i>Os efeitos anticompetitivos de uma conduta e os “erros de tipo 1 e 2”</i>	185
1.1.2.1.2 <i>O limiar probatório nas condenações da autoridade antitruste</i>	187

1.1.2.2	Na prática: exemplos de ponderações na jurisprudência francesa	187
1.1.2.2.1	A prevalência do aspecto jurídico	188
1.1.2.2.2	A preterição do aspecto jurídico	190
1.2	<i>Natureza de decisões ou atividades? O caso das interpretações legislativas</i>	193
1.2.1	<i>A atenção à natureza do específico termo legislativo interpretado</i>	194
1.2.1.1	Canadá: os termos jurídicos “genéricos” e “específicos”	194
1.2.1.1.1	As questões jurídicas genéricas e o caso <i>Bibeault</i>	195
1.2.1.1.2	As questões jurídicas específicas e o caso <i>Pezim</i>	196
1.2.1.1.3	Reflexões sobre o caso canadense	197
1.2.1.2	EUA: a doutrina <i>Chevron</i> e as suas exceções	199
1.2.1.2.1	A célebre decisão de <i>Chevron</i> e sua orientação deferencial	199
1.2.1.2.2	O caso <i>Mead</i> e a “Fase Zero” do teste de <i>Chevron</i>	206
1.2.1.2.3	Questões juridicamente sensíveis e a maior intervenção judicial	207
1.2.1.2.4	A superada polêmica das “puras interpretações legislativas”	209
1.2.1.2.5	Conclusão sobre o caso americano	211
1.2.2	<i>O caso italiano: a hesitação jurisprudencial e a atual orientação não deferente</i>	212
1.2.2.1	A concepção tradicional: a binariedade vinculação <i>versus</i> discricionariedade	213
1.2.2.2	O primeiro momento contestador: a “discricionariedade técnica”	213
1.2.2.3	O segundo momento contestador: as “avaliações técnicas complexas”	216
1.2.2.3.1	O caso <i>Formambiente</i> e o controle judicial “fraco”	217
1.2.2.3.2	Os conceitos jurídicos indeterminados e os aspectos institucionais	219
1.2.2.3.3	O caso <i>Enel/Infostrada</i> e a ideia de “pressuposto de fato” da norma	221
1.2.2.4	A retomada da orientação tradicional a partir de 2004	222

2. Razões da aplicação de controle diverso do apontado na relação tendencial	227
2.1 <i>A consagração de finalidades diversas daquelas consagradas nas relações tendenciais</i>	227
2.1.1 <i>A hipótese intuitiva: a garantia da lisura de decisões políticas e técnicas</i>	229
2.1.1.1 A especialização do regulador como fator de risco à lisura administrativa	229
2.1.1.1.1 A especialização e o viés subjetivo	230
2.1.1.1.2 A especialização e o viés objetivo (o <i>tunnel view</i>)	234
2.1.1.2 O risco de violação a direitos na ponderação de interesses públicos	237
2.1.1.2.1 O <i>contrôle du bilan</i> nas declarações de utilidade pública para desapropriações	237
2.1.2 <i>A hipótese contraintuitiva: legitimidade e eficiência através dos tribunais</i>	241
2.1.2.1 Legitimidade através do reforço da transparência e da <i>accountability</i>	241
2.1.2.1.1 Independência institucional e baixa responsividade	242
2.1.2.1.2 Complexidade técnica e pouca <i>transparência</i>	244
2.1.2.2 A intensificação do controle para uma maior eficiência administrativa	245
2.1.2.2.1 O frágil argumento da “correção de erros” .	245
2.1.2.2.2 O aumento da eficiência regulatória por via indireta	246
2.2 <i>As características específicas das instituições envolvidas no caso concreto</i>	249
2.2.1 <i>A necessária atenção às características concretas das instituições comparadas</i>	249
2.2.1.1 A especialização de autoridades administrativas em matérias jurídicas	250
2.2.1.1.1 Os fundamentos da criação da CNIL na França	250
2.2.1.1.2 As autoridades especializadas em direitos humanos no Canadá	250
2.2.1.2 A natureza “comparada” e “concreta” da análise institucional devida	252
2.2.1.2.1 A análise institucional “comparada”	252
2.2.1.2.2 A análise institucional “concreta”	253

2.2.2	<i>As reformas institucionais para facilitar o controle judicial da regulação</i>	254
2.2.2.1	As inovações judiciais para o controle da regulação	255
2.2.2.1.1	A agilização do controle judicial da regulação econômica	255
2.2.2.1.1.1	A criação de ritos judiciais diferenciados ..	256
2.2.2.1.1.2	A previsão de saltos de graus jurisdicionais	257
2.2.2.1.1.3	Os provimentos judiciais de urgência	258
2.2.2.1.2	A adaptação substancial do controle às peculiaridades da regulação	258
2.2.2.1.2.1	Ainda o salto jurisdicional: outras consequências	258
2.2.2.1.2.2	A adaptação da substância do controle	259
2.2.2.1.3	O aparelhamento dos tribunais para enfrentar questões complexas	262
2.2.2.1.3.1	A especialização judiciária	262
2.2.2.1.3.2	A previsão de recurso ao perito do juízo ..	264
2.2.2.2	Levando as reformas a sério: a análise de seus méritos	265
2.2.2.2.1	Ainda a importância da análise comparativa e “específica”	265
2.2.2.2.2	O preço da agilização do controle judicial ..	265
2.2.2.2.3	Vantagens e desvantagens da especialização judiciária	267
2.2.2.2.4	Os limites do aparelhamento técnico judiciário	269
3.	Conclusões	273
	<i>Capítulo III – Conclusões da Primeira Parte</i>	276

SEGUNDA PARTE – OS PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA A DETERMINAÇÃO CONCRETA DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL		281

<i>Capítulo I – O Dilema entre Precisão e Operacionalidade no Procedimento de Determinação da Intensidade do Controle Judicial</i>	
Introdução	285
1. A simplicidade ilusória da determinação da intensidade via categorias formais	288

1.1	<i>A “questão preliminar” no Direito Canadense</i>	290
1.2	<i>A “ambiguidade legislativa” no regime de Chevron nos EUA</i>	290
1.3	<i>“Espécies” de discricionariedades e avaliações técnicas complexas na Itália</i>	292
1.4	<i>Simplicidade enganosa: o mundo real da obediência às estruturas simples</i>	297
1.4.1	<i>O caso italiano: como enquadrar decisões técnicas opináveis?</i>	298
1.4.1.1	<i>A “discricionariedade técnica” e a evolução relativa ao seu controle</i>	299
1.4.1.2	<i>Reflexões sobre as causas do revirement: o recurso à perícia</i>	302
1.4.2	<i>O caso americano: a peculiar compreensão da “ambiguidade”</i>	304
1.4.2.1	<i>O complexo procedimento para identificação de ambiguidades</i>	306
1.4.2.2	<i>Cânones substanciais e critérios adicionais ao teste de Chevron</i>	307
1.5	<i>Simplicidade insustentável: reformas e abandono das estruturas simples</i>	314
1.5.1	<i>A adaptação da estrutura simples: o caso da Itália</i>	315
1.5.1.1	<i>A introdução da noção de “avaliações técnicas complexas”</i>	316
1.5.1.2	<i>De uma estrutura binária para uma estrutura trinária</i>	318
1.5.2	<i>O abandono da estrutura simples</i>	321
1.5.2.1	<i>O abandono múltiplo das estruturas binárias no Canadá</i>	321
1.5.2.1.1	<i>Domínio interpretativo: de “questão jurisdicional” a enfoque complexo</i>	322
1.5.2.1.2	<i>Domínio não interpretativo: a relevância da discricionariedade</i>	325
1.5.2.1.3	<i>A queda da macroestrutura e a difusão da contextualização</i>	330
1.5.2.2	<i>O caso Mead e a evolução da doutrina Chevron nos Estados Unidos</i>	330
1.5.2.2.1	<i>A (re)leitura de Chevron nos casos Christensen e Mead</i>	333
1.5.2.2.2	<i>A fase preliminar contextualizada (Chevron Step Zero)</i>	335
1.5.2.2.3	<i>Da simplicidade formalista à complexidade contextualizada</i>	336

1.5.2.2.4	A explícita opção da Suprema Corte pela complexidade	338
2.	<i>A complexa sofisticação dos procedimentos contextualizados</i>	340
2.1	<i>O teste pragmático e funcional da jurisprudência canadense</i>	340
2.2	<i>A análise multifásica dos rapporteurs publics no Direito Francês</i>	341
2.3	<i>O teste contextualizado americano nos períodos pré-Chevron e pós-Mead</i>	341
2.4	<i>A busca americana pela sofisticação: de Chevron a Mead</i>	343
2.4.1	<i>A explícita opção pela complexidade no caso Mead</i>	343
2.4.1.1	<i>A posição crítica do Ministro Scalia: complexidade excessiva</i>	344
2.4.1.2	<i>A resposta da maioria: tailoring deference to variety</i>	346
2.4.2	<i>O período pós-Mead: a confirmação das preocupações de Scalia</i>	348
2.4.2.1	<i>Os esforços frustrados da Suprema Corte para esclarecer Mead</i>	348
2.4.2.2	<i>A confusão na jurisprudência das cortes inferiores pós-Mead</i>	350
2.5	<i>A evolução canadense em direção à redução da complexidade</i>	353
2.5.1	<i>O “teste pragmático e funcional” e a motivação da sua reforma</i>	353
2.5.1.1	<i>As quatro fases fixas do teste pragmático e funcional</i>	354
2.5.1.1.1	<i>Passo 1: disposições legislativas específicas</i>	354
2.5.1.1.2	<i>Passo 2: o propósito da legislação e da disposição específica</i>	355
2.5.1.1.3	<i>Passo 3: a expertise comparada da autoridade administrativa</i>	357
2.5.1.1.4	<i>Passo 4: a natureza da questão</i>	359
2.5.1.2	<i>O caso Dunsmuir: o anúncio da reforma simplificadora</i>	361
2.5.2	<i>Os aspectos da reforma para redução da complexidade</i>	363
2.5.2.1	<i>A simplificação promovida: a fase preliminar e o abandono do iter fixo</i>	364
2.5.2.2	<i>A simplificação frustrada: as propostas recusadas pela maioria</i>	366
3.	<i>Conclusão</i>	375

Capítulo II – A Questão da Legitimidade da Escolha da Intensidade do Controle Judicial

<i>Introdução</i>	378
<i>1. A legitimação mediante recurso à “intenção do legislador”</i>	383
<i>1.1 Disposições relativas ao controle judicial e seus mecanismos</i>	384
<i>1.1.1 O emblemático caso da Itália</i>	384
<i>1.1.1.1 As inovações legislativas que favoreceram o controle judicial</i>	385
<i>1.1.1.1.1 O aparelhamento progressivo da jurisdição administrativa</i>	385
<i>1.1.1.1.2 A ampliação do enquadramento jurídico substancial da administração</i>	388
<i>1.1.1.2 A influência do aporte legislativo no recrudescer do controle judicial</i>	389
<i>1.1.1.2.1 A efetividade da tutela jurisdicional como o objetivo das reformas</i>	390
<i>1.1.1.2.2 Efeitos na intensidade do controle: a “discricionariedade técnica”</i>	391
<i>1.1.1.2.3 Efeitos no acesso ao controle: a evolução relativa à legitimação ativa</i>	392
<i>1.1.2 O exemplo menos claro da França</i>	393
<i>1.1.2.1 O aparelhamento progressivo dos tribunais operado pelo legislador</i>	394
<i>1.1.2.2 Os efeitos incertos das reformas na intensidade do controle judicial</i>	396
<i>1.2 Disposições relativas à decisão ou à autoridade controlada</i> ..	399
<i>1.2.1 A relevância da intentio legis no discurso dos tribunais</i> ..	399
<i>1.2.1.1 O teste contextualizado canadense para identificação da intentio legis</i>	400
<i>1.2.1.2 A intentio legis sobre disponibilidade e intensidade do controle nos EUA</i>	402
<i>1.2.1.2.1 A disponibilidade do controle judicial</i>	402
<i>1.2.1.2.1.1 A indisponibilidade do controle por disposição legislativa expressa</i>	403
<i>1.2.1.2.1.2 A indisponibilidade do controle por intentio legis implícita</i>	404
<i>1.2.1.2.2 A intensidade do controle judicial sobre interpretações legislativas</i>	406
<i>1.2.1.2.2.1 O período pré-Chevron (antes de 1984)</i> ...	406
<i>1.2.1.2.2.2 O período entre Chevron e Mead (entre 1984 e 2001)</i>	407

1.2.1.2.2.3	O período pós-Mead (a partir de 2001)	408
1.2.2	<i>O mundo real da determinação da intensidade do controle judicial</i>	409
1.2.2.1	A clara improcedência do discurso oficial de identificação da <i>intentio legis</i>	409
1.2.2.1.1	EUA: a inaptidão dos fatores sopesados para traduzir a <i>intentio legis</i>	409
1.2.2.1.1.1	A disponibilidade do controle judicial	410
1.2.2.1.1.2	A intensidade do controle sobre interpretações legislativas	410
1.2.2.1.1.2.1	O período pré-Chevron (até 1984)	410
1.2.2.1.1.2.2	O período entre Chevron e Mead (entre 1984 e 2001)	412
1.2.2.1.1.2.3	O período pós-Mead (a partir de 2001) ..	414
1.2.2.1.2	Canadá: a total incoerência entre prática e discurso	415
1.2.2.1.2.1	A desconsideração de determinações legislativas explícitas	415
1.2.2.1.2.2	O manifesto do Ministro Rothstein no caso <i>Khosa</i>	418
1.2.2.2	A reflexão sobre as razões que levam ao uso desta retórica	421
1.2.2.2.1	O objetivo do teste contextualizado: um controle judicial “sob medida”	421
1.2.2.2.2	A sensibilidade da decisão judicial autônoma neste sentido	424
2.	<i>A legitimação através do processo de escolha da intensidade</i>	425
2.1	<i>A legitimação através do processo no uso de categorias formais</i>	426
2.1.1	<i>A “objetivização” do procedimento como fator de sua legitimação</i>	426
2.1.1.1	A teoria da questão preliminar no Direito Canadense	427
2.1.1.2	A simplificação da doutrina Chevron nos Estados Unidos	428
2.1.2	<i>Limites do método de legitimação através do uso de categorias formais</i>	429
2.1.2.1	Limite teórico: a questão da legitimidade da criação das categorias formais	429
2.1.2.2	Limite prático: a ineficiência dos esforços de redução da autonomia judicial	431

2.1.2.2.1	A deturpação do conceito de questão preliminar no Canadá	431
2.1.2.2.2	A curiosa compreensão da “ambiguidade” nos Estados Unidos	433
2.1.2.2.2.1	A polêmica análise da “história legislativa”	436
2.1.2.2.2.2	Os cânones de interpretação: multiplicidade e indeterminação	439
2.1.2.2.2.3	Reflexões sobre o caso americano	442
2.2	<i>A legitimação através da estruturação da motivação dos tribunais</i>	445
2.2.1	<i>A raridade da estruturação argumentativa polifásica no teste contextualizado</i>	446
2.2.1.1	A opção temporária canadense pelos fatores fixos	448
2.2.1.2	A opção majoritária pelos fatores variáveis ...	450
2.2.1.2.1	O abandono dos fatores fixos no Canadá ...	451
2.2.1.2.2	EUA: a inexistência de fatores fixos nos testes pré-Chevron e pós-Mead	451
2.2.1.2.3	França: a opção historicamente consistente pela livre ponderação	454
2.2.2	<i>A conveniência de regras claras sobre a interação entre fatores</i>	459
2.2.2.1	As múltiplas possibilidades de disciplina do conflito entre fatores	461
2.2.2.2	O relato decepcionante do caso canadense ...	463
3.	Conclusão	467
	<i>Capítulo III – Conclusões da Segunda Parte</i>	471

TERCEIRA PARTE – A INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL CONSIDERADA EM SI MESMA	475

Capítulo I – A Quantidade de Modelos de Controle Judicial

Introdução	477
1. A natureza do sistema: modelos fixos ou espectro de intensidades?	480
1.1 <i>Da menção ao espectro à clara opção pelos modelos fixos: o exemplo canadense</i>	480
1.1.1 <i>O período de complexização crescente</i>	481

1.1.1.1	O modelo de irrazoabilidade manifesta e a menção ao “espectro de modelos”	481
1.1.1.2	O modelo intermediário de razoabilidade e a dúvida sobre sua natureza	484
1.1.2	<i>A retração rumo à simplicidade</i>	485
1.1.2.1	O caso <i>Ryan</i> e a fuga da complexidade excessiva	485
1.1.2.2	A fusão dos modelos de razoabilidade e retomada da binariedade	487
1.2	<i>Em direção ao complexo: a (incerta) opção americana pelo espectro de modelos</i>	490
1.2.1	<i>O conteúdo e a relação das doutrinas Skidmore e Chevron</i>	490
1.2.1.1	A apresentação das duas doutrinas deferenciais	490
1.2.1.1.1	O enfoque contextualizado da doutrina <i>Skidmore</i>	490
1.2.1.1.2	O foco nas ambiguidades e as binariedades da doutrina <i>Chevron</i>	491
1.2.1.2	A relação entre as doutrinas <i>Skidmore</i> e <i>Chevron</i>	492
1.2.2	<i>A medida da complexidade instaurada por Mead</i>	492
1.2.2.1	<i>Mead</i> aos olhos da maioria e do Ministro Scalia	492
1.2.2.1.1	<i>Mead doctrine</i> = <i>Chevron</i> + <i>Skidmore</i>	493
1.2.2.1.2	A crítica à ressurreição de <i>Skidmore</i> e a resposta da maioria	494
1.2.2.2	Decodificando <i>Mead</i> : as possíveis leituras	495
1.2.2.2.1	A consagração de um espectro de modelos de controle	496
1.2.2.2.2	A consagração de um sistema trinário	499
1.2.2.2.3	A consagração de um (novo) sistema binário	500
2.	<i>Quantidade de modelos fixos: um é pouco, dois é bom, três é demais?</i>	504
2.1	<i>Ambições frustradas de adaptabilidade: os sistemas trinários</i>	505
2.1.1	<i>A (criticada) resistência do sistema trinário: o caso americano</i>	505
2.1.1.1	A incidência e os conteúdos dos modelos: o caso <i>Overton Park</i>	506
2.1.1.1.1	O controle de novo (<i>de novo review</i>)	507
2.1.1.1.2	O controle de evidências substanciais (<i>substantial evidence review</i>)	507

2.1.1.1.3	O controle de arbitrariedade (<i>arbitrary and capricious review</i>)	509
2.1.1.2	A semelhança entre os modelos deferenciais de controle	511
2.1.1.2.1	A distinção teórica e a prática contraditória	511
2.1.1.2.2	As manifestações judiciais e doutrinárias contrárias à distinção	517
2.1.1.2.3	A eventual fusão adicional com o <i>Step Two de Chevron</i>	518
2.1.2	<i>Derrocada e reforma do sistema trinário: o caso canadense</i>	521
2.1.2.1	A frustrada tentativa de distinção dos três modelos de controle	521
2.1.2.1.1	A tentativa de distinguir os três modelos	521
2.1.2.1.1.1	O modelo de correção (<i>correctness</i>)	521
2.1.2.1.1.2	O modelo de irrazoabilidade manifesta (<i>patent unreasonableness</i>)	524
2.1.2.1.1.3	O modelo de razoabilidade simples (<i>reasonableness simpliciter</i>)	526
2.1.2.1.2	As críticas à insustentabilidade das distinções	527
2.1.2.1.2.1	A fragilidade do critério da <i>magnitude</i> do defeito	528
2.1.2.1.2.2	A fragilidade do critério da <i>obviedade</i> do defeito	529
2.1.2.1.2.3	A profecia do Ministro LeBel sobre a proximidade da reforma	532
2.1.2.2	O abandono do sistema trinário com a fusão dos modelos de razoabilidade	533
2.1.2.2.1	Um primeiro e hesitante passo: a “razoabilidade demonstrável”	533
2.1.2.2.2	O caso <i>Dunsmuir</i> e a fusão dos modelos deferenciais de controle	534
2.2	<i>Os sistemas binários: simplicidade e estabilidade</i>	536
2.2.1	<i>A estabilidade histórica da binariedade: os casos de França e Itália</i>	537
2.2.1.1	A binariedade clássica no Direito Italiano	537
2.2.1.2	A binariedade controversa no Direito Francês	540
2.2.1.2.1	A controvérsia relativa ao número de modelos	540
2.2.1.2.2	A orientação adotada: a inexistência de um “controle máximo”	543
2.2.1.2.3	A estabilidade da binariedade	545

2.2.2	<i>Os casos de reforma da binariedade por antecipação de problemas</i>	546
2.2.2.1	A reforma americana no domínio das interpretações legislativas	546
2.2.2.1.1	A binariedade incerta entre <i>Chevron</i> e <i>Mead</i>	546
2.2.2.1.2	As razões da reforma: independência da binariedade do sistema	547
2.2.2.2	O abandono e a retomada da binariedade no Direito Canadense	548
2.2.2.2.1	A peculiar binariedade canadense pré- <i>Southern</i>	548
2.2.2.2.2	A reforma do sistema e a curta passagem trinária	549
2.2.2.2.3	O retorno à binariedade com a reforma de <i>Dunsmuir</i>	549
3.	Conclusões	552

Capítulo II – A Deferência Dissecada

	Introdução	554
1.	A prática da deferência: a eficácia das doutrinas deferenciais	557
1.1	<i>A incerta adesão dos magistrados aos comandos deferenciais</i>	557
1.1.1	<i>A influência dos juízos de correção nos juízos de razoabilidade</i>	560
1.1.1.1	A polêmica tese do Ministro Sotomayor no caso <i>Paccar</i> da Suprema Corte canadense	560
1.1.1.2	A complexidade dos juízos de razoabilidade e a alternativa procedimental	563
1.1.2	<i>A influência da ideologia sobre os juízos de razoabilidade</i>	566
1.1.2.1	A ideologia na Suprema Corte americana: o estudo recente de Eskridge e Baer	567
1.1.2.2	Outros estudos sobre o impacto ideológico nas doutrinas deferenciais	569
1.2	<i>As propostas de reforma para ampliar a eficácia da doutrina Chevron</i>	573
1.2.1	<i>A proposta de Adrian Vermeule: Chevron como regra de votação</i>	574
1.2.1.1	As supostas vantagens da proposta de reforma	575
1.2.1.2	Uma avaliação crítica: méritos e deméritos da proposta	577

1.2.2	<i>Uma releitura realista dos méritos da doutrina Chevron</i>	580
1.2.2.1	O efeito dissuasório não captado pelos estudos empíricos	580
1.2.2.2	O real objetivo de <i>Chevron</i> e a reavaliação de sua eficácia	583
1.2.2.2.1	A real medida da influência da ideologia pessoal em juízos de razoabilidade	584
1.2.2.2.2	A consagração de um pendor deferencial geral, a despeito de vieses ideológicos	584
2.	<i>A dinâmica da deferência: criação e evolução dos modelos deferentes</i>	591
2.1	<i>As circunstâncias históricas da criação dos modelos deferentes</i>	592
2.1.1	<i>A hipótese intuitiva: o modelo deferente como veículo de retração judicial</i>	592
2.1.1.1	A ilustração perfeita do Direito Canadense	592
2.1.1.2	As ilustrações menos claras dos Direitos Americano e Italiano	597
2.1.1.2.1	O Direito Americano e a doutrina <i>Chevron</i>	597
2.1.1.2.2	O “controle fraco” para as avaliações técnicas complexas na Itália	599
2.1.2	<i>A hipótese contraintuitiva: o modelo deferente para ampliação da intervenção</i>	602
2.1.2.1	A criação do modelo de controle restrito em 1961 na França	603
2.2	<i>A evolução histórica do modelo de controle deferente</i>	605
2.2.1	<i>A hipótese de disseminação do modelo deferente</i>	606
2.2.1.1	A clara ilustração do Direito Canadense: o ocaso do modelo de correção	606
2.2.1.2	A ilustração menos clara do Direito Americano: o movimento pendular	609
2.2.2	<i>A hipótese de declínio ou abandono do modelo deferente</i>	610
2.2.2.1	O abandono total do controle fraco no Direito Italiano	610
2.2.2.2	O modelo de controle restrito francês como um “ritual de passagem”	612
3.	<i>A explicação da deferência: hipóteses para as diferentes orientações nacionais</i>	617
3.1	<i>A jurisdição administrativa como razão da postura não deferencial</i>	620

3.1.1	<i>A teórica eliminação de obstáculos ao controle não deferente</i>	621
3.1.1.1	O suposto empecilho decorrente da separação dos Poderes	622
3.1.1.1.1	A real dimensão do obstáculo da separação dos Poderes	622
3.1.1.1.2	A eliminação do obstáculo através da jurisdição administrativa	623
3.1.1.2	A redução do problema da complexidade das decisões controladas	624
3.1.2	<i>A duvidosa influência destas circunstâncias na prática</i>	626
3.1.2.1	A persistência do problema da complexidade das decisões controladas	626
3.1.2.2	A aplicação de controle não deferente também pela jurisdição ordinária	629
3.2	<i>O pendor deferencial como produto da propagação do realismo jurídico</i>	632
3.2.1	<i>Traços de realismo jurídico no viés deferencial das jurisdições estudadas</i>	633
3.2.1.1	A importância explícita do realismo no caso canadense	634
3.2.1.2	A relevância do pensamento realista na evolução jurisprudencial americana	636
3.2.2	<i>A menor relevância do realismo jurídico na França e na Itália</i>	640
3.2.2.1	Exemplos do desprestígio do realismo nos Direitos Francês e Italiano	640
3.2.2.2	As consequências para a jurisprudência relativa ao controle judicial	641
4.	Conclusões	644
	<i>Capítulo III – Conclusões da Terceira Parte</i>	649
	Conclusões Gerais	653
	Referências Bibliográficas	667

INTRODUÇÃO

1. O objeto do estudo, seus limites e sua justificativa: 1.1 A constatação: a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea – 1.2 A dúvida: em que medida o Direito se adapta a esta complexidade administrativa? – 1.3 O objeto do estudo: a adaptação da intensidade do controle judicial: 1.3.1 O controle judicial substantivo – 1.3.2 A ação administrativa objeto do controle – 1.3.3 A intensidade do controle – 1.3.4 A questão da adaptação da intensidade do controle. 2. A estrutura do trabalho: a divisão em três partes: 2.1 A Primeira Parte: a atenção às características da ação administrativa controlada – 2.2 A Segunda Parte: os procedimentos para determinação da intensidade do controle judicial – 2.3 A Terceira Parte: a escolha da intensidade do controle a partir dos modelos disponíveis. 3. O recurso ao Direito Comparado e as jurisdições escolhidas para análise: 3.1 Os critérios para escolha das jurisdições estudadas – 3.2 As jurisdições escolhidas e sua justificativa – 3.3 Os limites da comparação realizada. 4. A originalidade do trabalho e sua relação com outros estudos. 5. O uso do termo “deferência” judicial.

1. O objeto do estudo, seus limites e sua justificativa

O objeto deste estudo é a adaptação da intensidade do controle judicial às características da ação administrativa controlada. O exame é feito à luz da experiência de quatro jurisdições: Canadá, Estados Unidos, França e Itália.

A origem do interesse científico reside na constatação de uma progressiva complexização material e institucional da administração pública (item 1.1¹) e na dúvida a propósito da adaptação do direito administrativo a esta circunstância (item 1.2). Este trabalho investigou esta questão da adaptação do direito administrativo no que concerne a um ponto bastante específico: a intensidade do controle judicial da administração pública (item 1.3). Eis a

1. Os itens citados, quando não ressalvado, pertencem ao capítulo em curso.

questão-chave: *como adaptar a intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública contemporânea.*

Neste particular, tem sido defendido em diversos fóruns que a adaptação do Direito à complexidade administrativa exigiria que se consagrasse uma solução específica: um controle judicial limitado, pouco intenso (*deferente*). Esta solução seria supostamente mais adequada às circunstâncias fáticas do que quaisquer alternativas. Em contraste com esta ideia, a tese aqui defendida é a seguinte: *há uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais.*

1.1 A constatação: a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea

O ponto de partida é, portanto, a constatação do estágio de avançada complexidade que caracteriza a administração pública contemporânea. Nos Países de tradição jurídica de direito administrativo esta complexização se acentuou nas últimas três décadas, paralelamente à afirmação do novo modelo de “Estado Regulador”. Nos Países de *Common Law* ela é bastante mais antiga. Remonta ao período posterior à crise econômica de 1929 e o consequente recrudescimento da intervenção estatal nos âmbitos social e econômico, com o nascimento do chamado “Estado Administrativo”. Em ambos os casos o processo resultou em significativas alterações nas *funções* (perspectiva material) e na *estrutura* (perspectiva institucional) da administração pública.

Sob uma perspectiva material, as ações administrativas envolvem conteúdo progressivamente complexo. A necessidade de soluções expeditas e especializadas produz a transferência de competências antes atribuídas ao legislador para autoridades administrativas. Estas delegações aumentam a responsabilidade da administração, que passa a decidir cotidianamente questões altamente relevantes, com implicações jurídicas, políticas e técnicas bastante significativas. A administração pública assume, assim, novas e relevantes funções.

Sob uma perspectiva institucional, a administração pública avança em direção à pluralidade de centros decisórios. A mudança é visível principalmente nos Países de tradição de direito administrativo, que se afastam da tradição centralizadora e hierarquizada típica do modelo weberiano.²

2. Sobre a aproximação evolutiva dos sistemas jurídicos de *Common Law* e direito administrativo, v. Marco D’Alberty, *Diritto Amministrativo Comparato*:

A ilustração mais evidente advém da proliferação das chamadas autoridades administrativas independentes. Estas autoridades não apenas se destacam da administração central, como se revestem, cada uma delas, de características específicas e peculiaridades próprias. Na literatura passa-se a falar em *administrações públicas* (no plural), de modo a sublinhar a riqueza institucional do novo aparato administrativo e a multiplicidade de características de cada um de seus componentes.

A combinação dos dois aspectos acima é particularmente relevante. Para tratar de temas progressivamente complexos, o legislador passa a desenhar cuidadosamente autoridades administrativas especializadas. Assim, por exemplo, no caso de temas regulatórios, em que sobreleva a especificidade técnica, a lei costuma atribuí-los a entidades compostas por membros detentores de proficiência técnica, pessoal de apoio adequado e meios financeiros suficientes para enfrentá-los. Dito de outro modo: sabedor da importância e da complexidade destas questões, o legislador preocupa-se em alocá-las a instituições bem adaptada para decidí-las.

1.2 *A dívida: em que medida o Direito se adapta a esta complexidade administrativa?*

O acréscimo de complexidade material e institucional na nova administração pública gera a curiosidade científica a respeito da medida da complexização paralela do direito administrativo, para se ajustar ou adequar a esta nova realidade. É evidente que o Direito operará sempre em grau de complexidade inferior ao da realidade que busca regular e sobre a qual irá incidir, até mesmo para que seja praticável. No entanto, a ampliação da complexidade do objeto pode gerar circunstâncias fáticas *acentuadamente* relevantes, de modo a produzir uma necessidade de adaptação jurídica. Daí a questão: de que forma e em que medida está o direito administrativo adaptado à nova administração pública?

Numa aproximação mais teórica e genérica, é perceptível a emergência de preocupações novas na doutrina do direito administrativo em Países de tradição de direito administrativo. De um foco preponderante em questões ligadas à *lisura* do agir administrativo, passa-se a dar progressiva atenção a aspectos relativos à *eficiência* e à *legitimidade* da atividade administrativa. Este ajuste de foco parece acompanhar (tardiamente) as alterações nas feições do próprio Estado, que se deslocara do protótipo liberal em direção ao ideal democrático de bem-estar social. O direito administrativo vai, então,

Trasformazioni dei Sistemi Amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna, Il Mulino, 1992.

perdendo seus traços absenteístas originais, geradores de uma preocupação centrada na liberdade dos cidadãos em relação à intervenção ou ao poderio estatal (a mera “proteção do cidadão contra a administração”). Ao mesmo passo, incorpora aspectos fundamentais a uma realidade pública democrática e de bem-estar social.³ Assim, não é mais suficiente que a administração atue sem violar a ordem jurídica e os direitos dos cidadãos. É também necessário que suas prestações se façam de forma expedita, adequada e econômica, sem despender de forma desproporcional os recursos escassos da sociedade (eis a busca pela *eficiência*). Além disso, as autoridades administrativas devem agir de forma transparente, sendo responsáveis pelas suas escolhas substantivas, as quais devem refletir os anseios da sociedade (eis a busca pela *legitimidade*).

Concretamente, no entanto, como os instrumentos e mecanismos específicos do direito administrativo estão adaptados à nova estrutura institucional, às novas funções e à nova lógica da administração pública contemporânea?

1.3 *O objeto do estudo: a adaptação da intensidade do controle judicial substantivo às características da decisão administrativa controlada*

Este estudo preocupa-se especificamente com o impacto que a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea exerce sobre a determinação da intensidade do controle judicial do conteúdo de suas ações. Examina-se a *adaptação da intensidade do controle judicial substancial às características das ações administrativas controladas e das entidades que as promoveram*. É imprescindível esclarecer o sentido que

3. Em sentido semelhante, v. Sabino Cassese: “In conclusione, nella legislazione amministrativa convivono, oggi, le due tradizioni del diritto amministrativo, quella del periodo iniziale e quella della maturità, di cui si è parlato. Da un lato, un diritto amministrativo mosso dalla sfiducia nel Potere Pubblico e ordinato allo scopo di controllarlo. Di conseguenza, l'enfasi è sul giudice amministrativo e sui controlli (...). Qui è presente la componente liberale del diritto amministrativo. Dall'altro lato, un diritto amministrativo spinto dal bisogno che la società ha delle amministrazioni pubbliche e ordinato allo scopo di assicurare che esse erogino servizi ai cittadini. Di conseguenza, il centro di gravità non è nei giudici e nei controlli, ma nella legislazione, nelle regolazioni amministrative e nell'efficienza della macchina amministrativa. (...) Il diritto amministrativo – in questo senso – non è bipartito, bensì multipolare, concorrendo in esso un largo numero di interessi privati e di amministrazioni pubbliche, non necessariamente disposti nella opposizione pubblico-privato. Qui è presente la componente democraticosociale del diritto amministrativo” (*Le Basi del Diritto Amministrativo*, 6ª ed., Milano, Garzanti, 2000, p. 86).

estas expressões tomam no trabalho, para que o objeto do estudo reste delimitado de forma precisa.

1.3.1 *O controle judicial substantivo*

“Controle” é a atividade de verificação de *conformidade* de algo (a coisa controlada) a um parâmetro específico. No caso do controle judicial da administração pública, a coisa controlada corresponde a uma *ação* de uma autoridade administrativa. O parâmetro específico do controle judicial é o Direito. E o responsável pelo controle é um juiz (atuando monocraticamente) ou um grupo de juízes.⁴

Nos sistemas jurídicos contemporâneos a ação das autoridades administrativas é objeto de diversos controles, exercidos por *diferentes entidades* e com base em *distintos parâmetros*. O foco deste trabalho no controle *judicial* afasta do seu objeto as atividades de controle exercidas por outras entidades que não os juízes ou tribunais. Ficam de fora, por exemplo, o controle exercido por instituições políticas (como o Parlamento), o controle realizado pela própria administração (autocontrole) e o controle efetuado por outras instituições administrativas (Tribunais de Contas, por exemplo). A obra foca unicamente na relação institucional entre os tribunais e as autoridades administrativas.

Além disso, ela foca especificamente no controle da *substância* da ação administrativa controlada, do seu objeto ou conteúdo – e não da sua forma. O controle da forma das decisões administrativas é menos polêmico e menos influenciado pela complexização administrativa; daí a desnecessidade de incluí-lo neste estudo.⁵

1.3.2 *A ação administrativa objeto do controle*

O título do trabalho faz referência à “ação administrativa controlada”.⁶ Com isso, abarca-se amplamente toda a atividade administrativa, não se

4. Cf. Charles Eisenmann, *Cours de Droit Administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 663: «Précisons d’abord qu’en tout cas, quand on parle de contrôle du juge, on veut parler d’un rôle de jugement sur la régularité aboutissant à une décision sur la validité: il s’agit de la vérification de la conformité à des règles considérées comme obligatoires pour l’auteur de l’acte et conditionnant la validité».

5. Algumas observações serão excepcionalmente feitas a respeito do controle de forma, contudo.

6. Trata-se de uma referência ao título original do trabalho, *A Adaptação da Intensidade do Controle Judicial às Características da Ação Administrativa Controlada*.

limitando especificamente às “decisões administrativas” em sentido estrito. Assim, por exemplo, são objeto de atenção as *interpretações* que as autoridades administrativas promovem das legislações, ainda quando não constituam necessariamente uma *decisão* concreta. Do mesmo modo, a menção à ação *administrativa* controlada deixa claro que compõem o objeto do trabalho apenas ações que tenham sido promovidas por autoridades administrativas. Mas note-se que a atenção não está restrita a *uma autoridade administrativa específica*, como a autoridade antitruste ou a autoridade reguladora de telecomunicações, por exemplo.

Estas opções pela totalidade de ações administrativas e pela totalidade de autoridades administrativas são facilmente justificáveis em função do objeto do trabalho. Se o que se pretende é examinar a adaptação da intensidade do controle judicial às *características da ação administrativa controlada e da autoridade que a promoveu*, então, é natural que se examinem diversas autoridades administrativas e diversas ações administrativas. Isto permitirá analisar em que medida as variações substanciais de uma ação administrativa para a outra ou as variações institucionais de uma autoridade administrativa para a outra *geram, provocam, são a razão* de controle judicial de intensidades diferentes. Este tipo de exame – fundamental para os objetos do trabalho – ficaria comprometido se o foco da pesquisa fosse limitado.

Naturalmente, esta opção pela visão *ampla e horizontal* compromete uma maior *profundidade* relativa a uma autoridade específica ou uma ação específica. Este trabalho, assim, não irá fundo no tipo de controle que se exerce sobre a autoridade antitruste ou qualquer outra autoridade específica. Mas isso é decorrência de uma opção metodológica. O objeto de interesse, aqui, é a variação da intensidade do controle em função da variação do objeto controlado – em que medida há um ajuste ou adaptação da intensidade do controle por força destas circunstâncias.

1.3.3 A intensidade do controle

Ao promoverem o controle da administração pública, os tribunais operam uma avaliação a propósito da conformidade de uma ação administrativa ao Direito: ações conformes ao Direito serão mantidas; ações desconformes ao Direito serão anuladas ou substituídas. O fato é que a análise da conformidade de uma ação administrativa ao Direito está longe de constituir uma atividade *objetiva*. Subjetividades e imprecisões têm origem múltiplas: no controlador, na coisa controlada, no parâmetro do controle. Estas circunstâncias abrem espaço para que se faça referência à “intensidade” do controle judicial, no sentido de “rigor do exame da conformidade ao parâmetro”.

A referência à *intensidade* do controle judicial requer que se admita haver uma gradação na conformidade de um ato ao Direito. Esta conformidade graduada é, portanto, avaliada de acordo com uma *medida* específica, para aferir sua validade jurídica. Para fazer alusão ao didático sistema canadense pré-2008, uma ação administrativa poderia estar submetida a controle judicial com três intensidades distintas.⁷ Na hipótese de controle mais intenso (modelo de correção, *standard of correctness*), os tribunais avaliam a *correção* jurídica da ação administrativa, sendo autorizada a anulação de toda ação que destoe daquilo que o tribunal considerar que seja determinado pelo Direito. Na hipótese de controle menos intenso (modelo de manifesta irrazoabilidade, *standard of patent unreasonableness*), os tribunais devem ser muito pouco rigorosos na análise de conformidade da ação administrativa ao Direito: apenas anularão aquelas ações que considerarem *manifestamente irrazoáveis*. Na hipótese intermediária (modelo de razoabilidade, *standard of reasonableness simpliciter*), os tribunais deverão anular as ações administrativas *irrazoáveis*.

Aquilo que aqui se denomina “intensidade” do controle é às vezes referido como “amplitude” do controle. Mas este termo é ambíguo. *Amplitude* pode significar *rigor do exame da conformidade ao parâmetro* (o que aqui se denomina *intensidade*), mas também pode significar o *conjunto de matérias que são objeto de controle* (a amplidão num aspecto horizontal, não vertical). Aqui se preferiu o uso de “intensidade” precisamente para evitar esta confusão e deixar claro que o objeto deste trabalho é apenas a expressão no primeiro sentido.

O foco na *intensidade* do controle judicial implica também e necessariamente uma negligência de outros aspectos, como, por exemplo, as questões relativas à legitimidade de agir, os prazos para contestações e os pressupostos do controle. Assim, a opção pelo foco na intensidade também precisa ser justificada.

Tribunais, autoridades administrativas e demais entidades públicas são fóruns de adoção de decisões públicas sobre questões socialmente relevantes. Esta pluralidade de centro decisórios em alguns casos provocará a necessidade de “decidir sobre quem deve decidir”.⁸ O foco na *intensidade*

7. A tripartição caracterizou o sistema canadense entre 1997, quando foi criado o terceiro modelo de razoabilidade, e 2008, quando foi eliminado o modelo de irrazoabilidade manifesta. Atualmente o sistema compõe-se de apenas dos modelos: correção e razoabilidade. Sobre o tema, v. principalmente o Capítulo I da Terceira Parte.

8. Sobre o tema, v. o primeiro capítulo de Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

do controle judicial justifica-se pelo fato de que esta intensidade é índice da intervenção de uma entidade pública sobre outra e de que ele veicula a medida da possibilidade de assunção ou limitação, pelos tribunais, de competências administrativas.⁹ Dito de outro modo: através do controle judicial não deferente os tribunais podem decidir questões originariamente atribuídas pelo legislador à administração pública ou limitar as possibilidades decisórias da administração. Esta possibilidade é particularmente sensível no caso de questões que envolvam alguma subjetividade (ou escolha) – caso da maioria das decisões e ações operadas de acordo com a (ou a partir da) lei. Se as questões não estão já totalmente decididas na legislação correspondente, então, é preciso escolher quem terá a última palavra a propósito delas: a administração pública ou os tribunais.

1.3.4 A questão da adaptação da intensidade do controle

A atenção deste trabalho está voltada à *adaptação da intensidade do controle* às peculiaridades substanciais da ação controlada e às peculiaridades institucionais da autoridade que a promoveu. *Em que medida* a intensidade do controle judicial nas jurisdições estudadas está adaptada a esta complexidade material e institucional da administração pública? O que pode ser feito para *adaptá-la* a estas circunstâncias?

É muito frequente que se argumente, em fóruns acadêmicos, políticos ou, mesmo, no discurso judicial, que os tribunais deveriam aplicar um controle limitado (“deferente”) sobre as decisões das autoridades administrativas contemporâneas.¹⁰ Este posicionamento decorre normalmente de análises institucionais comparativas. Ele se baseia em alegadas vantagens técnicas ou políticas das autoridades administrativas em relação aos tribunais. Partindo-se da compreensão de que as autoridades administrativas especializadas seriam institucionalmente *mais bem preparadas* para tratar de temas complexos e *detentoras de maior legitimidade* para tratar de temas políticos, recomenda-se que os tribunais exerçam uma atitude *deferencial* (respeitosa, pouco intrusiva) em relação às decisões administrativas destes tipos que viessem a controlar.¹¹

9. A este trabalho é extremamente relevante um enfoque institucional do tema do controle judicial da administração pública, que destaca o relacionamento ou o diálogo entre os tribunais e a administração pública que ele veicula e a questão relativa à delimitação mútua de competências.

10. Muitos exemplos desta realidade serão citados ao longo deste livro.

11. No caso de questões tecnicamente complexas, os tribunais deteriam menor expertise institucional e meios pessoais e financeiros menos adequados para enfrentá-las. No caso de questões politicamente sensíveis, as autoridades administrativas

O argumento tem sido particularmente insistente nos Países de tradição de direito administrativo, em que a pluralização institucional da administração pública é relativamente recente. Neles, ele é apresentado como decorrência natural desse processo. Aliás, costuma-se afirmar que a atitude de autorrestrrição judicial seria comum nos Países de tradição jurídica anglo-saxã, há mais tempo acostumados com a descentralização e a complexidade administrativa.

A ideia subjacente parece ser a de que a aplicação de um controle não deferente sobre matérias tecnicamente complexas ou politicamente sensíveis corresponderia a uma desatenção ou desconsideração – pelos tribunais e pelo direito administrativo – das vantagens comparativas da administração pública. Seria, enfim, aplicar um controle judicial de intensidade *pouco adaptada* à realidade administrativa material e institucionalmente complexa.

Estas afirmações serão contestadas neste trabalho.

2. *A estrutura da obra: a divisão em três partes*

A tese que será aqui defendida é a seguinte: *há uma pluralidade de (i) formas e de (ii) graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais.*

(i) A adaptação pode se dar de diversas *formas*, não sendo a solução acima a única possível, nem necessariamente a ideal. Em primeiro lugar, há inúmeras circunstâncias em que a aplicação de um controle judicial não deferente é a solução mais adequada e mais adaptada, *precisamente em atenção às peculiaridades da complexidade administrativa*. Isso se dá mais obviamente (mas não exclusivamente) nos casos em que as questões tratadas pelas autoridades administrativas se revistam de peculiar sensibilidade jurídica – matéria mais afeita aos tribunais. Em segundo lugar, nos casos em que uma questão envolva híbrida natureza e sensibilidade (jurídica, técnico, política) a opção pelo tipo de controle aplicável evidencia uma ponderação entre finalidades públicas contrastantes, não sendo adequado falar-se em alguma solução *abstratamente superior*, mas apenas em soluções mais ou menos adequadas para a satisfação da finalidade pública que se opta por privilegiar.¹² Em terceiro lugar, mesmo nos casos de decisões *preponderan-*

(mesmo as independentes) possuem características institucionais que as fazem politicamente *mais legítimas do que os tribunais* – pelo quê as opções lhes deveriam ser reservadas. Sobre o tema, v. o Capítulo I da Primeira Parte.

12. Neste sentido, Duncan Kennedy sustenta que “one way to understand any particular difference between two contemporary legal systems is as the product of

temente técnicas ou políticas, há argumentos bastante razoáveis em favor de um controle não deferente, como forma, por exemplo, de compensar ou reduzir os problemas decorrentes do chamado déficit de legitimidade democrática de algumas autoridades administrativas ou da inescrutabilidade de opções técnicas. Em quarto lugar, a adaptação do controle pode dar-se em diferentes fases do processo de controle, além de envolver medidas compensatórias de um controle deferente ou não deferente.

(ii) Além de diferentes *formas*, a adaptação do controle judicial também pode realizar-se em diferentes *graus*. Esta afirmação pode ser ilustrada pelas experiências das jurisdições estudadas relativas tanto ao procedimento de determinação da intensidade judicial como ao número de modelos de intensidade do controle judicial. Elas demonstram que o grau de adaptação do controle judicial é informado por um dilema entre *sofisticação* e *operacionalidade*. A busca pela adaptação máxima pode gerar sistemas de controle judicial extremamente sofisticados, nos quais a intensidade do controle varia de forma quase perfeita em função das características da ação administrativa controlada. Mas quanto mais sofisticados estes sistemas sejam, menos operacionais eles serão. A busca pela adaptação máxima (pela sofisticação) pode levar a sistemas de aplicabilidade muito confusa ou muito custosa. Assim, é perfeitamente possível e adequado que dada jurisdição *module* o quanto de adaptação deseja, em função do tanto de complexidade operacional que admite. Dito de outro modo: a adaptação limitada pode ser uma opção consciente de uma jurisdição; ela não corresponde necessariamente à desconsideração da complexidade material e institucional da administração pública contemporânea.

Para desenvolver e fundamentar a tese acima, a estratégia escolhida neste trabalho foi a de basear a exposição nos elementos do processo de determinação da intensidade do controle judicial. Assim, é possível ilustrar toda a riqueza envolvida em cada uma de suas fases, além de sinalizar todos os espaços para as decisões sobre a *forma* e o *grau* de adaptação da intensidade do controle judicial às peculiaridades da ação administrativa controlada.

Pois bem: a determinação da intensidade do controle judicial envolve três aspectos essenciais: (i) a atenção às características da ação administrativa controlada; (ii) o procedimento por meio do qual a determinação da intensidade se realiza; (iii) a intensidade do controle considerada em si mesma. Com efeito, através de um *processo* com características específicas ponderam-se

different balances between conflicting considerations, be they principles or policies, rights, powers, or whatever" ("Political ideology and Comparative Law", in Mauro Bussani e Ugo Mattei (eds.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012).

os atributos *substanciais* da ação administrativa controlada, em função das circunstâncias institucionais dos tribunais e da administração pública, e elege-se, então, *a intensidade do controle* entre os modelos consagrados e disponíveis no sistema jurídico. Esta tripartição informa também a estrutura do trabalho: em cada uma de suas partes um destes aspectos acima é examinado.

2.1 *A Primeira Parte: a atenção às características da ação administrativa controlada*

Assim, na Primeira Parte do trabalho adota-se a perspectiva dos critérios substanciais ponderados para a determinação da intensidade do controle judicial. Examina-se quais aspectos da ação administrativa controlada influenciam (ou podem influenciar) esta decisão. A pesquisa empreendida para a elaboração do trabalho revelou que três critérios substanciais possuem importância destacada. A intensidade do controle judicial incidente sobre uma decisão administrativa depende fundamentalmente (i) de sua sensibilidade jurídica, (ii) de sua relevância política e (iii) de sua complexidade técnica.

Cada um destes critérios está *tendencialmente* vinculado a um modelo de controle: decisões administrativas juridicamente sensíveis submetem-se tendencialmente a um controle judicial não deferente; decisões administrativas tecnicamente complexas ou politicamente relevantes submetem-se tendencialmente a um controle judicial deferente. Estas relações tendenciais estão presentes na motivação de decisões judiciais mas também em fóruns acadêmicos ou políticos em que a questão da intensidade do controle judicial é discutida.

Como será visto na Primeira Parte, no entanto, estas tendências não são inexoráveis, nem apontam necessariamente para a solução mais adequada. Por diversas razões, que serão ali esmiuçadas, pode-se razoavelmente aplicar controle judicial deferente para questões juridicamente sensíveis ou controle judicial não deferente para decisões administrativas técnicas ou políticas. Estas opções não significarão necessariamente uma inadaptação do direito administrativo à realidade das coisas – poderão consistir em uma decisão consciente de adaptar esta intensidade de forma diferente daquela veiculada nas relações tendenciais apontadas acima.

2.2 *A Segunda Parte: os procedimentos para determinação da intensidade do controle judicial*

Na Segunda Parte a perspectiva é procedimental. O essencial passa a ser apresentar *como* a determinação da intensidade do controle judicial

é realizada. Num primeiro momento a atenção volta-se ao *dilema entre sofisticação e operacionalidade*, que informa a opção pelo procedimento a ser adotado em cada jurisdição. O uso de categoriais formais (como *discricionariedade* ou *questão jurisdicional*) pode facilitar a tarefa dos tribunais na determinação da intensidade do controle judicial. Por outro lado, corre-se o risco de simplificar excessivamente o procedimento, levando os tribunais a negligenciar aspectos de extrema relevância não contemplados nas categorias formais. O uso de procedimentos contextualizados gera as consequências opostas: promove sofisticação na apreensão das circunstâncias relevantes do caso concreto, mas pode tornar a determinação da intensidade do controle judicial excessivamente complexa ou custosa.

No segundo momento o trabalho trata da *legitimidade* desta escolha. Como a determinação da intensidade do controle judicial envolve a ponderação de variáveis finalísticas e tem consequências relevantes para a sociedade, a questão da legitimidade se põe de forma evidente. A sensibilidade do tema é ainda mais evidente porque, quando promovida pelo Poder Judiciário, a determinação da intensidade veicula a medida de intervenção dos tribunais nas competências da administração pública. Em resumo: são os tribunais decidindo a propósito da amplitude de seus próprios poderes. Serão examinadas as duas formas principais mediante as quais se busca a legitimação destas escolhas: (i) através do discurso da intenção do legislador; (ii) através do estabelecimento de regras processuais.

2.3 *A Terceira Parte: a escolha da intensidade do controle a partir dos modelos disponíveis no sistema*

A Terceira Parte do trabalho cuida de questões relacionadas com a intensidade do controle judicial em si. No primeiro capítulo examina-se a questão relativa ao número de modelos de controle existentes em cada jurisdição. Trata-se de elemento evidente de uma análise da adaptação da intensidade do controle às características da ação administrativa controlada. Sendo a administração pública caracterizada por uma enorme riqueza material e institucional, deve a paleta de modelos de controle reunir variedade comparável, como forma de adaptação? Ver-se-á que algumas jurisdições levaram esta questão ao extremo, consagrando um *espectro de infinitas intensidades de controle judicial*. Mesmo quando se opte por modelos fixos de controle, no entanto, segue havendo a questão relativa ao número deles: dois ou três?

No segundo capítulo da Terceira Parte – e último capítulo do trabalho – a limitação da intensidade do controle judicial (a dita “deferência”) é examinada sob três perspectivas: (i) prática; (ii) dinâmica; (iii) causal. No

primeiro momento busca-se avaliar a medida em que as doutrinas judiciais que determinam a limitação do controle são de fato seguidas pelos magistrados. No segundo momento examina-se o contexto histórico da criação e da evolução dos modelos deferenciais de controle. No terceiro momento especula-se a propósito das razões para os diferentes pendores deferenciais de cada jurisdição.

3. O recurso ao Direito Comparado e as jurisdições escolhidas para análise

A adaptação da intensidade do controle judicial à complexidade material e institucional da administração pública permite múltiplas soluções. Por esta razão, o recurso ao Direito Comparado é facilmente justificável, na medida em que fornece uma riqueza de exemplos e de situações concretas para ilustrar cada solução e para avaliar seus méritos práticos. O leitor perceberá como a experiência concreta das jurisdições será um ativo essencial para o desenvolvimento dos argumentos e contra-argumentos relevantes ao objeto deste estudo.

3.1 Os critérios para escolha das jurisdições estudadas

A escolha das jurisdições estudadas efetuou-se após um período preliminar de pesquisa, em que se promoveu uma primeira aproximação em relação ao tema da intensidade do controle judicial da administração pública. Os critérios para a escolha foram três.

Em primeiro lugar, buscou-se identificar jurisdições que adotassem posicionamentos divergentes em relação à necessidade ou conveniência de deferência judicial à administração pública, em função da complexidade material de suas funções ou suas características institucionais. Esta é uma questão central ao trabalho: em que medida e por quais razões se deve adotar um controle judicial de intensidade limitada, em função das peculiaridades da ação administrativa controlada. Portanto, era evidente a importância de selecionar Países que consagassem posições contrastantes.

Em segundo lugar, as jurisdições escolhidas deveriam ser suficientemente significativas e possuir um sistema jurídico relativamente desenvolvido, para que pudessem ser encaradas como representantes de um específico posicionamento a propósito da questão acima. Naturalmente, jurisdições com grande tradição jurídico-administrativa tendem a aportar prolíficas contribuições teóricas e vastos exemplos concretos, permitindo uma análise comparada mais rica e interessante.

Finalmente, o número de jurisdições escolhidas não poderia nem ser tão reduzido, de modo a que os resultados da análise fossem contingentes, nem tão amplo, que a tornasse irrealizável. A inclusão de uma jurisdição adicional implica naturalmente um acréscimo bastante considerável na carga de trabalho, comprometendo ou a profundidade da análise ou os limites temporais da empreitada. O recurso a três ou quatro jurisdições pareceu uma boa forma de conciliar a riqueza de exemplos concretos e possibilidade de aprofundamento.¹³

3.2 *As jurisdições escolhidas e sua justificativa*

O estudo leva em consideração quatro casos: França, Itália, Estados Unidos e Canadá. Entre as jurisdições percebidas numa primeira aproximação como “não deferentes”, Itália e França foram escolhas óbvias, por constituírem as duas mais importantes jurisdições de tradição de direito administrativo. Para toda uma miríade de jurisdições que sofreram a influência dos sistemas destes Países, é relevante observar como seus Direitos têm se adaptado às alterações materiais e estruturais da administração pública nas últimas três décadas. Pela sua relevância histórica e pelo estágio avançado de seus direitos administrativos, França e Itália correspondem a representantes adequados da posição não deferente (ou relativamente pouco deferente).

Entre as jurisdições que pareciam consagrar uma atitude judicial autorrestritiva ou deferente à administração, optou-se por selecionar os casos de Estados Unidos e Canadá. Os Estados Unidos são largamente percebidos como partidários da autorrestrição judicial em relação à administração pública, notadamente em função da relevância jurisprudencial e científica da chamada *Chevron doctrine*.¹⁴ No caso do Canadá, para além do posiciona-

13. Naturalmente, valem aqui também as considerações feitas acima sobre o foco na generalidade das autoridades administrativas, e não em uma autoridade administrativa em particular. Um trabalho de Direito Comparado compromete sempre (embora em variadas medidas) sua dimensão vertical (da profundidade da análise) em benefício da sua dimensão horizontal – e isto é tanto mais verdade quando mais jurisdições forem estudadas. Sucede que este não é necessariamente um demérito destas empresas comparatistas, mas uma opção metodológica. A academia pode beneficiar-se não apenas de análises longamente detidas sobre temas restritos, mas também de *insights* de outra natureza – como é o caso, aqui, da comparação horizontal de várias alternativas para problemas semelhantes.

14. A referência é a *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), caso em que a Suprema Corte americana defendeu longamente a autorrestrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas de ambiguidades na legislação a elas pertinente. *Chevron* é o caso mais influente e mais citado da história do direito pú-

mento deferente em si, o que chamou a atenção durante o período preliminar de pesquisa foi a aplicação casuística e contextualizada de uma estrutura analítica composta de diferentes etapas nas quais os tribunais ponderam circunstâncias substanciais e institucionais para o fim de definir a adequada intensidade do controle judicial (o teste originariamente chamado de “pragmático e funcional”). Estas circunstâncias e a conhecida prolixidade doutrinária canadense e americana (com numerosas contribuições, tanto analíticas como empíricas) avalizavam a escolha destas jurisdições como legítimos representantes do posicionamento judicial deferente à administração.

Itália e França, de um lado, e Estados Unidos e Canadá, de outro, diferenciam-se, ainda, em outros importantes aspectos. Os dois primeiros possuem a dualidade de jurisdição. Assim, a administração pública é de regra controlada pela jurisdição administrativa, formada por tribunais específicos, apartados da jurisdição comum. Os dois segundos são marcados pela complexidade da administração pública há muito mais tempo: a descentralização e a especialização administrativa deram-se, nos Estados Unidos e Canadá, a partir da década de 1940. O problema da calibragem da intensidade do controle judicial às peculiaridades da decisão controlada, no entanto, é comum a todas as jurisdições. Estas significativas diferenças no contexto em que o problema se insere em cada País, ao invés de impossibilitarem a comparação, tornam-na ainda mais interessante, na medida em que permitem ilustrações mais ricas e diversas.

3.3 Os limites da comparação realizada

É importante salientar, contudo, os limites da empreitada comparatista realizada neste trabalho. Em primeiro lugar, não há a intenção de classificar as alternativas encontradas nas jurisdições estudadas em melhores ou piores. Este seria um exercício pueril: diferentes opções servem a diferentes finalidades, de modo que os méritos de cada uma delas são quase sempre relativos. Assim, o fundamental é conhecê-las e desvelar suas potencialidades e limitações. Assim se contribui para discussões acadêmicas subsequentes e se fornecem subsídios para a tomada de decisões correspondentes em outras jurisdições que enfrentem o mesmo problema.

blico americano. Até dezembro/2005 havia sido mencionado cerca de 8.000 vezes nas Cortes Federais. A marca é muito superior àquela atingida por outros casos importantes, tais como *Brown versus Board of Education* (1.829 vezes), *Roe versus Wade* (1.801 vezes) e *Marbury versus Madison* (1.559 vezes). É mesmo superior à marca destas três decisões tomadas em conjunto (de acordo com Stephen Breyer *et alli*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, 6ª ed., Aspen, 2006, p. 247).

Além disso, a obra não se preocupa com as condições de transferência da solução adotada em uma jurisdição para as demais. É totalmente possível que estas soluções sejam de importação difícil, tanto por obstáculos jurídicos particulares (no exemplo mais evidente, óbices constitucionais) como por circunstâncias históricas e/ou sociais¹⁵ da jurisdição de destino. Estas circunstâncias concernem a um passo posterior de uma empreitada comparatista, de que este trabalho não se ocupa. Aqui há apenas a preocupação com os méritos e deméritos abstratos de diferentes alternativas de adaptação da intensidade do controle judicial às características da ação administrativa controlada.

4. *A originalidade do trabalho e sua relação com outros estudos*

O tema da intensidade do controle judicial da administração pública já foi tratado por diversos trabalhos antes deste.¹⁶ A originalidade do trabalho reside em duas circunstâncias específicas.

15. Cf. Otto Pfersmann, «Le Droit Comparé comme interprétation et comme théorie du Droit», *Revue Internationale de Droit Comparé* 53(2)/287, abril-junho/2001.

16. V., por exemplo, em língua francesa: Zhang Li, *Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine: Éléments d'Analyse Comparée des Contentieux Administratifs Chinois et Français*, Bruxelles, Bruylant, 2010; Anne-Lise Sibony, *Le Juge et le Raisonnement Économique en Droit de la Concurrence*, Paris, LGDJ, 2008; Roger Bonnard, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration: Étude de Droit Administratif Comparé*, Paris, Dalloz, 2005; David Katz, *Juge Administrative et Droit de la Concurrence*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004; Martin Collet, *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003.

Em língua italiana: Angelo Lalli, *Disciplina della Concorrenza e Diritto Amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008; Aristide Police, *Tutela della Concorrenza e Pubblici Poteri*, Torino, Giappichelli, 2007; Marcella Negri, *Giurisdizione e Amministrazione nella Tutela della Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006; Barbara Marchetti, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti: il Judicial Review sulle Amministrative Agencies*, Padova, CEDAM, 2005; Fabio Cintioli, *Giudice Amministrativo, Tecnica e Mercato*, Milano, Giuffrè, 2005; Paolo Lazzara, *Autorità Indipendenti e Discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001; Daria de Pretis, *Valutazione Amministrativa e Discrezionalità Tecnica*, Padova, CEDAM, 1995.

E em língua inglesa: Hilary Biehler, *Judicial Review of Administrative Action*, 3ª ed., Round Hall, 2014; Mark Aronson e Matthew Groves, *Judicial Review of Administrative Action*, 5ª ed., Pyrmont, Thomson Reuters, 2013; Oda Essens et alli, *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009; Michael Fordham, *Judicial*

Em primeiro lugar, foca especialmente na questão da *adaptação da intensidade* do controle às características da ação administrativa controlada e da autoridade administrativa que a realizou.¹⁷ O centro do interesse encontra-se, portanto, na análise dos argumentos judiciais e extrajudiciais voltados a *modular* o controle em função de tais circunstâncias. Aliás, justamente por isso, o trabalho toma em consideração autoridades administrativas diversas, distanciando-se dos trabalhos que se aprofundaram sobre o modelo de controle judicial aplicado a uma autoridade administrativa específica.¹⁸

Em segundo lugar, o estudo faz um importante recurso aos exemplos concretos do Direito Comparado.¹⁹ Esta circunstância enriquece bastante a apresentação e a análise, na medida em que permite (i) comparar as diferentes opções adotadas por diferentes sistemas jurídicos, bem como (ii) avaliar a evolução de cada uma destas opções ao longo do tempo. No que diz respeito ao primeiro ponto, o recurso ao Direito Comparado permitirá confrontar as soluções da Itália e da França, as quais são relativamente pouco deferentes, com aquelas dos Estados Unidos e do Canadá, as quais são relativamente mais deferentes. No que diz respeito ao segundo ponto, será possível ver como estas opções foram realizadas concretamente em cada jurisdição e como elas evoluíram com o passar dos anos. Um bom e rico exemplo é o do Canadá, que durante três décadas buscou produzir soluções jurisdicionais largamente adaptadas à complexidade da decisão concreta sob controle – mas que conheceu dificuldades práticas para fazê-lo. Trata-se de um exemplo rico e de grande valor para as jurisdições que pretendem seguir o mesmo caminho.

Review Handbook, 5ª ed., Hart, 2008; S. A. De Smith, H. S. Woolf e J. L. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 6ª ed., Sweet & Maxwell, 2006; Hilary Delany, *Judicial Review of Administrative Action: a Comparative Analysis*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2001.

17. O estudo de Martin Collet sobre as autoridades administrativas independentes, por exemplo, embora aborde o tema, possui um objeto bastante mais amplo (*Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes*, cit.).

18. Com considerações específicas sobre o controle jurisdicional da autoridade da concorrência italiana, v., por exemplo, Angelo Lalli, *Disciplina della Concorrenza e Diritto Amministrativo*, cit.

19. O livro organizado por Oda Essens, Anna Gerbrandy e Saskia Lavrijssen privilegia a apresentação separada de diferentes jurisdições, sem focar especificamente sobre a análise comparativa (*National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, cit.).

5. O uso do termo “deferência” judicial²⁰

Serão frequentes neste trabalho as expressões “deferência”, “controle judicial deferente” ou “deferencial”. Por meio delas pretende-se fazer referência à adoção pelos tribunais de uma postura autorrestritiva no controle que operam sobre as decisões administrativas.²¹ Há deferência judicial quando os tribunais se limitam a avaliar (por exemplo, na hipótese mais difundida) a *razoabilidade* da decisão realizada pela autoridade administrativa diante de uma questão substancial. Nesta hipótese, os tribunais evitam oferecer *sua própria solução* para a questão controvertida.

As expressões são de uso corrente e muito difundido na literatura jurídica em Inglês (fala-se em *deference*), mas não são tão comuns nas jurisdições de tradição de direito administrativo.²² A opção pelo seu uso aqui deriva de razões pragmáticas. Há uma necessidade de recorrer a um termo *neutro* para definir esta postura judicial *particularmente respeitadora* das opções administrativas. As diversas jurisdições denominam seus modelos de controle deferente com referência a termos específicos (controle restrito ou mínimo, na França; de arbitrariedade, por exemplo, nos Estados Unidos; de razoabilidade ou irrazoabilidade manifesta, no Canadá). Estas hipóteses precisavam ser reunidas sob um termo que as englobasse, sem se confundir particularmente com nenhuma delas. Assim ficaria claro que se faz referência a uma atitude judicial genérica limitadora da intensidade do controle – atitude, esta, que, a depender da jurisdição, reúne características ou gradações tais ou quais. Diante desta necessidade, pareceu racional valer-se de termo já consagrado na literatura de língua inglesa, onde se deram os debates mais profícuos sobre o assunto.

O trabalho fará referências genéricas a “controle deferente” e “controle não deferente” (em diferentes gradações) para referir a estas atitudes genéricas. E apontará nominalmente o modelo específico, quando se cuidar de uma jurisdição específica.

20. No original havia neste ponto uma série de considerações linguísticas relevantes para o público francófono. Estas considerações foram suprimidas da versão em Português. Sobre as dificuldades linguísticas em um trabalho de Direito Comparado, v.: Fernando Leal e Eduardo Jordão, “Quando a tradução também importa: problemas linguísticos de Direito Comparado”, *Direitos Fundamentais & Justiça* 8/86-104, 2014; e Barbara Pozzo, “Comparative Law and language”, in Mauro Busani e Ugo Mattei (eds.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012.

21. Para outras acepções do termo “deferência”, v. a “Introdução” do Capítulo II da Terceira Parte.

22. Embora se encontrem algumas referências a este termo. V., por exemplo, o título deste artigo de Francesco Denozza: “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/469-489, ano II, 2000.

PRIMEIRA PARTE

***OS CRITÉRIOS SUBSTANCIAIS
PONDERADOS PARA A DETERMINAÇÃO
DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL***

Capítulo I – As Relações Tendenciais entre a Natureza da Decisão Administrativa e a Intensidade do seu Controle Judicial

Capítulo II – Ressalvas ao Raciocínio das Relações Tendenciais entre a Natureza da Decisão e a Intensidade do Controle

Capítulo III – Conclusões da Primeira Parte

Na primeira das três partes do trabalho a definição da intensidade do controle judicial é examinada sob uma perspectiva *substancial*, relacionada com as *razões* que levam à adoção de um modelo de controle mais ou menos intenso. Em específico, será analisada a influência das *características* da decisão administrativa na definição da intensidade do controle judicial sobre ela aplicado. Trata-se do passo mais óbvio de um estudo que pretende avaliar a adaptação da intensidade do controle judicial às características da decisão administrativa controlada.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho permitiu identificar três aspectos das decisões administrativas que parecem ter importância particular na determinação da intensidade do controle sobre elas incidente: (i) a sensibilidade jurídica; (ii) a complexidade técnica; (iii) a natureza política.¹ A pesquisa revelou, ainda – e fundamentalmente –, que estes aspectos estão comumente relacionados a uma específica tendência. Assim, de regra, a sensibilidade jurídica de determinada decisão administrativa faz com que sobre ela se aplique um controle judicial *não deferente*. Por outro lado, a eventual complexidade técnica ou natureza política de uma decisão usualmente gera uma tendência à aplicação sobre ela de um controle judicial limitado, *deferente*. Estas circunstâncias foram denominadas “relações tendenciais”. O objetivo do primeiro capítulo consiste precisamente em apresentar e dissecar estas relações tendenciais, explicando o raciocínio que subjaz a elas.

A este ponto poderá parecer ao leitor que a adaptação da intensidade do controle judicial às características da decisão administrativa depende da *adesão* a estas determinações contidas nas relações tendenciais. Mas não é assim. As relações tendenciais revelam uma simples tendência, uma propensão, e não uma consequência inevitável. O segundo capítulo buscará demonstrar que há razões bastantes para adotar soluções diferentes daquelas previstas nas relações tendenciais. Em primeiro lugar, porque a ideia mesmo de natureza de uma ação administrativa implica certa controvérsia. Em segundo lugar, porque, mesmo se esta ideia for aceita, a identificação da natureza *específica* de uma ação particular não será quase nunca livre de contestações. Em terceiro lugar, e enfim, porque, *como forma alternativa de adaptação*, é sempre possível que se aplique a uma decisão de uma natureza particular um modelo de controle outro que não aquele indicado nas relações tendenciais.

O primeiro capítulo possui, portanto, uma natureza descritiva (i) das razões que parecem conduzir o juiz à definição da intensidade do controle judicial, bem como (ii) das justificativas teóricas que as orientam. O segundo capítulo, ao contrário, aporta exceções práticas e contestações teóricas a estas ideias dominantes, com o objetivo de demonstrar que elas não são necessariamente as mais adaptadas ou as mais bem adaptadas às características da decisão administrativa controlada.

1. Embora as jurisdições utilizem formulações e denominações diferenciadas para referir os fatores relevantes para a determinação da intensidade do controle, parece possível agrupar a maioria das preocupações substanciais identificadas em alguma destas três categorias acima mencionadas.

O enfoque institucional comparativo será uma marca de toda esta primeira parte do trabalho. A sensibilidade jurídica, a complexidade técnica e a natureza política das questões trazidas a juízo são relevantes precisamente porque constituem fatores em relação aos quais se promove uma análise institucional comparativa explícita ou implícita. O tema da intensidade do controle judicial da administração pública é, por excelência, um campo fértil a esta sorte de análise. A ideia é a de que, ao promover o controle do *conteúdo* de uma questão originariamente decidida pela administração pública, o Poder Judiciário pode assumir integralmente sua competência decisória (através do uso do poder de reforma) ou ao menos limitá-la (mediante o manejo do poder de anulação). Este fato levanta questões relativas às vantagens comparativas das instituições pertinentes (administração pública *versus* tribunais) na solução de cada uma das questões sociais relevantes. Dito diretamente: importa questionar qual a instituição mais adaptada ou mais bem desenhada para decidir uma dada questão social, dada as suas características – importa *decidir quem deve decidir*.

Capítulo I

**AS RELAÇÕES TENDENCIAIS
ENTRE A NATUREZA DA DECISÃO
ADMINISTRATIVA E A INTENSIDADE
DO SEU CONTROLE JUDICIAL**

Introdução. 1. Controle judicial não deferente sobre decisões juridicamente sensíveis: 1.1 Um veículo de proteção a matérias juridicamente sensíveis: 1.1.1 A proteção reforçada a prerrogativas individuais particularmente relevantes – 1.1.2 A garantia de valores jurídicos objetivos – 1.2 A afirmação de uma particular expertise jurídica: 1.2.1 Expertise numa atividade: o caso da interpretação legislativa – 1.2.2 Expertise numa matéria: o exemplo dos direitos humanos no Canadá. 2. Controle judicial deferente sobre decisões de natureza política: 2.1 A alocação do poder decisório para instituição democraticamente mais legítima: 2.1.1 A ponderação de interesses públicos conflitantes – 2.1.2 A ponderação orçamentária e o controle da inação – 2.2 A ampliação da accountability da administração pública: 2.2.1 A deferência ressalta que a decisão administrativa constitui uma opção – 2.2.2 O deslocamento do foco para o controle procedimental. 3. Controle judicial deferente sobre decisões tecnicamente complexas: 3.1 A inadequação objetiva e subjetiva dos tribunais para a regulação econômica: 3.1.1 Desafios inusuais: a natureza peculiar da regulação econômica – 3.1.2 A adaptação institucional reduzida dos tribunais para a regulação – 3.2 O prejuízo à política regulatória da autoridade administrativa: 3.2.1 Os riscos à coerência regulatória – 3.2.2 Os riscos à dinâmica regulatória. 4. Conclusões.

Introdução

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho permitiu identificar *relações tendenciais* entre a suposta natureza de uma decisão administrativa

e a intensidade do controle judicial incidente sobre ela.¹ Este capítulo é descritivo desta realidade. Ele serve à apresentação dessas relações e de seus fundamentos.

Os vínculos tendenciais estão fundamentados em *análises institucionais comparativas* que buscam alocar poder decisório para a instituição pública a tanto mais bem adaptada.² A ideia é que, se uma decisão é política, por exemplo, ela deve caber à instituição pública mais bem desenhada para tomar decisões políticas. A relevância de uma análise institucional comparativa no contexto do controle judicial de autoridades administrativas deve-se ao fato de que a realização do controle pode implicar a usurpação de competências. Ao operar o controle sobre decisões administrativas, os tribunais podem terminar por *tomar* diretamente decisão diversa ou *limitar* o leque de decisões que poderiam ser adotadas pela administração pública. Naturalmente, este risco é tanto maior quanto mais intenso for o controle aplicado. Disto resulta uma determinação para que os tribunais evitem controlar intensamente decisões em relação às quais sejam menos adaptados do que as autoridades administrativas. O controle, nestes casos, deveria ser relativamente superficial: na linguagem deste trabalho, um controle *deferente*.

Este raciocínio não é totalmente imune a contestações teóricas, e está longe de ser universalmente aceito.³ Sua influência prática, no entanto, é muito clara para quem quer que se debruce sobre o problema da intensidade

1. Como será visto no próximo capítulo, este vínculo não é inexorável. Precisamente por isto, aqui se denominou esta relação “natureza-intensidade” de *tendencial*: ela revela uma mero *pendor*, uma *propensão*, não uma consequência inescapável. Feitas todas estas ressalvas (que – repita-se – serão desenvolvidas no próximo capítulo), o leitor perceberá, através dos inúmeros exemplos citados por este capítulo, que estas “relações tendenciais” têm uma relevância prática inquestionável – daí o interesse em apresentá-las.

2. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409: “Judges often adjudicate disputes that raise the question of how strictly they should scrutinize government or legislative action. The question arises in a number of contexts: statutory interpretation, judicial review of administrative discretion, review of tribunal findings, adjudication of human rights claims and in the interpretation of International Law to mention a few. In all of these contexts, judges have identified certain questions as being inappropriate for judicial resolution, or have refused on competency grounds to substitute their judgment for that of another person on a particular matter”.

3. Em primeiro lugar, a própria ideia de *natureza* de uma ação administrativa envolve alguma polêmica. Além disso, ainda que esta ideia seja admitida, a *identificação* da específica natureza de determinada ação quase nunca será incontroversa. Finalmente, por razões que serão ali apresentadas e examinadas, é possível que sobre uma decisão de determinada natureza se aplique um controle diverso daquele que aqui se indicará. Para maiores detalhes, v. o Capítulo II desta Primeira Parte.

do controle judicial. Como se verá no decorrer deste capítulo, muitas vezes ele está presente de forma explícita nas manifestações judiciais ou legislativas sobre o modelo de controle a ser aplicado a determinada decisão. Em outras tantas: ele informa implicitamente as opções a este respeito.⁴ Além disso, o raciocínio da análise institucional comparativa tem presença frequente em muitas proposições de reformas dos modelos de controle judicial, nas jurisdições estudadas ou em outras jurisdições.⁵

No caso específico do controle judicial da administração pública, a comparação institucional relevante é aquela que contrapõe os tribunais e as autoridades administrativas. Dadas as características de uma questão específica, compara-se a aptidão de cada uma destas instituições públicas, para definir quem deve decidi-la.⁶ Neste contexto, importam as aptidões *comparativas*. É pouco relevante analisar as capacitações abstratas de cada instituição – elas são relevantes apenas na medida em que comparadas às capacitações da instituição alternativa. Desta circunstância poderá decorrer a prevalência de uma instituição *pouco adaptada*, desde que ela seja *mais bem adaptada* do que a instituição concorrente. Igualmente, uma instituição *bem adaptada* pode ser preterida em função de outra que seja *ainda mais bem adaptada*. Estas observações parecem óbvias, mas serão relevantes no decorrer deste e do próximo capítulo.

Destas análises institucionais comparativas nascem as relações tendenciais objeto deste capítulo. São elas: *sobre questões juridicamente sensíveis, há uma tendência à aplicação de um controle judicial não deferente; sobre questões tecnicamente complexas ou de natureza política, há uma tendência à aplicação de um controle judicial deferente*. A seguir, estas afirmações serão desenvolvidas com dois objetivos. O primeiro é demonstrar sua rele-

4. Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994, p. 11: “There are no shortcuts around the issues of institutional choice. Every law and public policy choice involves institutional choice. That is unavoidable. The question is whether these institutional choices are made implicitly or explicitly; whether they are made thoughtfully or haphazardly. In other words, the issue is the quality of law and public policy analysis”.

5. No Direito Brasileiro, por exemplo, v. a proposta de Gustavo Binchenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 224-238.

6. Na formulação de Francesco Denozza, a atribuição de determinada decisão a uma autoridade administrativa ou um tribunal corresponde a uma escolha entre procedimentos e critérios diversos que governam as operações intelectuais de integração do conteúdo da norma (“Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/469-489, Ano II, 2000).

vância prática, indicando como elas informam as opções concretas adotadas nas jurisdições estudadas a propósito do modelo de controle judicial em cada caso concreto. O segundo é explicitar seus fundamentos, demonstrando as razões concretas das tendências apontadas.

1. Controle judicial não deferente sobre decisões juridicamente sensíveis

Uma das características das decisões administrativas mais comumente destacadas pelos tribunais para justificar a intensidade do seu controle é a *sensibilidade jurídica*. Intuitivamente, quanto mais sensível juridicamente for uma decisão administrativa, menor razão haverá para que os tribunais (instituições jurídicas por excelência) evitem controlá-la ou se abstenham de interferir na solução encontrada. Nestes casos, portanto, há uma tendência à aplicação de um controle judicial não deferente. Os tribunais tendem a examinar sem limites a *correção* da decisão adotada pela administração – anulando-a (e, em alguns casos, substituindo-a) quando ela não seja coincidente com a decisão que *eles próprios* teriam adotado.

Esta relação tendencial entre sensibilidade jurídica e controle não deferente está atrelada a dois fundamentos principais. Em primeiro lugar, ela se justifica como *forma de proteção* de direitos ou estado de coisas particularmente valorados pela sociedade. Nesta hipótese, o raciocínio subjacente é eminentemente *consequencialista*: legitima-se a incidência de um modelo de controle em função dos efeitos que dele se podem esperar (item 1.1). Em segundo lugar, a aplicação de um controle judicial não deferente a questões juridicamente sensíveis justifica-se na medida em que aloca poderes finais aos tribunais para resolver questões em relação às quais eles são particularmente qualificados. Aqui, destaca-se a *expertise jurídica*, atribuindo-se questões desta natureza à instituição que detém maior competência técnica para enfrentá-las (item 1.2).

1.1 Um veículo de proteção a matérias juridicamente sensíveis

O primeiro fundamento reside, portanto, na compreensão de que há determinados direitos ou estado de coisas que a sociedade valora de forma tão intensa e significativa, que eles merecem *proteção jurídica particular*. Tal proteção conferiria a este *núcleo duro jurídico* certa perenização e salvaguarda de ingerências ou turbulências momentâneas. A responsabilidade por esta proteção jurídica especial é atribuída aos tribunais, em função de suas características institucionais, que favorecem a ponderação e o equilí-

brío. Estas características resultam dos métodos de recrutamento dos seus membros bem como de aspectos relativos ao desempenho de suas funções.

Tomem-se, em primeiro lugar, os *métodos de recrutamento* dos membros dos tribunais. Em geral, os juízes acedem à carreira pela via do concurso público, procedimento tão imparcial e independente do poder político quanto possível. Esta independência de indicações políticas é frequentemente eliminada ou reduzida na ascendência profissional: tribunais superiores costumam ter seus membros nomeados pelo poder político. Ainda assim a independência dos membros do Judiciário é normalmente superior à dos membros de autoridades administrativas. É que, enquanto estes são nomeados para um mandato específico (e, portanto, precisam demonstrar algum grau de fidelidade político-partidária para serem reconduzidos ou nomeados para outros cargos), os magistrados geralmente detêm mandato vitalício, não podendo ser demovidos de seus cargos ou transferidos de sua localidade à sua revelia.⁷ Além disso, os magistrados costumam ser muito bem remunerados, o que favorece sua independência também em relação ao setor privado.

Os aspectos relativos ao *funcionamento* dos tribunais também contribuem para sua neutralidade. Estas instituições geralmente possuem atuação generalista, e isto contribui para que não desenvolvam nenhuma familiaridade particular com os atores de determinado setor. Contrariamente, a atuação especializada (vertical) que geralmente caracteriza as autoridades administrativas as faz tendencialmente mais sujeitas a vieses setoriais ou empresariais, tornando-as alvos da manipulação e da captura.⁸ No mais, os tribunais possuem uma atuação formalizada, o que implica que recebem

7. Sobre o caso francês, Jean Massot observa: “One can cite in this regard rules governing competitive recruitment (the concours), which precludes political authorities from influencing the power of selection of judges; rules mandating promotion by seniority as well as control by the administrative judges themselves of the nominations to the most important positions within the *Conseil d'État*; and, for the inferior administrative courts, promotion overseen by an independent body, the *Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel* (the High Council of Administrative Tribunals and Administrative Courts of Appeal). The law also prohibits the reassignment of lower administrative judges and magistrates without their consent, and their discipline is under the jurisdiction of the same High Council” (“The powers and duties of the French administrative judge”, in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, p. 416).

8. Cf. Richard A. Posner, “Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework”, in Daniel P. Kessler (ed.), *Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, p. 19.

menos *inputs* da população sujeita às suas medidas. Esta circunstância os faz relativamente alheios às suas demandas e anseios.⁹

Como consequência destes elementos, é razoável esperar que os magistrados sejam menos susceptíveis a pressões políticas ou tentações profissionais.¹⁰ Instituições contramajoritárias por excelência, os tribunais têm nesta característica um de seus grandes trunfos.¹¹ Estão isolados do cenário político, e este isolamento lhes garante a serenidade e a neutralidade essenciais para o desempenho de um papel imprescindível nos regimes democráticos modernos. Cumpre-lhes principalmente a garantia de valores fundamentais da sociedade – valores que se colocam acima do jogo político. O maior exemplo é, sem dúvida, a proteção dos direitos das minorias,¹² em

9. Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, cit., p. 128: “From a social standpoint, the greater insulation of judges from the various pressures, produced in part by the presence of all the formalities, provides an important source of comparative advantage for the adjudicative process. This independence provides judges with the opportunity to shape social decisions without some of the biases and pressures that distort other institutions”.

10. Membro do Conselho de Estado francês, Jean Massot sugere que também a colegialidade das decisões cumpre um papel na promoção da neutralidade essencial dos tribunais (“The powers and duties of the French administrative judge”, cit., in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth, *Comparative Administrative Law*, p. 416). A sugestão é interessante, mas é preciso observar que em muitos casos o controle judicial é operado por juízes em formação monocrática. Além disso, é ainda mais frequente que as próprias decisões das autoridades administrativas sejam também adotadas em formação colegiada. Neste sentido, embora a colegialidade de fato contribua para a neutralidade, ela não parece consistir geralmente num fator que diferencia os tribunais das autoridades administrativas – e que, portanto, constitua uma vantagem institucional comparativa. Sobre o efeito limitador da ideologia dos magistrados em formações colegiadas, v. o Capítulo II da Terceira Parte.

11. É esta também a opinião de Aharon Barak: “Ma il ruolo non-rappresentativo dei giudici – la loro responsabilità non-politica – non è una risorsa della loro debolezza. È la risorsa principale della loro forza. Le corti sono organismi non rappresentativi, e sarebbe una tragedia se diventassero rappresentativi. Le corti sono organismi riflessivi. Riflettono i valori base del loro sistema. Quindi, i giudici non dovrebbero mettersi sulla difensiva di fronte ad argomenti di tipo rappresentativo. La democrazia non è solo rappresentanza. La democrazia è fatta anche di valori fondamentali, il centro dei quali sono i diritti umani. Quando la maggioranza cancella il diritto della minoranza – questa non è democrazia. La democrazia è un delicato bilanciamento tra il potere della maggioranza e i diritti individuali” (“La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della Giustizia”, *Politica del Diritto* 1/3-17, ano XXXIV, março/2003).

12. Para Louis L. Jaffe, a função primordial do controle judicial da administração pública é “protect minorities – and indeed the agency itself – from the pres-

especial de direitos qualificados como humanos ou fundamentais. Nas hipóteses de decisões administrativas afetando direitos desta natureza verifica-se uma orientação quase uniforme das jurisdições estudadas: sua submissão a controle judicial não deferente.¹³

Para além destas hipóteses em que o controle judicial não deferente volta-se à proteção da esfera subjetiva dos cidadãos, com resguardo de seus prerrogativas individuais (item 1.1.1), há também os casos em que ele veicula a proteção de circunstâncias *objetivas* particularmente relevantes para a sociedade (item 1.1.2). São estes os dois casos mais significativos nos quais a racionalidade da sensibilidade jurídica é empregada.

1.1.1 *A proteção reforçada a prerrogativas individuais particularmente relevantes*

A aplicação de um controle judicial não deferente é uma forma de reforçar a proteção a prerrogativas individuais particularmente relevantes. Dois exemplos retirados das jurisdições estudadas podem ilustrar esta realidade. Na França a jurisdição administrativa reserva a um número cada vez maior de liberdades fundamentais uma proteção jurídica reforçada, ao exigir da administração pública que a eventual restrição sobre elas operada seja *proporcional* (item 1.1.1.1). No mais, por imposição da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos/CEDH, França, Itália e demais Países sob sua jurisdição devem aplicar controle judicial *pleno* (não deferente) sobre as sanções administrativas (item 1.1.1.2).

1.1.1.1 *A proporcionalidade de medidas restritivas de liberdades fundamentais*

O Direito Francês consagra uma orientação claramente não deferente às decisões administrativas que restrinjam direitos e liberdades fundamentais.¹⁴ Estas ações são normalmente submetidas a um exame de

sure of predominant groups” (“The right to judicial review I”, 71 *Harv. L. Rev.* 401, 430-431 (1957)).

13. Alguns autores fazem menção a um “princípio da vulnerabilidade” que estaria subjacente a esta orientação. V., por exemplo, David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, 55 *U. Toronto L. J.* 691, 694 (2005).

14. Naturalmente, o recurso ao caso francês, aqui, é meramente ilustrativo e não sugere que esta orientação não seja replicada em outras jurisdições. Assim, em pesquisa empírica relativa à jurisprudência de tribunais inferiores no Canadá, William Lahey e Diana Ginn examinaram as taxas de reversão das decisões adminis-

proporcionalidade,¹⁵ dando ensejo àquilo que tem sido referido por parte da doutrina como um controle “máximo”.¹⁶ Esta orientação possui longa tradição no campo das liberdades clássicas, como a liberdade de reunião ou de imprensa.¹⁷ Assim, no famoso caso *Benjamin*”,¹⁸ o Conselho de Estado anulou a interdição administrativa de uma reunião sob o argumento de que os eventuais problemas por ela causados não apresentavam uma gravidade tal que tornasse sua interdição totalmente necessária para a manutenção da ordem pública.¹⁹ Em outra decisão bastante antiga uma medida adminis-

trativas de acordo com a matéria nelas tratada. A conclusão foi que ela é significativamente mais elevada em casos envolvendo direitos individuais particularmente sensíveis, como o direito dos estrangeiros (“After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), 25 *Dal. L. J.* 259, 326). Semelhantemente, pesquisa empírica relativa às decisões da Suprema Corte americana num período de 23 anos revela que as taxas de vitória das autoridades administrativas em contestações judiciais de suas interpretações legislativas variam bastante em função da matéria. As taxas de vitória são particularmente reduzidas em matérias menos técnicas e mais jurídicas, como direito penal (62,3%), direitos civis (61%) e questões indígenas (51,6%) (William Eskridge, Jr., e Lauren E. Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan”, 96 *Georgetown Law Journal* 1083 (2008)). O tema será objeto de análise mais profunda no próximo capítulo.

15. Assim, Grégory Kalfflèche afirma que: “Le contentieux administratif est pour sa part depuis longtemps un témoin du lien entre libertés fondamentales et contrôle de proportionnalité” (“Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives”, *Les Petites Affiches/LPA* 46/46, 5.3.2009). No mesmo sentido: Pierre Delvolvé, “Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, Paris, LGDJ, 1998, p. 302.

16. Neste trabalho adota-se o entendimento de que o juízo de proporcionalidade não dá ensejo a um terceiro modelo de controle, dito máximo. Sobre o tema remete-se o leitor às considerações tecidas no Capítulo I da Terceira Parte.

17. V., por exemplo, CE, 8.5.1961, *Société Olympia Press*; CE, 22.4.1966, *Société Union Africaine de Presse*; CE, Ass., 21.7.1970, *Krivine et Frank*; CE, Sect., 19.2.1954, *CGT*.

18. CE, 10.5.1933, *René Benjamin*.

19. É corrente a afirmação de que o caso *Benjamin* constituiria o primeiro a aplicar um controle de proporcionalidade sobre medidas de polícia administrativa. Para Grégory Kalfflèche já é possível encontrar manifestações desta realidade antes disso. Ele cita o caso CE, 19.2.1909, *Abbé Olivier*, em que o Conselho de Estado anulou uma interdição de procissões sobre vias públicas por ocasião de enterros sob o argumento de violação excessiva à liberdade de consciência e ao livre exercício de cultos (“Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives”, cit., *LPA* 46/46).

trativa que impedia o acampamento no território de uma pequena cidade francesa foi anulada, por desproporcionalidade.²⁰

Mais recentemente, no entanto, esta orientação vem sendo estendida a outros âmbitos. Tome-se o exemplo das publicações estrangeiras suscetíveis de sofrerem interdição do Ministro do Interior. Trata-se de matéria que estava até o final da década de 1990 submetida unicamente a um controle restrito – apenas os *erros manifestos de apreciação* eram anulados pelos tribunais administrativos. Esta orientação havia sido estabelecida no célebre caso *Maspero*, de 1973.²¹ Tratava-se de controle judicial sobre decisão do Ministro de interditar revistas com viés comunista. Uma leitura das conclusões do Comissário de Governo Braibant permite concluir que o poder de proibir uma publicação estrangeira era considerado discricionário. A partir do caso *Association Ekin*, em 1997, a matéria passou a ser submetida a um controle de proporcionalidade.²² Neste caso, o Conselho de Estado considerou que, apesar de a publicação possuir conteúdo capaz de causar problemas à ordem pública, sua gravidade não era suficiente para fundamentar uma interdição. Como a lei não previa outra medida menos drástica, a publicação tinha simplesmente que ser liberada.

A mesma evolução pode ser observada na polícia de estrangeiros. A partir dos casos *Belgacem* e *Mme Babas*, o juiz administrativo verifica a exata proporcionalidade de uma medida de expulsão tomada contra um estrangeiro, colocando em balanço as vantagens de sua expulsão para a ordem pública e os inconvenientes causados para sua vida familiar.²³

A incidência deste controle judicial não deferente deve-se à intenção de proteger estas prerrogativas individuais reputadas particularmente relevantes. O dever de proporcionalidade imposto judicialmente à administração é uma forma de evitar restrições desnecessárias.

20. CE, 14.2.1958, *Abisset*, Req. 7715. Lê-se nas conclusões do Comissário de Governo: “Mais la question se pose alors de savoir si les modalités adoptées par le Maire de Nesles-la-Vallée étaient dans leur rigueur, nécessaires pour parer aux dangers que le Maire avait relevés. Votre jurisprudence fort connue exige ici une adéquation des mesures prises aux dangers constatés. Elle exige que l’autorité compétente se livre à une appréciation de la gravité des dangers, et de la gravité des mesures, sur laquelle d’ailleurs elle se livre à un contrôle approfondi; et elle censure avec rigueur les décisions qui, par leur généralité, et leur brutalité, éludent l’obligation de cette double appréciation”.

21. CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, Req. 82590.

22. CE, Sect., 9.7.1997, *Assoc. Ekin*, RFDA 1997, p. 1284, concl. Denis-Linton.

23. CE, Ass., 19.4.1991, *Belgacem et Mme Babas*.

1.1.1.2 O controle vigoroso sobre sanções aos administrados

Outro exemplo claro de questões particularmente sensíveis do ponto de vista das prerrogativas individuais dos cidadãos são as penalidades e sanções em geral. Nelas há uma interferência direta do Poder Público (detentor do monopólio da violência) sobre o patrimônio ou a integridade física do indivíduo, em função do cometimento de alguma infração à ordem jurídica. A situação é objeto de atenção no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos/CEDH, da qual França e Itália são signatárias. Está tratada em seu art. 6º, que estabelece o direito a um processo equitativo.²⁴ Voltado mais explicitamente a garantias contra acusações e penalidades de ordem penal, o dispositivo tem encontrado aplicabilidade também na seara administrativa.

Neste domínio da relação existente entre administração pública e cidadãos as penalidades tomam a forma de sanções administrativas de ordem pecuniária ou econômica em geral em função do cometimento de alguma infração administrativa. Os *leading cases* da jurisprudência da CEDH são *Pudas* e *Boden*, ambos relacionados a sanções administrativas aplicadas pela Suécia. *Pudas* havia sido sancionado com a revocação de uma licença para explorar o serviço de transporte público, enquanto *Boden* havia sido afetado por uma expropriação. Nenhum dos dois tivera a oportunidade de contestar as decisões judicialmente, por ausência de remédios adequados no Direito Sueco. Consequentemente, a Suécia foi condenada por descumprimento de suas obrigações decorrentes da CEDH.²⁵

Atualmente a jurisprudência da CEDH exige que as sanções suscetíveis de serem classificadas como resultantes de matéria penal se submetam a controle por um “órgão judicial que disponha de competência de plena jurisdição”.²⁶ A noção foi objeto de ulterior precisão em um caso de 1995,

24. CEDH: “Art. 6º (**Direito a um processo equitativo**). 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade possa ser prejudicial para os interesses da Justiça”.

25. CEDH, 27.10.1987, *Boden et Pudas*, Série A, n. 125.

26. CEDH, 10.2.1983, *Albert et le Compte versus Bélgica*, Série A, n. 58, § 28; CEDH, 17.12.1996, *Terra Woningen BV versus Holanda*, Rec. 1996-VI, § 52.

que a definiu como “poder de reformar em todos os aspectos, de fato e de direito, a decisão em causa, proferida pelo órgão inferior”.²⁷ Em um caso mais recente a CEDH considerou que um tribunal belga não satisfazia estas exigências, porque não possuía poderes para apreciar a oportunidade de sanções fiscais, nem reformá-las ou anulá-las.²⁸

1.1.1.2.1 A influência da jurisprudência da CEDH sobre o Direito Francês – No Direito Francês o contencioso das sanções administrativas experimentou intensificação gradativa. Originariamente o juiz administrativo se limitava a verificar a existência material dos fatos que deram azo à sanção. A gravidade da sanção era considerada pelo juiz administrativo um elemento da oportunidade. A partir de um julgamento em 1978 introduziu-se nesta seara o controle por erro manifesto de apreciação.²⁹ Uma década depois o Conselho Constitucional determinou controle pleno sobre as medidas sancionatórias do Conselho Superior do Audiovisual.³⁰ A partir daí, vários contenciosos que antes estavam submetidos a recurso por excesso de poder (contencioso de anulação) passaram a se submeter ao controle de plena jurisdição.³¹

A sensibilidade jurídica da questão levou à intervenção do legislador, que impôs em diversos setores regulados um controle de plena jurisdição. Assim, veja-se o art. 42-8 da Lei de 30.9.1986, em relação a sanções do *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*/CSA; arts. 5 e 36-11, 5ª, do *Code des Postes et Communications Électroniques*, relativo a sanções da *Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes*/ARCEP; o art. 40, 7ª, da Lei 2000-108, de 10.2.2000, sobre sanções da *Comisión Reguladora de Energía*/CRE; e o art. 621-45 do *Code Monétaire et Financier*, a propósito de sanções da *Autorité des Marchés Financiers*/AMF. A solução foi codificada no art. 311-4 do Código de Justiça Administrativa, que fazia referência às diversas disposições legislativas setoriais.

27. CEDH, 23.10.1995, *Schmautzer versus Áustria*, Série A n. 328, § 36.

28. CEDH, 4.3.2004, *Silverster's Horeca Service versus Bélgica*.

29. CE, 9.6.1978, *Lebon*, Rec. 245.

30. V., por exemplo, *Conseil Constitutionnel, Décision n. 88-248 DC du 17.1.1989*, relativa ao poder de sanção do Conselho Superior do Audiovisual.

31. O controle de plena jurisdição permite ao juiz administrativo atuar como se fora o próprio administrador. Ele possui, neste caso, poderes totais, podendo anular e modificar totalmente a decisão da administração, substituindo a decisão controlada pela sua própria. O controle de plena jurisdição distingue-se do chamado “controle de anulação”, em que o juiz administrativo não possui tais poderes de substituição: pode apenas anular a decisão administrativa e reenviar o caso à administração, para a adoção de uma nova medida.

Em 2005 o Conselho de Estado declarou que, mesmo na ausência de previsão legislativa expressa, era também de plena jurisdição o controle de sanções da *Autorité de Contrôle des Nuisances Sonores Aéroportuaires/ACNUSA*.³² Mais recentemente, no caso *Société Atom*, o máximo Tribunal Administrativo francês foi além, e admitiu que o controle de pleno contencioso correspondia a uma regra geral no caso de sanções a administrados, mesmo na ausência de previsão específica.³³ Atualmente o juiz administrativo não hesita em anular uma sanção que lhe parece desproporcional à falta cometida.

A evolução do Direito Francês foi bastante impulsionada pela atuação da CEDH, fato que é admitido pelo Conselho de Estado.³⁴ Entretanto, no âmbito desse Tribunal há ainda uma discussão a propósito da extensão das imposições decorrentes da CEDH. A posição atualmente prevalecente é a de que o art. 6-1 desta Convenção proscreveria a adoção de um contencioso de anulação na modalidade restrita, mas não impediria a solução nacional consistente no contencioso de anulação no modelo normal. Dito de outro modo: este dispositivo da Convenção não imporá necessariamente um *contencioso de plena jurisdição* para todas as sanções administrativas.

Este entendimento explica por que seguem sendo submetidas a um contencioso de anulação as sanções das profissões regulamentadas. No caso *Arfi* o Conselho de Estado adotou precisamente este posicionamento: a CEDH proscreveria apenas a adoção de um controle restrito, mas possibilita o controle de anulação no modelo normal.³⁵

1.1.1.2.2 As sanções administrativas na jurisprudência italiana – No Direito Italiano as sanções impostas pelas autoridades administrativas independentes estão submetidas ao tipo de controle mais invasivo. Trata-se

32. CE, 7.12.2005, Req. 270424, *Sté. Ryanair*.

33. CE, Ass., 16.2.2009, *Sté. Atom*, *AJDA* 2009, p. 583, crhon. Liéber et Botteghi; RFD adm. 2009. 159, conc. Legras. O caso tratava da incidência retroativa de lei que havia reduzido o montante de multa aplicada a empresa homônima. De acordo com as regras tradicionais do contencioso administrativo francês, apenas no caso em que incidisse o controle de plena jurisdição poderia o Tribunal fazer esta aplicação retroativa.

34. No caso *Société Atom*, em que o Conselho de Estado estendeu o controle de pleno contencioso a todas as sanções a administrados, mesmo na ausência de previsão legislativa específica, a Comissária de Governo Claire Legras destacou que uma das vantagens desta orientação seria a aproximação da jurisprudência francesa à jurisprudência da CEDH (cf. Ass., 16.2.2009, *Sté. Atom*, *AJDA* 2009, p. 583, crhon. Liéber et Botteghi; RFD adm. 2009. 159, conc. Legras).

35. CE, Sect., 22.6.2007, *Arfi*, Rec. 263, concl. Guyomar.

do controle de mérito (*sindacato di merito*³⁶), equivalente ao controle de plena jurisdição francês. O Código de Processo Administrativo promulgado na Itália reduziu sensivelmente as já raras hipóteses de aplicação deste tipo de controle. Apesar disso, as sanções administrativas constituem uma das hipóteses contempladas no art. 134.³⁷

A aplicação de um controle pleno sobre as sanções administrativas é uma tradição do Direito Italiano. Mesmo no período em que alguns aspectos técnicos das decisões de autoridades administrativas estavam submetidos a um controle “fraco” as sanções podiam ser redimensionadas e anuladas sem limites. Assim, na célebre decisão *RC Auto* o Conselho de Estado dividiu o procedimento decisório da autoridade antitruste italiana em quatro fases, explicando de forma detalhada o controle incidente sobre cada uma delas. Optou-se por um controle “fraco” sobre as fases (i) de contextualização da norma de proteção da concorrência, que, fazendo referência a “conceitos jurídicos indeterminados” (como mercado relevante, abuso de posição dominante e acordos restritivos da concorrência), necessita de uma exata precisão dos elementos constitutivos do ilícito contestado; e (iii) de confrontação dos fatos identificados com os parâmetros contextualizados. Entretanto, tanto sobre a fase de identificação de fatos como sobre a última das quatro fases, consistente na eventual aplicação de uma sanção administrativa, sempre incidiu controle judicial pleno ou “forte”.³⁸

36. Na Itália distinguem-se as jurisdições de mérito e de legitimidade em função (i) dos diversos poderes de cognição e (ii) dos diversos poderes de estatuição que o juiz administrativo exercita em cada uma delas. Em relação aos poderes de cognição, na jurisdição de mérito, o juiz trabalha com as possibilidades: medida legítima ou ilegítima. Na jurisdição de mérito, a cognição se estende ao mérito do ato. Assim, além de avaliar a legitimidade, o juiz pode avaliar oportunidade e conveniência. Historicamente, mérito também já significou uma possibilidade de avaliação de circunstâncias de fato. Em relação aos poderes de estatuição, na jurisdição de legitimidade, se acolhe o recurso, o juiz anula o ato impugnado; enquanto na jurisdição de mérito ele pode substituir-se à administração.

37. Código de Processo Administrativo italiano: “Art. 134. **Materie di giurisdizione estesa al merito.** 1. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto: (a) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV; (b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa; (c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall’art. 123; (d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali; (e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all’art. 8 della Legge 21 novembre 1962, n. 161”.

38. Consiglio Stato/Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1.

Nesta mesma decisão o Conselho de Estado explicou as razões desta maior intervenção judicial no caso das sanções administrativas. Tratar-se-ia de uma imposição constitucional, na medida em que o art. 23 da Constituição italiana protege o direito dos cidadãos de não sofrer decréscimos patrimoniais fora dos casos previstos na lei.³⁹ Resta clara, portanto, a incidência de um controle *particularmente intenso* para a proteção de direitos de ordem constitucional. O controle judicial se fará com base nos critérios da lei de referência para o estabelecimento da sanção. O juiz poderá avaliar a proporcionalidade das sanções impostas, anulando-as ou redimensionando-as.

1.1.2 *A garantia de valores jurídicos objetivos*

Além destes casos em que a incidência de controle judicial não deferente se volta à salvaguarda de circunstâncias *subjetivas*, há também situações em que ele se justifica para garantia de circunstâncias objetivas particularmente sensíveis do ponto de vista jurídico. O exemplo mais claro é o reforço do controle para as ditas “questões constitucionais” (item 1.1.2.2). Mas também é ilustrativa a incidência de um controle não deferente sobre as “questões jurisdicionais” (item 1.1.2.1).

1.1.2.1 *A delimitação de competências: a teoria da questão jurisdicional*

Até o final da década de 1970 o Direito Canadense fundamentava toda a discussão relativa à intensidade do controle judicial em uma análise binária voltada a identificar a natureza da decisão administrativa sob controle. Tratava-se da chamada teoria da questão jurisdicional (também chamada de “questão preliminar”).⁴⁰ Numa formulação bem simples, ela prescrevia que apenas as questões jurisdicionais (aquelas relativas a discussões sobre a própria *competência* da autoridade administrativa) deveriam ser submetidas a um controle judicial não deferente. As demais questões, ditas *administrativas*, estavam reservadas à administração pública.

39. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1: “Nella prima ipotesi (che qui interessa) la tutela giurisdizionale deve essere riconosciuta in maniera piena, tenuto conto della vigenza, in materia di sanzioni pecuniarie, del principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.)”.

40. V., por exemplo, *Port Arthur Shipbuilding Co. versus Arthurs et al.*, [1969] SCR 85; *Metropolitan Life Insurance Co. versus International Union of Operating Engineers*, [1970] SCR 425; *Bell versus Ontario (Human Rights Commission)*, [1971] SCR 756.

O uso desta teoria importava o enfoque na sensibilidade jurídica das questões desta natureza.⁴¹ Afinal, é razoável que não se defira à administração pública nas decisões que ela toma a propósito de sua própria competência. Esta orientação poderia propiciar abusos de poder, mediante extrapolação das atribuições legislativas. As interpretações legislativas operadas pelas autoridades administrativas a propósito dos limites do seu próprio poder estão, por esta razão, submetidas a um controle judicial não deferente.⁴²

1.1.2.2 A proteção de valores constitucionais: a teoria do fato constitucional

Nos Estados Unidos os tribunais fizeram uso por um certo tempo da chamada “teoria do fato constitucional” (*constitutional fact doctrine*) para determinar a intensidade do controle judicial incidente sobre determinada decisão administrativa. De acordo com esta teoria, o tribunal responsável pela revisão deveria aplicar um controle “de novo”⁴³ e independente sobre *toda questão constitucional* relativa a uma ação de agências.⁴⁴ No caso *Crowell* a Suprema Corte americana extrapolou a teoria do fato constitucional para alcançar também a teoria do “fato jurisdicional” (*jurisdictional fact doctrine*). Entendeu que as cortes devem determinar independentemente os aspectos da decisão relativos à competência (jurisdição) da entidade administrativa.⁴⁵

41. A própria Suprema Corte caracterizou a questão jurisdicional como uma “perfectly simple, short and neat question of Law” (v. *Bell versus Ontario (Human Rights Commission)*, [1971] SCR 756, citando as palavras do *Chief Justice Lord Goddard* CJ. em *R. versus Tottenham & District Rent Tribunal*, ex pane Northfield (Highgate) Ltd., [1957] 1 QB 103).

42. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 117: “The idea of the preliminary or collateral question is based on the principle that the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and that such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator”.

43. O “controle de novo” é o modelo de controle mais intenso nos Estados Unidos – equivalente ao “controle de plena jurisdição” na França. Nele, o juiz atua como se fora a administração pública e como se estivesse tomando a decisão originariamente. Pode anular e reformar a decisão administrativa sem limites sempre que ela não coincidir com a decisão que o próprio tribunal teria adotado em seu lugar.

44. Assim: *Ng Fung Ho versus White*, 259 U.S. 276 (1922), e *Ohio Valley Water Co. versus Ben Avon Borough*, 253 U.S. 287 (1920).

45. *Crowell versus Benson*, 285 U.S. 22 (1932). Neste caso específico tratava-se de avaliar independentemente se um dano ocorreu em águas navegáveis dos Estados Unidos, quando a competência (jurisdição) da agência responsável por estabelecer a indenização depende deste fato.

1.2 A afirmação de uma particular expertise jurídica

Em outros casos a incidência de um controle judicial não deferente é justificada não em função da necessidade de proteção ou salvaguarda de determinados valores ou estado de coisas, mas em razão de que permitiria o exercício de uma competência técnica específica. Neste sentido, a orientação veicula uma afirmação de uma particular expertise dos tribunais, que os faria particularmente qualificados para o desvelo de questões “tipicamente jurídicas”. Dotados de sólida formação jurídica e habituados a tratar questões desta natureza, os membros dessas instituições deveriam, portanto, ter precedência quando delas se tratasse *também porque tenderiam a compreendê-las mais inteiramente*.

Responsáveis pelo controle das decisões administrativas, juízes e desembargadores possuem normalmente uma formação jurídica exemplar – requisito necessário para a aprovação em concursos públicos ou as promoções para ascensão na carreira. Contrastantemente, os membros das autoridades administrativas possuem formação muito menos uniforme – alguns deles são administradores, outros economistas, outros engenheiros. A formação jurídica, no entanto, não é regra.⁴⁶ Neste sentido, é de se esperar que sejam menos aptos para solucionar questões que exijam técnica jurídica mais apurada.

Mesmo nos casos em que a formação dos membros dos tribunais não é necessariamente ou exclusivamente jurídica (como sucede com a jurisdição administrativa francesa⁴⁷), a expertise em matéria jurídica decorreria do fato de tratarem diuturnamente questões desta natureza. Além disso, à expertise pessoal dos membros dos tribunais deve-se adicionar aquela do seu pessoal de apoio – e o pessoal de apoio dos tribunais possui normalmente uma formação jurídica mais sólida (ou mais uniforme) do que o das autoridades ad-

46. No caso da autoridade antitruste canadense, por exemplo, a legislação exige apenas que uma pequena parcela dos seus membros tenha formação jurídica – a larga maioria é de membros leigos, versados em matérias como Economia ou Administração de Empresas (cf. Marie-Hélène Blais *et alli*, “Competition tribunal”, in *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*, Ontario, LexisNexis, 2007). A circunstância foi levada em consideração para a determinação da intensidade do controle judicial aplicado pela Suprema Corte no caso *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 51.

47. A formação acadêmica clássica e mais comum dos membros do Conselho de Estado, por exemplo, corresponde a uma instrução multidisciplinar nas conceituadas *SciencesPo* e *École Nationale d'Administration/ENA*. Nestas instituições, além de Direito, uma elite acadêmica francesa recebe lições de Economia, Ciência Política, Administração e Gestão Pública. Sobre o tema, v., ainda, o Capítulo II da Terceira Parte.

ministrativas. Em resumo, portanto: quanto mais complexa do ponto de vista jurídico for uma questão decidida por uma autoridade administrativa, menor a razão para que os tribunais apliquem sobre ela um controle deferente.

Duas vertentes deste raciocínio são encontradas nas jurisdições estudadas para este capítulo. Numa primeira delas faz-se incidir controle judicial não deferente sobre uma *atividade* que se entende tipicamente jurídica. O exemplo clássico (e polêmico) é o do controle exercido na França e na Itália sobre as interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas (item 1.2.1). Numa segunda vertente, o controle judicial não deferente incide apenas quando a ação administrativa envolver *conteúdo* jurídico. É o que se dá no Canadá no caso específico das interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas a propósito de questões atinentes a direitos humanos (item 1.2.2). Num caso releva-se a expertise existente sobre uma *atividade*; noutro, leva-se em consideração a expertise sobre uma *matéria*.

1.2.1 *Expertise numa atividade:* *o caso da interpretação legislativa*

Nos Países de tradição de direito administrativo há uma tendência a submeter as interpretações promovidas pela administração de termos legislativos ambíguos a um controle judicial *não deferente*. A interpretação legislativa é compreendida como *a atividade jurídica por excelência*. Assim, não haveria razão para que os tribunais evitassem intervir em interpretações da administração que julgassem equivocadas. A ideia subjacente é a de que a interpretação jurídica envolve uma competência particular. Não se trataria de um mera leitura leiga dos dispositivos de lei. Envolveria – isto, sim – uma técnica específica, detida pelos sujeitos especializados no trato com o Direito. Este raciocínio (extremamente polêmico, como se verá no próximo capítulo) parece informar as soluções adotadas nos Direitos Francês e Italiano. A solução francesa é mais clássica e historicamente consistente. Já, no caso do Direito Italiano ela foi atingida (ou, ao menos, oficialmente atingida) após um longo e muito interessante período de hesitação.

1.2.1.1 A orientação francesa historicamente consistente

No que concerne às interpretações legislativas realizadas pelas autoridades administrativas, o Direito Francês distingue duas hipóteses: a interpretação abstrata da lei (item 1.2.1.1.1) e a aplicação de termos legislativos ao caso concreto, a chamada “qualificação jurídica dos fatos” (item 1.2.1.1.2).

O recurso a um caso concreto ajuda a compreender a distinção. Em *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, o Conselho de Estado foi instado pelo requerente a se manifestar a propósito das duas hipóteses. As duas empresas que dão nome ao caso criaram em 1999 uma filial comum, chamada *Opéra*. Estimando tratar-se de um projeto de concentração nos termos da legislação antitruste então em vigência,⁴⁸ as empresas notificaram o Ministro da Economia, para que ele estatuisse sobre a validade da operação. O Ministro entendeu não se tratar de uma concentração econômica, mas de mero acordo empresarial, pelo quê se declarou incompetente e enviou a matéria ao Conselho da Concorrência. As empresas notificantes contestaram esta decisão perante o Conselho de Estado. O primeiro argumento dos requerentes era o de *erro de direito* na interpretação abstrata da lei, na medida em que o Ministro teria supostamente inserido na definição legislativa de concentração uma condição nela não existente (a ausência de autonomia da filial comum⁴⁹). O segundo argumento era o de *inexata qualificação jurídica dos fatos* (inexata aplicação da lei ao caso concreto), na medida em que a empresa filial alegadamente deteria *in casu* a autonomia que se supunha condição legal para a configuração de uma concentração.

1.2.1.1.1 A interpretação abstrata de termos legislativos: o “erro de direito” – Considera-se interpretação *abstrata* da lei a concessão de sentido a um termo legislativo independentemente de circunstâncias concretas. A matéria é tratada no direito administrativo francês sob a rubrica do “erro de direito” (*erreur de droit*) e está submetida a um controle *invariavelmente* não deferente. Nesta avaliação não há meio-termo: ou bem a interpretação da administração é *correta*, caso em que será mantida; ou bem ela é considerada *errada*, caso em que será anulada. Nestas hipóteses, portanto, a questão da intensidade do controle judicial nem mesmo se põe.

Esta orientação estrita possui origens históricas remotas e vem sendo consistentemente seguida pelos juízes administrativos, até os dias atuais. A este respeito não houve na França períodos de hesitação jurisprudencial: a interpretação legislativa é dominada pelos tribunais de forma consistente ao longo do tempo. De forma ainda mais relevante, a orientação de que a inter-

48. A referência é ao Título V (arts. 38 a 44) da *Ordonnance* de 1.12.1986.

49. De acordo com a decisão do Ministro, “la société (Opéra) restera extrêmement dépendante de ses sociétés-mères dans son fonctionnement quotidien. Dans la mesure où Opéra n’existait que par et pour ses mères, elle n’aura pas tous les attributs d’une société autonome” (*apud* conclusões do Comissário de Governo Francis Lamy no caso CE, 31.5.2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, Req. 213161-213352).

pretação legislativa é o domínio típico dos tribunais não é relativizada nem nos casos de ambiguidades legislativas. Esta circunstância leva à conclusão de que na França tais ambiguidades devem ser resolvidas pelos tribunais, e não pelas autoridades administrativas.⁵⁰

No caso *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, citado acima, simplesmente não há, nas conclusões do Comissário de Governo Francis Lamy, qualquer discussão a propósito da intensidade do controle a ser aplicado sobre a interpretação abstrata da lei efetuada pelo Ministro da Economia, incluindo como condição de uma operação de concentração a autonomia da empresa dela resultante. A certo ponto, curiosamente, o Comissário de Governo observa que, ao exigir o atributo da autonomia à empresa formada em uma operação empresarial para que ela possa ser considerada uma concentração, o Ministro da Economia se associa ao entendimento de ainda outra autoridade administrativa, o Conselho da Concorrência (então, autoridade antitruste francesa). Ou seja: tratava-se de interpretação abstrata que faziam da lei *as duas* autoridades responsáveis pela aplicação da legislação antitruste francesa. Esta circunstância, no entanto, conforme adiciona o Comissário de Governo, “naturalmente não dispensa [o Conselho de Estado] de [se] pronunciar a propósito da correção da interpretação adotada”.⁵¹ Na sequência deste raciocínio, o Comissário procede a uma *leitura autônoma* (e, portanto, não deferente àquela feita pela administração) da legislação pertinente, embora termine por concluir pela correção da interpretação judicialmente contestada.

1.2.1.1.2 A aplicação da lei ao caso concreto: a “qualificação jurídica dos fatos” – Quando se trata de aplicação concreta de um termo legislativo a fatos, o tema é tratado sob a rubrica de “qualificação jurídica dos fatos” (*qualification juridique des faits*) e pode estar submetido a controle judicial em intensidade variável. No caso *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon* vê-se o Comissário de Governo Francis Lamy sugerindo ao Conselho de Estado a adoção de um controle normal, não deferente, tal

50. Para uma crítica a esta orientação, v.: Charles Eisenmann, *Cours de Droit Administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, pp. 666-672, e o próximo capítulo deste trabalho.

51. Conclusões do Comissário de Governo Francis Lamy no caso CE, 31.5.2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, Req. 213161-213352: “En exigeant dans la présente affaire qu’une entreprise commune ait tous les attributs d’une société autonome pour être qualifiée de concentration le Ministre s’est en réalité rallié à la doctrine du Conseil de la Concurrence, ce qui naturellement ne vous dispense pas de vous prononcer sur le bien fondé de l’interprétation retenue en l’espèce par le ministre puisqu’elle est critiquée par les requérantes”.

como o que já se realizava, à época, sobre a definição do mercado relevante e as avaliações relativas aos efeitos anticompetitivos da operação.⁵²

A limitação do controle, com a aplicação do modelo de controle mínimo (por erro manifesto de apreciação), sucederá usualmente em hipóteses de imprecisão ou ambiguidade dos comandos legislativos. Mas esta não é uma solução automática nem nestes casos.⁵³ É dizer: mesmo na hipótese específica da qualificação jurídica dos fatos, a imprecisão legislativa não levará inexoravelmente a controle deferente.⁵⁴

Um exemplo relativo ao controle judicial de uma decisão da autoridade reguladora do setor audiovisual (o *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel/CSA*) pode ilustrar esta afirmação. A legislação pertinente atribui ao CSA o poder de “acordar as autorizações [para atuação no setor] apreciando o interesse de cada projeto para o público, tendo em conta os imperativos prioritários que são a proteção do pluralismo das correntes de expressão socioculturais, a diversificação dos operadores e a necessidade de evitar os abusos de posição dominante, bem como as práticas que restringem o livre exercício da concorrência”.⁵⁵ Naturalmente, os requisitos de “interesse de cada projeto para o público”, “pluralismo das correntes de expressão socioculturais” e “diversificação das operadoras” estão longe de constituir balizas objetivas e incontroversas que enquadrariam totalmente a liberdade de apreciação do

52. Conclusões do Comissário de Governo Francis Lamy no caso CE, 31.5.2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, Req. 213161-213352: “Le moyen suivant est tiré de l’erreur dans l’application au cas d’espèce de la notion d’entreprise non autonome. En matière de concurrence, vous exercez un contrôle normal sur les qualifications juridiques opérées par l’administration à propos de la définition du marché pertinent et des effets anticoncurrentiels de l’opération (décision ‘The Coca-Cola Co.’ précitée). S’agissant de la qualification de l’opération au regard de l’art. 39, nous vous suggérons donc d’exercer un contrôle normal”.

53. Cf. Raymond Odent, *Contentieux Administrative*, Paris, Institut d’Études Politiques de Paris, 1971, pp. 1560 e ss.

54. Pierre Delvolvé, “Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., in *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 303: “Ce serait alors la précision du texte à appliquer qui déterminerait le type de contrôle exercé. En présence d’une norme précise, le juge exercerait un contrôle normal (...). Or des normes imprécises n’ont pas empêché un contrôle approfondi. La notion de faute en matière disciplinaire, celle d’ordre public examine très exactement les faits reprochés à une personne et l’adaptation de la restriction de police aux circonstances de fait (...). Cela confirme que le juge exerce le contrôle qu’il veut, en faisant des textes ce qu’il veut, et même en établissant les normes qu’il veut”.

55. Art. 29 da Lei 86-1067, de 30.9.1986, relativa à liberdade de comunicação (*Loi Léotard*).

CSA. Apesar disso, o Conselho de Estado não costuma deferir as ponderações correspondentes desta autoridade administrativa, e as examina sob o modelo de controle “normal”.⁵⁶ Assim, num caso de 2008 diversas autorizações foram anuladas por suposta violação ao dever de diversificação dos operadores.⁵⁷

Uma circunstância adicional que contribui para o controle judicial de interpretações legislativas realizadas pela administração pública é o recurso frequente que a jurisdição administrativa francesa faz aos chamados “princípios implícitos”. Através deles os tribunais podem justificar a existência de apenas uma forma correta de interpretar determinado termo legislativo, não obstante sua ambiguidade em abstrato.⁵⁸ De acordo com as palavras de Domenico Menna: “Estes princípios, identificados pela jurisprudência, consolidam a autonomia do direito administrativo no campo da produção jurídica. Estas regras reveladas de maneira pretoriana pelo juiz se impõem às autoridades administrativas mesmo na ausência de textos legislativos”.⁵⁹

56. Cf. CE, 30.7.1997, *Société d'Exploitation Radio-Chic (SERC)*, Req. 153402.

57. Cf. CE, 24.10.2008, *Société Vortex*, Req. 304549. Já, no caso CE, 30.7.1997, *Société d'Exploitation Radio-Chic (SERC)*, Req. 153402, a decisão do CSA foi mantida, mas apenas após uma análise autônoma, pelo Conselho de Estado, do respeito ao dever de diversificação. V., ainda, o caso CE, 7.6.1999, *Société M6*, Req. 193438, a propósito da classificação de uma emissão televisiva como “obra de expressão audiovisual francesa”, circunstância que a submetia a uma obrigação mínima de difusão, de acordo com a lei.

58. De acordo com as palavras de Charles Eisenmann, “le Conseil d'État ajoute à la loi, il applique des règles qu'il pose lui-même – comme une juridiction peut poser des règles; il n'est pas simple contrôleur de légalité, il est créateur de règles *extra* ou *ultra*-légales (et, parfois – rarement, au total –, *contra*-légales)” (*Cours de Droit Administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 664). Assim também Pierre Delvolvé, “Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?”, cit., in *Conseil Constitutionnel/Conseil d'État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, pp. 304-307.

59. Domenico Menna, “La théorie des principes généraux du Droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle”, in *Le Droit Administratif en Mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 201. Sobre o tema, v., ainda: Didier Linotte, “Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif”, *AJDA* 1981, p. 115; Jacques Hardy, “Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif”, *RDP* março-abril/1990, pp. 453-467; René Chapus, “De la valeur des principes généraux du Droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif”, *D.* 1966, chron. p. 119; Fabrice Melleray, “Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel? Remarques sur le caractère paradoxal de son caractère jurisprudentiel”, *AJDA* 2005, p. 637; Franck Moderne, “Actualité des principes généraux du Droit”, *RFDA* 1998, p. 495, e “Légitimité des principes généraux du Droit et théorie du Droit”, *RFDA* 1999, p. 722.

1.2.1.2 A hesitação jurisprudencial italiana e a atual orientação não deferente

O caso italiano relativo ao controle judicial de interpretações legislativas é particularmente interessante, em função das hesitações e revoluções jurisprudenciais que o caracterizam. Por um certo período adotou-se uma orientação deferente. Esta orientação foi, no entanto, posteriormente reformada, para retomar a concepção tradicional de que a interpretação e aplicação de indicações normativas imprecisas é tarefa característica dos tribunais.

Tradicionalmente, na Itália aplica-se um controle judicial deferente para as hipóteses de decisões administrativas adotadas no exercício de competência discricionária e um controle não deferente sobre as decisões adotadas no uso de competência vinculada. A intensidade do controle judicial, portanto, varia em função da natureza da competência administrativa exercida na decisão. Além disso, a compreensão de discricionariedade é bastante restrita: consiste na ponderação, pela administração pública, de interesses públicos múltiplos e conflitantes. Do ponto de vista da estrutura normativa, a discricionariedade corresponde a situações de “vazio normativo”, hipóteses em que o legislador não determina uma conduta específica, mas abre alternativas ou possibilidades ao administrador. Tradicionalmente, não se consideram geradoras de discricionariedade indicações normativas ambíguas ou opináveis no pressuposto normativo. Consequentemente, a interpretação administrativa de tais termos consiste em decisão adotada no exercício de competência vinculada, e está submetida a um controle não deferente.

Esta concepção tradicional sofreu abalos consideráveis em dois momentos históricos distintos. Nestes períodos a jurisdição administrativa passou a aplicar controle judicial deferente sobre interpretações legislativas que envolvessem as chamadas “discricionariedade técnica” e “avaliações técnicas complexas”. Sobre estas questões se falará mais profundamente no próximo capítulo. Por enquanto é suficiente afirmar que a hesitação foi (ao menos oficialmente) superada a partir do caso *Buoni Pasto*,⁶⁰ em 2004. Nele a jurisdição administrativa teria retomado e reafirmado a dualidade tradicional apontada acima.

60. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, *Buoni Pasto*. Tratava-se de condenação imposta pela autoridade antitruste italiana a diversas empresas do mercado de vale-refeição acusadas de participarem de um cartel na licitação promovida pela Consip (empresa estatal) para a aquisição de tíquetes para os funcionários da administração pública. As empresas teriam promovido acordos para fixar o nível de descontos e a repartição dos lotes licitados.

1.2.2 *Expertise numa matéria: o exemplo dos direitos humanos no Canadá*

Numa segunda hipótese, o argumento da expertise jurídica superior dos tribunais é relevante para justificar a submissão de determinada *matéria* (e não de determinada atividade) a um controle judicial não deferente. A mais precisa e relevante ilustração desta realidade é a tendência à submissão de questões relacionadas a direitos humanos no Canadá a um controle de correção (*correctness*), o modelo não deferente desta jurisdição.⁶¹ Esta orientação foi fixada pela Suprema Corte no caso *Mossop*, julgado em 1993.⁶²

Brian Mossop era um empregado público federal. O acordo coletivo que regia sua relação de trabalho continha previsão segundo a qual o falecimento de um membro da “família imediata” o autorizava a ausentar-se por quatro dias de suas obrigações laborais. De acordo com os termos do acordo coletivo, “família imediata” incluía *Common Law spouse*, mas este termo era descrito exclusivamente como uma relação entre pessoas de sexos opostos. Mossop pretendeu utilizar esta previsão para comparecer ao funeral do pai do seu companheiro, com quem vivia havia quase uma década. Tendo seu pedido negado, ingressou com reclamação contra seu empregador e o sindicato que o representava, alegando discriminação que violaria o *Canadian Human Rights Act*. A argumentação foi aceita pela autoridade administrativa competente, o *Canadian Human Rights Tribunal*, que entendeu haver discriminação com base em “situação de família”, proscria pela legislação de proteção a direitos humanos.

61. No caso *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 66, a Suprema Corte canadense refere-se aos casos relativos a direitos humanos como exemplo típico de questões que se submetem a um controle não deferencial. Para uma crítica a esta orientação, v. Claire L’Heureux-Dubé, “The ‘ebb’ and ‘flow’ of administrative law on the ‘general questions of law’”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997. A autora, então Ministra da Suprema Corte canadense, relata que a orientação deferencial também a questões relativas a direitos humanos era regra na década de 1980. Ela cita os seguintes casos: *The Board of Governors of the Seneca College of Applied Arts and Technology versus Bhadauria*, [1981] 2 SCR 181; *Canadian National Railway Co. versus Canada (Canada Human Rights Commission)*, [1987] 1 SCR 1114 (ob. cit., pp. 313-317). Fora do âmbito dos direitos humanos a doutrina destaca a incidência de um controle não deferente também em questões como direito internacional (v. David Mullan, “Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!” (1998) 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 191, 206) e direito processual (David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the process/substance distinction: *Baker versus Canada*” (2001) 51 *U. T. L. J.* 193, 197). O argumento, nestes casos, é o mesmo: a expertise superior dos tribunais nestas matérias.

62. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554.

Esta decisão administrativa foi anulada pela Corte Federal de Apelação, que considerou a revisão judicial possível sob o modelo de correção e a decisão incorreta.⁶³ A Suprema Corte manteve a anulação, sob o argumento de que a questão levantada no recurso consistia em “questão de direito”, relativa a direitos humanos e interpretação legislativa, pelo quê as cortes tinham jurisdição e estavam bem aparelhadas para solucioná-la. De acordo com a decisão, a autoridade administrativa não detinha, em relação à questão sob sua análise, nenhuma expertise específica superior à das Cortes que justificasse a deferência judicial.⁶⁴

Cinco anos depois a Suprema Corte confirmou seu posicionamento em *Pushpanathan*.⁶⁵ Um cidadão originário do Sri-Lanka pleiteava que lhe fosse concedido o *status* de refugiado com base na Convenção das Nações Unidas sobre o assunto. Alegava que tinha sido detido pelas autoridades de seu País em função de suas atividades políticas e temia perseguições se tivesse que retornar. Antes que seu pedido fosse julgado, Pushpanathan foi condenado por tráfico de drogas já no Canadá. Após obter liberdade condicional, renovou o pedido para a concessão do *status* de refugiado. O *Refugee Board* negou o pedido, argumentando que sua situação se enquadrava em dispositivo da Convenção que exclui a aplicabilidade de suas disposições para pessoas “culpadas de atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas”. A questão foi levada ao Poder Judiciário, e terminou na Suprema Corte.

Na determinação do modelo de controle a ser aplicado, a Suprema Corte afirmou que incidia o modelo de controle não deferente (de correção),

63. Tendo concluído que o modelo de controle adequado era o de correção, a Suprema Corte passou a examinar o aspecto substancial da decisão. Concluiu que o *Canadian Human Rights Tribunal* errou ao interpretar que relações homossexuais poderiam constituir “situação de família” no contexto do *Canadian Human Rights Act*. O principal argumento neste sentido é o de que o Parlamento teria recusado a inclusão da orientação sexual na lista das razões de discriminação ali proibidas (v. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 33).

64. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 47: “The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the Judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal’s decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not on a standard of reasonability”.

65. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982.

porque a autoridade administrativa não teria expertise específica no tema em exame, uma questão jurídica, de interpretação legislativa, sobre direitos humanos.⁶⁶ A propósito, a Suprema Corte salientou que a legislação que instituía a autoridade administrativa requeria que ela contivesse apenas 10% dos seus membros com formação jurídica, e não havia a obrigatoriedade de que eles participassem de todas as decisões.⁶⁷ Tendo identificado como adequado o modelo de controle de correção, a Corte passa à análise da decisão específica. Para tanto, analisa longamente o propósito e a história do dispositivo, concluindo diversamente da autoridade administrativa: o dispositivo pertinente da Convenção não se aplicaria a condenações por tráfico de drogas, não sendo este crime “contrário aos propósitos das Nações Unidas”.⁶⁸

* * *

De acordo com a primeira relação tendencial apresentada neste capítulo, portanto, deve-se aplicar controle judicial não deferente sobre decisões juridicamente sensíveis. Usualmente brandida para justificar a intervenção dos tribunais, esta relação tendencial está vinculada principalmente a dois raciocínios subjacentes. O primeiro é o de que esta incidência de um controle judicial não deferente corresponderia a um veículo de proteção a matérias juridicamente sensíveis. Em especial, permitiria a proteção reforçada de prerrogativas individuais particularmente relevantes (direitos fundamentais e humanos, por exemplo) e garantiria a salvaguarda de valores jurídicos objetivos, como aqueles de ordem constitucional. O segundo raciocínio subjacente a esta relação tendencial corresponde a uma afirmação de uma particular expertise jurídica. Esta expertise pode ser relativa a uma atividade ou a uma matéria. França e Itália oferecem um exemplo da primeira hipótese ao atribuírem controle não deferente às situações em que a administração pública realiza interpretações legislativas. Entende-se que esta atividade é *jurídica por excelência*, e, portanto, não haveria razão para que os tribunais deixassem de verificá-la a fundo. Como será visto no próximo capítulo, o Direito Canadense não adota tão ampla compreensão. En-

66. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 45: “Moreover, the Board appears to enjoy no relative expertise in the matter of law which is the object of judicial review here. A clear majority of this Court has found in a number of cases that deference should not be shown by courts to human rights tribunals with respect to ‘general questions of law’ (...), even legal rules indisputably at the core of human rights adjudication”.

67. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 47.

68. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 69.

tretanto, quando o termo legislativo interpretado envolve matéria de direitos humanos, então, os tribunais canadenses aplicam um controle não deferente, precisamente por compreender que *nesta matéria específica* os tribunais possuem expertise superior à das autoridades administrativas.

2. *Controle judicial deferente sobre decisões de natureza política*

Os limites da intervenção judicial em questões de natureza política formam tema clássico do direito constitucional. Inúmeras páginas foram escritas para justificar ou combater o controle de constitucionalidade das leis ou para discutir sua intensidade. De um lado postam-se os defensores de uma intervenção judicial mínima, os quais destacam a ilegitimidade dos tribunais para anular decisões adotadas pela mais democrática das entidades públicas, o Parlamento.⁶⁹ De outro lado, há quem ressalte a necessidade de uma supervisão judicial sobre estas manifestações democráticas, como forma de garantia da supremacia constitucional. Garantir-se-ia, assim, que as legislações não violariam direitos fundamentais ou reverteriam valores de hierarquia jurídica superior.

A relevância do tema no direito administrativo é menos clara. Não é totalmente evidente – nem é sempre admitido – que as ações administrativas envolvam (ou possam envolver) aspectos políticos. Em especial nos Países de tradição de direito administrativo a explícita detenção, pela administra-

69. É frequente que se faça referência a um suposto “governo de juízes”. A expressão foi introduzida na França por Édouard Lambert (*Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis. L'Expérience Américaine du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois*, Paris, Girard, 1921). Para uma discussão a propósito da existência deste conceito, v. o rico debate entre Michel Troper e Otto Pfersmann em “Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?”, cit., in Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Heuschling (dirs.), *Gouvernement des Juges et Démocratie*, Paris, Sorbonne, 2001. Este trabalho (i) não utiliza esta expressão; (ii) não defende que haja um governo de juízes nos sistema jurídicos estudados; e (iii) não aporta qualquer julgamento a propósito da conveniência social de um sistema jurídico que confie aos juízes a tarefa de tomar decisões políticas fundamentais. O que interessa a este trabalho é investigar se uma decisão de natureza política deveria necessariamente ser submetida a um controle judicial de intensidade tal ou qual, para que este controle possa ser considerado adaptado às circunstâncias da decisão controlada. Neste capítulo apresenta-se o fato de que no discurso de tribunais de quaisquer das jurisdições estudadas a natureza política de uma decisão administrativa parece ser entendida como aspecto determinante para que um controle judicial deferente seja aplicado sobre ela. No próximo capítulo esta ideia será objeto de questionamento prático e teórico.

ção, de competências políticas é questionável ou, no mínimo, limitada.⁷⁰ Além disso, a *implícita* detenção de tais poderes – ou seja, o exercício, pela administração, de juízos políticos em atividades não necessariamente políticas, como a interpretação de legislações ambíguas – não é admitida com facilidade.

Este trabalho sustenta que as autoridades administrativas promovem, sim, decisões políticas – ou, ao menos, “quase políticas”. Para afirmá-lo, é necessário de início tornar explícito o que se entende por “político” e o que seria a “quase politicidade”. Na acepção que interessa ao tema deste trabalho, a política consiste num exercício de eleição de prioridades e de balanceamento de finalidades públicas conflitantes. Há uma decisão política quando uma entidade realiza opções num espaço de prévia indeterminação.⁷¹

70. Isso não significa que nos Países de tradição jurídica consuetudinária a questão não tenha sido objeto de polêmica. Nos Estados Unidos, por exemplo, as amplas delegações de poderes às autoridades administrativas eram fortemente criticadas por violarem a chamada *nondelegation doctrine*. Para John Ely estas delegações consistiam em recusa do legislador de decidir questões políticas e representavam um dos maiores obstáculos a uma democracia realmente representativa. Em sua defesa à tomada das decisões diretamente pelo Congresso, Ely chega a afirmar o seguinte: “I am not saying we may not still end up with a fair number of clowns as representatives, but at least then it will be because clowns are what we deserve” (*Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 134). Na prática, a ampla disseminação das delegações legislativas a partir do *New Deal* resultou na superação da *nondelegation doctrine*. Em um manifesto pró-delegação, o Professor Jerry Mashaw listou as razões pelas quais se deve admitir que os administradores adotem decisões políticas (“Prodelegation: why administrators should make political decisions”, 1 *J. L. Econ. & Organization* 81 (1985)). Em um dos argumentos mais interessantes, ele sugere que a delegação pode até mesmo aumentar a responsabilidade do governo aos anseios dos eleitores, na medida em que ela transfere a responsabilidade das decisões políticas de uma instituição com responsabilidade difusa (Congresso, com vários parlamentares) para uma instituição com responsabilidade concentrada (admitindo que se possa atribuir as decisões da administração pública ao seu chefe, como é o caso do presidente na administração pública federal americana). Em outro ponto Mashaw desafia a racionalidade das críticas às delegações com duas perguntas desconcertantes: “The dynamics of accountability apparently involve voters willing to vote upon the basis of their representative’s record in the legislature. Assuming that our current representatives in the legislature vote for laws that contain vague delegations of authority, we are presumably holding them accountable for that at the polls. How is it that we are not being represented? (...). How exactly does it help us in choosing legislators to judge them on the basis of preference expressions that are not the expressions they would give but for the constitutional necessity of being specific?” (idem, pp. 86-87).

71. A ideia é compatível com a clássica definição de David Easton da política como “authoritative allocation of values” (*The Political System: an Inquiry into the State of Political Science*, New York, Alfred A. Knopf, 1953).

Este conceito permite que se compreenda que a política admite gradações. Há decisões claramente políticas e algumas decisões *alegadamente* políticas (ou, no dizer deste trabalho, “quase políticas”). Tanto maior é a gradação política de uma decisão quanto maior for a indeterminação anterior. Neste sentido, as opções feitas pelo Poder Constituinte originário são decisões de grau político máximo, pois estabelecem diretrizes amplas adotadas num espaço de total (ou quase total) liberdade. A partir daí, o grau de politicidade vai sendo reduzido. As leis, enquadradas que são pelas diretrizes e regras constitucionais, já apresentam um grau de politicidade menor. As ações infralegislativas, como é o caso das administrativas, possuem liberdade ainda mais limitada, e, neste sentido, possuem grau de politicidade reduzido.

O histórico jurisprudencial de ao menos duas das jurisdições estudadas registra tentativas de isolamento das manifestações *extremamente* sensíveis do ponto de vista político. Na França criou-se a “teoria dos atos de governo” (*la théorie des actes du gouvernement*),⁷² nos Estados Unidos fez-se referên-

72. O ato de governo seria “insusceptível de discussão pela via contenciosa”, tal como frequentemente afirmado pela jurisprudência administrativa. Num primeiro momento a teoria possuía dimensões bastante amplas, protegendo da intervenção judicial uma larga gama de decisões administrativas (CE, 1.5.1822, *Laffitte*; e CE, 9.5.1867, *Duc d'Aumale et Michel Lévy*). Estas dimensões foram reduzidas a partir do famoso caso CE, 19.2.1875, *Prince Napoléon*, em que o Comissário de Governo David defendeu, em sugestão aceita pelo Conselho de Estado, que, “pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émane du Gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des Ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique”. Nas décadas mais recentes a teoria tem sido utilizada para afastar intervenções judiciais (i) sobre atos emanados de outros Poderes constitucionais e (ii) sobre atos relativos às relações exteriores do Governo Francês. Assim, no primeiro caso foram imunizadas do controle judicial a recusa de apresentar um projeto de lei ao Parlamento (CE, 29.11.1968, *Tallagrand*), a recusa de propor uma revisão constitucional (CE, 26.2.1992, *Allain*) ou uma decisão relativa à aposentadoria dos parlamentares (CE, Ass., 4.7.2003, Req. 254850, *Papon*). No segundo caso incluem-se as decisões do Conselho de Estado recusando-se a controlar a decisão de suspender a execução de um tratado internacional (CE, Ass., 18.12.1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*) e, mais recentemente, a decisão do Presidente da República de autorizar o sobrevoos de aviões ingleses e americanos sobre o território francês para atacar o Iraque (Conseil d'État, 30.12.2003, Req. 255904, *Comité Contre la Guerre en Irak et Autres*). Pierre Delvolvé oferece uma razão menos nobre para a teoria dos atos de governo. Segundo ele, ela não veicula um respeito dos tribunais a decisões políticas, mas, mais precisamente, um reconhecimento da jurisdição administrativa de que ela não é “assez fort pour contrôler et éventuellement censurer des actes qui touchent a la politique pure. La meilleure preuve en est qu'au fur et a mesure que le pouvoir du Conseil d'État s'est affermi, la liste des actes de gouvernement a diminué”

cia à “teoria da questão política” (*the political question doctrine*).⁷³ A ideia era a de que estes atos fugiriam a qualquer controle judicial. O passar das décadas testemunhou inúmeras contestações e exceções às duas teorias, a tal ponto de hoje se questionar sua subsistência ou relevância.⁷⁴

(“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, pp. 296-297).

73. De acordo com Martin H. Redish: “The so-called ‘political question’ doctrine postulates that there exist certain issues of constitutional law that are more effectively resolved by the political branches of government and are therefore inappropriate for judicial resolution. As a result, the courts hold such questions to be ‘non-justiciable,’ which means that the courts will neither approve nor reject the judgments of the political branches, and will instead let the political process take its course” (“Judicial review and the political question”, 79 *Nw. U. L. Rev.* 1031, 1031 (1984-1985)). O *leading case* é *Baker versus Carr*, 369 U.S. 186 (1962), em que a Suprema Corte americana apresentou uma lista de critérios gerais para determinar a aplicabilidade da teoria: “Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question”. Outras célebres decisões em que a Suprema Corte mencionou a teoria incluem *Gilligan versus Morgan*, 413 U.S. 1 (1973), sobre a constitucionalidade do treinamento e armamento da Guarda Nacional de Ohio; *Mora versus McNamara*, 387 F.2d 862 (D.C), cert. denied, 389 U.S. 934 (1967), a propósito da constitucionalidade da Guerra do Vietnã; *Goldwater versus Carter*, 444 U.S. 996 (1979), sobre a autoridade do Presidente para extinguir tratados; *Nixon versus United States*, 506 U.S. 224 (1993), sobre a autoridade do Senado para promover a remoção de um juiz federal.

74. Na França as críticas se fundam principalmente na suposta incompatibilidade da teoria dos atos de governo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos/CEDH, que consagra um amplo direito à prestação jurisdicional. Como resultado, a teoria parece ter perdido força nos últimos anos. De um lado, tem havido uma intensificação do controle sobre os tratados internacionais (v. CE, Ass., 29.6.1990, *GISTI*; CE, Ass., 18.12.1998, *SARL du Parc d’Activités de Blotzheim*). De outro, o Conselho de Estado desenvolveu a *théorie des actes détachables*, para permitir o controle de medidas que possam ser separadas (“destacadas”) da ação realmente política (v. CE, Sect., 21.7.1972, *Legros*, e CE, Ass., 15.10.1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie Royale de Hong Kong*). Sobre a teoria dos atos de governo, de maneira crítica, v. também Michel Virally, “L’introuvable acte de gouvernement” (1952), *Revue de Droit Public* 317/58. Nos Estados Unidos a teoria da questão política recebeu fortes críticas doutrinárias, e tem sido cada vez menos referida pelos tribunais (v. Louis Henkin, “Is there a political

À margem destes casos extremos, a pesquisa efetuada para a realização do trabalho evidenciou a recorrência do argumento da politicidade de uma ação administrativa na determinação da intensidade do controle judicial. Há pouco acordo sobre *quais* atividades de fato deteriam tal natureza⁷⁵ e,

question doctrine”, 85 *Yale L. J.* 597 (1975-1976), e Martin H. Redish, “Judicial review and the political question”, 79 *Nw. U. L. Rev.* 1031 (1984-1985)).

75. No Direito Canadense, curiosamente, o argumento da politicidade fundamenta a resistência dos tribunais em se envolver no controle de atos regulamentares. Nesta matéria, as contestações judiciais devem se limitar a hipóteses de alta sensibilidade jurídica, como a violação a regras constitucionais e à Carta Canadense sobre Direitos e Liberdades (v. *Beauchemin versus Blainville (Town)*, [2003] J.Q. 10048, 231 D.L.R. (4th.) 706 (C.A.); *Canadian Civil Liberties Assn. versus Ontario (Minister of Education)*, [1990] O.J. 104, 71 O.R. (2d) 341 (C.A)). Além disso, os tribunais também podem controlar e anular regulamentos elaborados fora da competência da autoridade administrativa (questões jurisdicionais propriamente ditas – v. *Enbridge and Union Gas versus Ontario Energy Board* [2005], 74 O.R. (3d) 147 (C.A.)). Em todos estes casos o controle judicial se dá no modelo não deferente de correção. Fora destas hipóteses extremas, no entanto, o controle judicial não está disponível. O interessado em anular um regulamento administrativo não poderá alegar, por exemplo, que ele foi adotado em má-fé ou que ele consagrou opções irrazoáveis (*UL Canada Inc. versus Québec (Procureur General)*, [2003] J.Q. 13505, 234 D.L.R. (4th.) 398 (C.A.), *affid.* [2005] S.C.J. 11, 250 D.L.R. (4th.) 193). Os tribunais têm recorrentemente se recusado a se imiscuir nestas questões. Assim, por exemplo, no caso “Thorne’s Hardware Ltd.”, o proprietário de um cais e outras instalações portuárias privadas buscou contestar uma portaria de New Brunswick que ampliava os limites do porto desta região, de modo a incluir as suas propriedades. O acionante afirmava que a portaria tinha sido editada de má-fé e que o seu único objetivo era aumentar as receitas da autoridade administrativa portuária nacional (*National Harbor Board*). A Suprema Corte foi expressa ao recusar-se a fazer a análise requisitada na ação: “We were invited to undertake such an examination, but I think that with all due respect, we must decline. It is neither our duty nor our right to investigate the motives which impelled the federal Cabinet to pass the Order in Council (...). The government’s reasons for expanding the harbour are in the end unknown. Governments do not publish reasons for their decisions; governments may be moved by any number of political, economic, social or partisan considerations. (...) The Governor in Council quite obviously believed that he had reasonable grounds for passing [the order] extending the boundaries of Saint John Harbour, and we cannot enquire into the validity of those beliefs in order to determine the validity of the Order in Council” (in *Thorne’s Hardware Ltd. versus The Queen* [1983] 1 SCR 106, at. 112 and 115). O trecho transcrito não deixa dúvidas de que a indisponibilidade do controle judicial sobre atos regulamentares no Canadá tem razões políticas. A Suprema Corte recusa-se a se imiscuir nas “considerações políticas, econômicas, sociais ou partidárias” promovidas pelas autoridades administrativas, mesmo quando elas sejam irrazoáveis ou de má-fé, por exemplo. Esta diretriz claramente deferencial só cede espaço nos casos que envolverem sensibilidade jurídica sobressalente. Nesta hipótese, esta circunstância predomina, e o controle é possível.

mesmo, sobre o tanto da retração judicial correspondente; mas é fato que a circunstância da politicidade, quando reconhecida, desempenha usualmente papel *favorável* a um controle judicial deferente.

O raciocínio mais básico que subjaz a esta orientação é conhecido: uma decisão de natureza política deve caber precipuamente à instituição com maior legitimidade democrática (item 2.1). Esta visão está fundamentada na ideia de que nas decisões políticas não há necessariamente soluções corretas ou incorretas, jurídicas ou não jurídicas, mas soluções mais ou menos adaptadas à consagração de finalidades públicas diversas. A escolha de quais finalidades públicas perseguir ou de como balancear interesses públicos conflitantes deve caber, de regra, àquelas entidades públicas às quais se atribuiu tal poder. Como as entidades da administração pública possuem, de regra, maior *pedigree* democrático, os tribunais deveriam evitar submetê-las a um controle intenso, sob pena de lhes usurparem esta competência, impondo seu próprio ponto de vista sobre a matéria controvertida.

Uma segunda razão para a adoção de uma orientação judicial deferente é menos clara e menos difundida. Ela tem um viés consequencialista: fundamenta-se nos *efeitos* benéficos que a a autorrestrição judicial promoveria no âmbito destas manifestações políticas. A ideia é a de que a deferência judicial nestas matérias *amplia* a transparência e a responsabilidade das autoridades administrativas em relação às *opções* que realizam (item 2.2). A seguir, estas duas razões são desenvolvidas, com referências a exemplos concretos das jurisdições estudadas.

2.1 *A alocação do poder decisório para instituição democraticamente mais legítima*

A razão principal – mais intuitiva e mais difundida – para a consagração de uma tendência à deferência judicial no controle de decisões administrativas de natureza política reside em uma análise institucional comparativa relativa à legitimidade democrática de tribunais e autoridades administrativas. Uma orientação judicial deferente reduziria os riscos de intervenção judicial em matéria para a qual os tribunais são comparativamente pouco adaptados, alocando o poder decisório respectivo para a administração pública, detentora de maior *pedigree* político-democrático. Esta legitimidade democrática superior deriva das usuais características institucionais das autoridades administrativas, em comparação com aquelas dos tribunais.

(i) Um primeiro aspecto usualmente mencionado diz com as formas de recrutamento dos membros e as regras dos desempenhos de suas funções. É, por assim dizer, uma análise focada nas figuras principais das instituições

consideradas: os magistrados e os membros diretores das autoridades administrativas. Esta análise ressalta que os magistrados possuem normalmente cargo vitalício, não estando sujeitos a vicissitudes políticas e pressões desta natureza.⁷⁶ De regra, os magistrados não podem ser removidos nem exonerados (salvo casos extremos). Além disso, seus vencimentos independem de qualquer ação da classe política. Todas estas garantias tendem a gerar a independência e neutralidade dos magistrados da arena política – o que implica, também, independência das aspirações ou desejos da maioria da população. Os magistrados, de regra, não possuem constituintes (eleitores), sendo, por isso, pouco responsivos aos cidadãos. Os tribunais são, por excelência, instituições contramajoritárias. Como foi visto acima, todas estas circunstâncias são relevantes para o desempenho de funções tipicamente jurisdicionais, como a proteção de direitos fundamentais e a defesa de minorias. No entanto, no contexto de decisões de natureza política estas características institucionais são prejudiciais, na medida em que isolam os magistrados dos anseios da população e fazem-nos a eles pouco aderentes.

Comparativamente, as autoridades administrativas detêm maior legitimidade democrática justamente em função das suas características institucionais, que diferem do modelo acima. Os membros principais das autoridades administrativas são normalmente nomeados por agentes eleitos (por exemplo, o presidente), decorrendo já daí certa vinculação política. Além disso, seus mandatos vigem por tempo determinado, circunstância que os faz mais dependentes da esfera política. Em palavras diretas: o administrador público poderá se sentir pressionado a demonstrar fidelidade a certa ideologia ou programa de governo para ser reconduzido ao cargo ou indicado a uma nova função. Em muitos casos, aliás, os membros das autoridades administrativas possuem cargos de confiança, sendo demissíveis *ad nutum* (à conveniência da força política). Todos estes elementos levam a uma menor independência funcional dos membros dirigentes das autoridades administrativas. Esta circunstância não é necessariamente negativa; ela serve ao propósito de fazê-los mais aderentes aos anseios da população. Em resumo: fazem-nos responsivos democraticamente e, também por isso, politicamente mais legítimos do que os tribunais. Para a adoção de medidas políticas estas características são, inclusive, desejáveis.

(ii) Para além das circunstâncias relativas à figura do magistrado ou do administrador público, também os elementos obtidos a partir de uma visão mais macroscópica apontam em favor da alocação de decisões políticas às

76. Cf. Richard A. Posner, “Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework”, cit., in Daniel P. Kessler (ed.), *Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*, p. 19.

autoridades administrativas. O exame comparativo dos aspectos concernentes ao funcionamento das *próprias instituições* em questão leva a conclusões importantes referentes à sua legitimidade política. Em primeiro lugar, a autoridade administrativa costuma ter uma atuação especializada, específica em relação a determinado setor da economia ou da vida social. Em contraste com esta circunstância, os tribunais, via de regra, possuem uma atuação genérica, não particularizada. Estas diferenças fazem a autoridade administrativa mais familiarizada com as vicissitudes do setor sobre o qual sua atuação recai. Ela tem maior vivência dos seus problemas, atua diuturnamente com seus atores principais e conhece suas contingências.⁷⁷

Estas circunstâncias são acentuadas pelas diferenças nas formas de atuação entre as instituições consideradas. A atuação dos tribunais é fortemente formalizada e contingente. As informações que orientam seu agir lhes chegam por meio de canais formais, e o acesso dos cidadãos aos tribunais é disciplinado por regras relativamente estritas. Comparativamente, as autoridades administrativas atuam de maneira bastante mais informal, encorajando e estando abertas à participação popular.⁷⁸ Naturalmente, este aspecto

77. A propósito, note-se a distinção operada por Francesco Denozza entre (i) questões em relação às quais se exercem preferências difusas e (ii) questões em relação às quais se exercem escolhas de caráter instrumental. Enquanto para as primeiras todas as opiniões são válidas e devem ser tomadas em consideração, para as segundas apenas são relevantes preferências especificamente qualificadas. A sugestão do autor é que, no caso das segundas, a legitimidade democrática das autoridades administrativas pode superar até mesmo a do Parlamento. É que elas atuam mais próximas à questão, e, portanto, possuem maior facilidade para agregar os argumentos e as opiniões de tanto relevantes. Em suas palavras: “Il sistema politico, e in particolare l’organo legislativo, può essere concepito anch’esso come lo strumento per raccogliere informazioni e aggregare preferenze. (...). Però esistono preferenze diffuse, che devono essere registrate ed aggregate, e questioni relativamente alle quali non vi sono preferenze diffuse da aggregare e si tratta invece di compiere scelte di carattere ‘strumentale’. (...). Per fare un esempio, si può ritenere che nella scelta tra il destinare fondi alla protezione dell’ambiente o al potenziamento dell’Esercito, tutte le preferenze debbano essere prese in eguale considerazione e opportunamente aggregate, mentre nella scelta del tipo di armi da acquistare si accettino soltanto le preferenze supportate da pertinenti motivazioni, relative a pregi e difetti di ciascun tipo di arma. Sulla base di questa distinzione credo che potrebbe essere individuata una particolare categoria di informazioni (che le autorità indipendenti sono in grado di raccogliere ed elaborare meglio del Parlamento), e una particolare categoria di preferenze, quelle meritevoli di considerazione solo se strumentalmente motivate, che tali autorità sono particolarmente attrezzate ad aggregare (Francesco Denozza “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/476-478).

78. Frédéric Dupuis-Toubol faz referência à “sensibilidade política” do regulador: “Enfin, la saisine d’un régulateur sectoriel suppose que l’on s’interroge

comparativo torna a autoridade administrativa ainda mais bem informada e, presumivelmente, mais aderente às aspirações do espectro da população à qual sua atuação é particularmente pertinente.

Além da formalidade do acesso, os tribunais são marcados pelos efeitos do princípio da inércia, que os impede de atuar por iniciativa própria. Para garantir sua imparcialidade e neutralidade, os tribunais, via de regra, não têm poder de iniciativa: apenas atuarão nos casos que lhes forem levados à apreciação. Isto produz duas consequências. A primeira é uma acentuação do aspecto anterior, relativo à informação: os tribunais forçosamente terão acesso a apenas uma fração da problemática relativa ao setor objeto da atuação da autoridade administrativa. Afinal, nem todas as suas decisões ou medidas serão contestadas judicialmente. A segunda consequência é a de que os tribunais têm sua atuação limitada pelos pedidos das partes que trouxeram a questão a juízo. Além de não poder iniciar medidas, os tribunais tampouco podem atuar fora da amplitude formatada na ação judicial. Sua margem de manobra, portanto, é bastante reduzida. A administração pública, ao contrário, pode atuar de ofício. Esta circunstância lhe permite maior amplitude de ação tanto do ponto de vista cognitivo (de acesso a informações) como do ponto de vista da atuação concreta.⁷⁹

au préalable sur des questions d'opportunité. Un régulateur est en effet très sensible aux signaux que chacune de ses décisions peut avoir à l'égard du marché, des consommateurs, voire du monde politique. Or, les messages que sont chacune de ses décisions influent nécessairement sur leur contenu et même s'il est vrai que la médiatisation de la justice peut avoir le même type d'effet sur les juges, cela reste pour l'instant à un moindre degré" ("Le juge en complémentarité du régulateur", *LPA* 17/17, 23.1.2003).

79. No caso específico do Direito Francês há uma circunstância adicional a limitar a legitimidade democrática das decisões da jurisdição administrativa: a extrema laconicidade de sua motivação. Os acórdãos do Conselho de Estado são tradicionalmente bastante concisos. Muitas vezes as motivações incluem meras referências a textos de lei, como se deles decorressem automaticamente. Trata-se da concepção de que o juiz é *la bouche de la loi*. Daí os tribunais tomarem decisões cruciais relativas a áreas complexas, como regulação de telecomunicações e energia, em poucos parágrafos. A circunstância não passa sem críticas da doutrina. Jean-Yves Chérot, por exemplo, contesta a adequação dos "métodos habituais de redação" do Conselho de Estado em suas decisões relativas ao direito da concorrência ("Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", *AJDA* 2000, p. 687). Pascale Idoux faz considerações semelhantes em relação às decisões tomadas no domínio da regulação das telecomunicações ("Juger la régulation, c'est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)", *Revue du Droit Public* 6/1643, 1.11.2005). É bastante raro que o Conselho de Estado discuta argumentos contrários ou explique por que as razões que fundamentam suas decisões são superiores às razões da tese oposta. O problema é ainda agravado pelo fato de que o Conselho do Estado não publica dissensos – e, portanto, a população não tem acesso

(iii) Há alguma controvérsia a propósito da aplicação deste raciocínio de superioridade democrática da administração pública às autoridades administrativas independentes. É encontradiço na doutrina o argumento de que nesta hipótese a superioridade democrática não se verificaria, precisamente em função da propalada independência destas instituições do poder político.⁸⁰ O argumento não procede. As autoridades administrativas independentes de fato detêm algumas características que as fazem menos susceptíveis ao cenário político do que as autoridades administrativas tradicionais, ligadas mais profundamente ao governo central.⁸¹ Assim, por exemplo, os membros das autoridades administrativas independentes normalmente possuem mandato fixo, não podendo ser demitidos *ad nutum*. Além disso, elas costumam ter alguma independência orçamentária e funcional. Estas características foram pensadas para fazer estas autoridades mais estáveis e

às discussões que foram travadas a portas fechadas. Ao qualificar questões como meramente jurídicas, a jurisdição administrativa francesa esconde do público o fato de que, bastante frequentemente, o Direito deixa espaço para escolhas. No caso de ambiguidades na legislação, os tribunais tendem a escolher uma opção e argumentar que aquela é a única solução juridicamente possível. Escolhas de natureza no mínimo quase políticas são apresentadas como imposições legais. O problema da concisão dos acórdãos é parcialmente mitigado pelas razões dos *rapporteurs publics*, antes chamados de comissários de governo. Membro do Conselho de Estado que propõe uma solução para o caso, o *rapporteur public* usualmente oferece razões mais longas e mais desenvolvidas para o caso. Martine Lombard, por exemplo, elogia a fineza do raciocínio econômico dos então comissários de governo (“Les analyses économiques dans le contrôle juridictionnel des actes pris sur proposition des agences de régulation”, *Droit Administratif* 1, janeiro/2005, comm. 12). Mas é bastante controverso que suas razões possam ser consideradas as razões do Conselho de Estado. O *rapporteur public* não vota, e às vezes o Conselho de Estado não segue sua proposta de decisão. Aliás, mesmo nos casos em que o Conselho de Estado adota a mesma decisão proposta pelo *rapporteur public* não é totalmente claro se o fez pelas razões por ele propostas ou em que medida elas foram acatadas.

80. V., por exemplo, Martin Collet, *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 171-172: “En effet, on l’a dit, la dénonciation du pouvoir de substitution et, plus généralement, du ‘gouvernement des juges’ repose sur le primat accordé à la légitimité démocratique, dont est paré le gouvernement: sans être élu par le peuple, il en est tout de même l’émanation, et reste responsable devant ses représentants qui sont les parlementaires et, dans une certaine mesure, devant le président de la République. La situation des autorités administratives indépendantes est bien sur incomparable. Instituées par le Parlement, elles sont certes susceptibles d’être supprimées par leur créateur. Mais dans leur fonctionnement, l’indépendance qu’on a voulu leur garantir va de pair avec une complète irresponsabilité ‘politique’: elles ne répondent de leur action que devant le juge”.

81. Sobre o tema, v. Martine Lombard, “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *AJDA* 2005, p. 530.

neutras – elementos que propiciam um ambiente regulatório mais previsível e favorecem a captação de investimentos. As autoridades administrativas independentes são, assim, de regra, politicamente menos sensíveis e, sob este ângulo, democraticamente menos legítimas do que as autoridades administrativas tradicionais. Mas isto não é totalmente relevante para determinar a intensidade do controle judicial sobre elas incidente.

A análise comparativa institucional que é relevante no caso do controle judicial da administração pública é aquela que se dá entre os tribunais e as autoridades administrativas controladas. Ainda que as autoridades administrativas independentes sejam democraticamente menos legítimas do que a administração pública tradicional, elas seguem apresentando largas vantagens institucionais para tomar decisões políticas quando comparadas aos tribunais.⁸² Basta retomar os argumentos de superioridade citados acima. Se, por um lado, a configuração institucional das autoridades administrativas independentes faz inválidos os argumentos relativos à demissibilidade *ad nutum* e, em alguma medida, aqueles que concernem à vinculação das autoridades às aspirações da esfera política, por outro lado, todas os demais argumentos de superioridade democrática seguem válidos. Ainda no que concerne aos aspectos micro, relativos aos membros dos tribunais e das autoridades administrativas, as peculiaridades das autoridades independentes não fazem seus membros menos dependentes do poder político para uma eventual recondução ou nomeação a outro cargo na administração. Já, no que concerne os aspectos *macro*, relativos à forma de atuação das instituições, a validade da análise acima segue intacta também em relação às autoridades administrativas independentes.

Em resumo, portanto: elementos institucionais relativos tanto à forma de atuação dos tribunais e das autoridades administrativas quanto ao recrutamento e exercício de funções dos seus membros revelam a maior legiti-

82. Cass Sunstein fornece, ainda, outras precisões aos argumentos institucionais mais comuns, mas afirma que elas não comprometem a alegação básica de que as autoridades administrativas possuem *pedigree* democrático superior ao dos tribunais: “Some qualifications are necessary here. Of course ‘independent’ agencies – those whose heads are appointed for fixed terms and are not subject to plenary removal power – are to a degree insulated from presidential policy-making. (...). Moreover, shifts in the Judiciary are a predictable consequence of shifts in the administration, and in this sense courts are not wholly independent. Finally, agencies are sometimes subject to narrow or parochial pressures. Their decisions can hardly be said to track the public will in all cases. These qualifications do not, however, undermine the basic claim that the democratic pedigree of the agency is usually superior to that of the court (“Law and administration after Chevron”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2087 (1990)).

midade democrática destes últimos para a adoção de decisões de natureza política. A seguir esta conclusão será ilustrada através da apresentação do regime judicial de duas atividades administrativas tendencialmente políticas: o balanceamento de interesses públicos conflitantes (item 2.1.1) e as ponderações orçamentárias que informam a opção de agir ou não agir da administração (item 2.1.2).

2.1.1 *A ponderação de interesses públicos conflitantes*

A ponderação de interesses públicos conflitantes é uma atividade frequentemente desempenhada pela administração pública. Trata-se de atividade com conteúdo político bastante saliente. Afinal, esta ponderação consiste em privilegiar um entre dois (ou mais) valores igualmente válidos do ponto de vista jurídico. Além disso, ela pode consistir também num juízo a propósito da intensidade em que um valor pode ser desassistido, em face da consagração de outro. Estão aí dois traços relevantes da “politicidade” de uma atuação administrativa: de um lado, a ausência de uma solução prévia e juridicamente definida (em outras palavras: a *indeterminação jurídica*); de outro, a *eleição* de prioridades. Desta decisão administrativa decorrerá a canalização de recursos e esforços públicos para a realização de uma finalidade social, em detrimento de outra(s).

Precisamente e explicitamente em função destas circunstâncias, os Direitos Italiano e Canadense reservam a esta atividade administrativa um controle judicial deferente. Nestes dois Países os tribunais valem-se de conceitos específicos para referir a ponderação de interesses múltiplos conflitantes: *discrezionalità amministrativa*, na Itália (item 2.1.1.1); *poliocentrismo*, no Canadá (item 2.1.1.2).⁸³

83. Ao contrário do que ocorre nos Direitos Canadense e Italiano, o Direito Americano não possui um conceito específico para designar a atividade administrativa de balanceamento de interesses públicos. Esta circunstância contribui para que as discussões específicas a este respeito sejam menos desenvolvidas. Ainda assim, não faltam menções, nesta jurisdição, à ideia de que esta atividade deve ser submetida a um controle deferente. No âmbito da doutrina *Chevron* (interpretações legislativas da administração pública) a atividade de balanceamento de interesses conflitantes levaria à aplicação de um controle judicial deferente. No próprio caso *Chevron* a Suprema Corte americana entendeu que a finalidade da legislação pertinente, a ser aplicada pela autoridade de regulação ambiental (EPA), era complexa e contraditória: melhorar as condições da poluição do ar, mas sem travancar o progresso econômico. O conceito-bolha que a agência deu à expressão “fontes fixas” foi considerado precisamente uma *razoável conciliação* entre as finalidades conflitantes da lei (in *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council*,

2.1.1.1 A discricionariedade administrativa na Itália

O primeiro exemplo é o do regime jurídico da discricionariedade no Direito Italiano.⁸⁴ Na teoria dominante nesse País a discricionariedade corresponde à competência administrativa para realizar a ponderação e o balanceamento de interesses públicos conflitantes no espaço de indeterminação normativa.⁸⁵ A atuação administrativa discricionária, portanto, envolve

Inc., 467 U.S. 837, 847 (1984)). A Suprema Corte fez menções expressas à “complexidade” do esquema regulatório ambiental que deveria ser administrado pela EPA. Observou que o Congresso não havia optado por uma solução específica no conflito entre a melhoria das condições do ar e o progresso econômico. Ao não se posicionar expressamente em privilégio a uma ou outra destas finalidades, o Congresso deixou esta questão para ser resolvida no caso concreto pela autoridade reguladora. Fora do âmbito da interpretação legislativa, as ponderações de interesses e considerações conflitantes também dão azo à deferência judicial. No caso *Consolo versus Federal Maritime Commission*, 383 U.S. 607 (1966), a Suprema Corte esclareceu a natureza do controle de evidências substanciais (*substantial evidence test*). Ele é apresentado como um modelo de controle judicial que minimiza a oportunidade dos tribunais de substituírem sua discricionariedade pela das autoridades administrativas, especialmente em casos em que as decisões administrativas se baseiem numa mistura de considerações complexas e difíceis de controlar. A ponderação de provas e de interesses que antecedem as determinações das autoridades administrativas caberia a elas próprias.

84. A discricionariedade é noção relevante também no Direito Francês, mas neste caso ela não designa um conceito preciso que *leva* à aplicação de um controle deferente. Na França a discricionariedade é uma espécie de conceito posterior: uma ação é dita discricionária *porque* a jurisdição administrativa optou por não controlá-la; e não o contrário (cf. Pierre Delvolvé, “Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 271). Não há, por isso, uma teorização sobre o que constituiria na França uma ação discricionária – ainda que se possa admitir que o texto normativo desempenha papel relevante nesta circunstância. Sobre o que leva uma decisão administrativa a ser, ou não, objeto de controle judicial não deferente (e, portanto, ser ou não ser discricionária), v. o Capítulo II da Segunda Parte.

85. Diferentes teorizações foram promovidas para conceituar o poder discricionário na Itália. Duas tiveram importância destacada. Na primeira delas a discricionariedade era identificada com o espaço que a lei abria para a determinação, pela administração, da medida *exata* voltada à realização do *interesse público* ali elencado. Todas as alternativas relativas a este espaço de liberdade são igualmente válidas perante o Direito. Esta primeira teoria pode ser chamada de “teoria da escolha” (*teoria della scelta*). Uma segunda teorização, atualmente dominante, deve-se ao Professor Massimo Severo Giannini. Para este professor a “teoria da escolha” peca por estar fundamentada na unicidade do interesse público. Ele centra o traço essencial da discricionariedade na identificação, pela administração, de um interesse público primário que deve prevalecer sobre outros interesses públicos secundários. A discricionariedade seria abrir à administração uma opção entre outras

eleição de prioridades entre necessidades e aspirações da coletividade – todas elas conformes ao Direito.

Pois bem: a regra é que o controle judicial aplicado sobre o exercício da discricionariedade é limitado às hipóteses de “excesso de poder” (*ecces-so di potere*). Trata-se de um controle deferente, que consiste unicamente na verificação de respeito aos deveres aplicáveis genericamente à atuação administrativa, como razoabilidade, congruência, coerência, lógica e adequação. Respeitadas estas circunstâncias, a escolha promovida pela autoridade administrativa é juridicamente *incontrastável*. Dito de outro modo: a administração é livre para escolher entre aquelas opções abertas pela legislação e que não sejam irrazoáveis, incongruentes, incoerentes, ilógicas ou inadequadas (os chamados “elementos de legitimidade”). Este espaço de liberdade de escolha é chamado de “mérito administrativo”.⁸⁶

De acordo com o entendimento da doutrina italiana, o mérito corresponde a uma esfera de ação livre de condicionantes jurídicas.⁸⁷ Ele é regido por “normas não jurídicas”, mas de boa administração. A escolha feita pela administração será informada por juízos políticos ou administrativos a propósito da sua *oportunidade* ou *conveniência social*. Em suma: a decisão realizada em seu âmbito não é jurídica, mas política (ou “quase política”). Justamente por isto, está isenta do controle judicial.⁸⁸

abstratamente permitidas pela lei, num ambiente de multiplicidade de interesses. Esta teoria foi denominada “teoria da atividade comparativa de interesses” (*teoria dell’attività comparativa di interessi*). Dois seriam os momentos essenciais do poder discricionário: (i) *il giudizio*, quando a administração identifica e avalia os fatos e os interesses relevantes; (ii) *la scelta*, quando a administração identifica e escolhe a solução mais idônea a realizar o interesse público primário. Esta compreensão da discricionariedade é relevante aqui porque ela a caracteriza como uma atividade política, no sentido aqui adotado. Sendo assim, importa identificar o controle judicial que se lhe aplica.

86. Ainda que seja de se notar um “avanço do Direito sobre a discricionariedade” ou, dito de outro modo, um avanço da legitimidade sobre o mérito. O espaço de liberdade de que goza a administração é hoje menos amplo que anteriormente. A este respeito a doutrina costuma apontar os critérios de “economicidade e eficácia” trazidos pela Lei 241/1990, que limitam as ações administrativas efetivamente válidas perante o Direito.

87. V., por exemplo, Antonio Romano Tassone, “Sulle vicende del concetto di ‘merito’”, *Diritto Amministrativo* 3/517-556, 2008.

88. O mérito administrativo só está submetido ao controle judicial em hipóteses extremamente excepcionais e taxativamente previstas na legislação. São os casos da chamada “jurisdição de mérito”. Neles o juiz administrativo pode controlar sem limites a escolha da Administração. Ele atuará como se fora um superior hierárquico da administração: pode substituir o ato, refazendo as avaliações de oportunidade e

Em conclusão: o regime da discricionariedade administrativa na Itália é uma manifestação cabal da relevância da natureza política de uma questão no que concerne ao controle que lhe é aplicável. O mérito administrativo está isento de controle judicial *porque* se considera que ele envolva um juízo político, e não jurídico. O raciocínio subjacente é o de que este juízo deve ser reservado à administração pública, salvo de intervenções judiciais que possam desvirtuá-lo. Isso garantiria a tomada de decisão pela instituição pública dotada de vantagens comparativas para tanto.

2.1.1.2 O conceito de policentrismo no Canadá

No Direito Canadense a intensidade do controle judicial incidente num determinado caso depende da aplicação de um teste contextualizado em que são sopesados diversos aspectos da decisão controlada e da autoridade que a prolatou.⁸⁹ Em uma das fases deste teste costuma-se examinar se a função que a legislação comete à autoridade se assemelha ou difere do papel tradicional cumprido pelas cortes.⁹⁰ Assim, quando a finalidade da lei é a proteção de grupos vulneráveis, a tendência é por um controle não deferente, porque este é o papel tradicionalmente cumprido pelas cortes. Por outro lado, esquemas administrativos complexos, que requerem competências diferentes daquelas usualmente atribuídas aos tribunais, atraem a aplicação de modelos de controle judicial deferente.⁹¹ No âmbito desta análise, os tribunais canadenses lançaram mão do conceito de *policentrismo*,⁹² que merece uma atenção mais detida em função dos objetivos deste capítulo.

conveniência. A entrada em vigor do Código de Processo Administrativo, em 2010, reduziu sensivelmente os casos de jurisdição de mérito na Itália. A hipótese mais comum é a do chamado *giudizio di ottemperanza*. Outra hipótese significativa já foi mencionada acima: trata-se das sanções pecuniárias da administração, incluídas aquelas impostas pelas autoridades administrativas independentes.

89. Sobre as fases e o conteúdo do teste contextualizado aplicado pelos tribunais canadenses, v. o Capítulo II da Segunda Parte, item 2.1.

90. *Barrie Public Utilities*. V. também *Baker versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999], para 60, falando de controle limitado nos casos em que “decision relates directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them”.

91. *Monsanto Canada Inc. versus Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 SCR 152, at. 203; *Dr. Q versus College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 SCR 226, at. 612.

92. A primeira menção ao policentrismo parece ser devida a Lon L. Fuller, “The forms and limits of adjudication”, 92 *Harv. L. Rev.* 353 (1978).

O policentrismo corresponde a característica da competência decisória de algumas autoridades administrativas. Ele consiste na necessidade de balanceamento e ponderação de interesses públicos múltiplos e conflitantes. O exercício de competências policêntricas está tendencialmente submetido a um controle limitado. Numa aplicação concreta do que se disse acima, a racionalidade por trás deste raciocínio é a de que as autoridades que tomam decisões policêntricas afastam-se bastante da estrutura decisória judicial tradicional, que é meramente bipolar. Os tribunais, portanto, estariam menos adaptados a tomar estas decisões, uma vez que suas características institucionais não os qualificam para balancear múltiplos interesses conflitantes. O conceito foi mencionado pela primeira vez no caso *Pushpanathan*,⁹³ mas retomado posteriormente em diversas oportunidades.⁹⁴

93. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 36: “Where the purposes of the statute and of the decision-maker are conceived not primarily in terms of establishing rights as between parties, or as entitlements, but rather as a delicate balancing between different constituencies, then the appropriateness of court supervision diminishes, (...). These considerations are all specific articulations of the broad principle of ‘polycentricity’ well known to academic commentators who suggest that it provides the best rationale for judicial deference to non-judicial agencies. A ‘polycentric issue is one which involves a large number of interlocking and interacting interests and considerations’ (P. Cane, *An Introduction to Administrative Law* (3rd ed. 1996), at p. 35). While judicial procedure is premised on a bipolar opposition of parties, interests, and factual discovery, some problems require the consideration of numerous interests simultaneously, and the promulgation of solutions which concurrently balance benefits and costs for many different parties. Where an administrative structure more closely resembles this model, courts will exercise restraint”.

94. Em *Pushpanathan*, caso em que o conceito foi mencionado pela primeira vez, a Corte concluiu que a decisão da autoridade administrativa de negar *status* de refugiado para um indivíduo com condenações criminais não constituía questão policêntrica. Para uma decisão mais recente em que a questão foi de fato considerada policêntrica, v. *Bell Canada versus Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 SCR 764: “In my view, therefore, the issues raised in these appeals go to the very heart of the CRTC’s specialized expertise. In the appeals before us, the core of the quarrel in effect is with the methodology for setting rates and the allocation of certain proceeds derived from those rates, a polycentric exercise with which the CRTC is statutorily charged and which it is uniquely qualified to undertake. This argues for a more deferential standard of review, which leads us to consider whether the CRTC was reasonable in directing how the funds from the deferral accounts were to be used”. V. também *Trinity Western University versus British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 SCR 772; *Voice Construction Ltd. versus Construction and General Workers Union, Local 92*, [2004] 1 SCR 609. Para discussões sobre a natureza policêntrica ou não de uma questão, v. *Barrie Public Utilities versus Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 SCR 476; e *ATCO Gas & Pipelines Ltd. versus Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 SCR 140.

A tendência à aplicação de um controle judicial deferente nestas hipóteses vai exatamente no sentido do argumento principal deste capítulo. O balanceamento de interesses públicos conflitantes é atividade política por excelência. Assim, é compreensível que os tribunais limitem sua intervenção. É também curioso que a limitação se dê explicitamente por razões ligadas a uma análise institucional comparativa: as autoridades administrativas seriam mais adaptadas para desempenhar esta função.

2.1.2 *A ponderação orçamentária e o controle da inação*

Outro exemplo interessante do respeito judicial a juízos políticos da administração pública pode ser verificado no controle da sua inação. Em geral os tribunais se mostram sensíveis ao argumento de que a decisão de agir, ou não, em determinada circunstância envolve ponderações político-administrativas que cabem à própria administração. Por estas razões, costumam negar-se a intervir (ou limitar a intensidade de sua intervenção) nos casos em que uma autoridade administrativa se recusa a agir.

Os exemplos apresentados a seguir são bastante ilustrativos. Eles demonstram que a decisão de adotar, ou não, determinada medida, abrir, ou não, procedimento sancionatório, envolve considerações sobre a organização de tempo, pessoal e recursos das autoridades administrativas. Estas considerações dependem de eleições de prioridades com vistas ao melhor desempenho das funções que lhes cabem, num cenário de restrições orçamentárias e multiplicidade de competências. Por isso, trata-se de ponderações que cabem precipuamente à própria atividade administrativa.

Por compartilhar deste raciocínio, os Direitos Americano e Francês têm limitado a intervenção judicial em hipóteses de inação. No caso americano esta orientação é mais genérica. Incide sobre a inação administrativa uma presunção de indisponibilidade do controle judicial (item 2.1.2.1). No caso francês a orientação está restrita ao chamado direito disciplinar, ramo do direito administrativo que regulamenta o exercício do poder sancionatório. A princípio, o terceiro eventualmente prejudicado pela recusa administrativa de iniciar um procedimento sancionatório não tem recurso ao Poder Judiciário (item 2.1.2.2).

Nos dois casos esta presunção de indisponibilidade do controle judicial está sujeita a limitações. Tanto nos Estados Unidos como na França a recusa reiterada de agir dá lugar à intervenção judicial, para evitar o abandono de competências por uma autoridade administrativa. Outras exceções particulares a cada caso se aplicam, e são mencionadas adiante.

2.1.2.1 A presunção de indisponibilidade do controle da inação nos EUA

Nos Estados Unidos o respeito às decisões das autoridades administrativas relativas ao gerenciamento de seus próprios recursos gerou uma *presunção de indisponibilidade do controle judicial* nos casos de inação. Embora sujeita a algumas exceções, a solução mereceu críticas, pelo extremo de tornar o controle *indisponível*, ao invés de apenas limitado.

2.1.2.1.1 *O estabelecimento da presunção no caso Heckler versus Chaney* – A presunção de indisponibilidade do controle no caso de inações foi estabelecida no caso *Heckler versus Chaney*, de 1985.⁹⁵ Detentos condenados à pena de morte alegavam que a droga usada nas injeções letais violava a legislação pertinente. Requereram, então, à *Food and Drug Administration/FDA* que tomasse medidas para impedir estas violações. A FDA recusou-se a agir, em decisão que veio a ser impugnada judicialmente. O caso chegou à Suprema Corte, que entendeu que as decisões a propósito de tomar, ou não, uma *enforcement action* estão normalmente imunes ao controle judicial.

A principal razão citada pela Suprema Corte para justificar esta presunção de indisponibilidade do controle é a de que a decisão administrativa de *não agir* normalmente envolve uma complicada ponderação de vários fatores, a qual é mais bem realizada pela autoridade administrativa. Como exemplo, é preciso que a agência avalie não apenas se uma violação ocorreu, mas se seus recursos são mais bem empregados no processamento desta ou de outra infração. Deve examinar as chances de a ação ser bem sucedida, se este processamento específico ou algum outro se enquadra melhor na sua política geral e, mesmo, se a agência possui recursos para levar adiante a ação. A Suprema Corte deixa claro que não é viável que as agências atuem contra todas as violações cometidas à legislação que lhes cabe administrar. Por esta razão, cabe-lhe fazer uma avaliação de suas prioridades, tendo em vista suas missões públicas. E estas ponderações são mais adequadamente realizadas pelas agências do que pelos tribunais.⁹⁶

95. *Heckler versus Chaney*, 470 U.S. 821 (1985). Não se deve imaginar que a orientação da Suprema Corte em matéria de desregulação seja a mesma adotada no caso de inações. Sobre o tema, v.: Cass Sunstein, “Deregulation and the hard-look doctrine”, 1983 *Sup. Ct. Rev.* 471, pp. 194-203; e Abner J. Mikva, “The changing Role of Judicial Review”, 38 *Admin. L. Rev.* 115, 125-131 (1986).

96. *Heckler versus Chaney*, 470 U.S. 821, 831-832 (1985): “The reasons for this general unsuitability are many. First, an agency decision not to enforce often involves a complicated balancing of a number of factors which are peculiarly within

2.1.2.1.2 As observações do Ministro Marshall: a alternativa do controle leniente – O estabelecimento da presunção de *indisponibilidade* do controle é certamente uma solução judicial extrema. Em interessante voto separado no caso *Heckler versus Chaney*, o Ministro Marshall criticou a posição da maioria e sugeriu que o controle judicial deveria ser considerado disponível, bastando que se aplicasse um modelo de controle leniente nos casos em que a inação decorresse de uma ponderação orçamentária da autoridade administrativa. A ideia é a de que a aplicação de um modelo de controle judicial deferente seria suficientemente respeitadora das considerações político-administrativas das autoridades, sem limitar desnecessariamente a proteção de direitos dos cidadãos. Em específico, o Ministro Marshall insiste que a solução da indisponibilidade do controle levará a contenção judicial para *muito além* das hipóteses que a motivaram.⁹⁷ Afinal, o controle estará indisponível não apenas nas situações em que a inação se deveu a razoáveis considerações político-administrativas, mas também quando ela tenha sido fraudulenta ou causada por razões escusas ou simples desídia.⁹⁸

2.1.2.1.3 A eventual superação da presunção de indisponibilidade do controle – Ainda que a crítica do Ministro Marshall seja procedente, é pre-

its expertise. Thus, the agency must not only assess whether a violation has occurred, but whether agency resources are best spent on this violation or another, whether the agency is likely to succeed if it acts, whether the particular enforcement action requested best fits the agency's overall policies, and, indeed, whether the agency has enough resources to undertake the action at all. An agency generally cannot act against each technical violation of the statute it is charged with enforcing. The agency is far better equipped than the courts to deal with the many variables involved in the proper ordering of its priorities. Similar concerns animate the principles of administrative law that courts generally will defer to an agency's construction of the statute it is charged with implementing, and to the procedures it adopts for implementing that statute".

97. Expressando concordância com a ideia de que a maioria da Suprema Corte adotou solução desnecessariamente extrema, v.: Abner J. Mikva, "The changing role of judicial review", cit., 38 *Admin. L. Rev.* 115, 135 (1986); e as opiniões de Ronald Levin, Alan Morrison e Cass Sunstein, in Kenneth W. Starr, Cass R. Sunstein, Richard K. Willard e Alan B. Morrison, "Judicial review of administrative action in a conservative era", 39 *Admin. L. Rev.* 353, 384-392 (1987).

98. *Heckler versus Chaney*, 470 U.S. 821, 842-843 (1985). Na moderação de um debate entre professores de Direito Administrativo a propósito da decisão de *Heckler versus Chaney*, Ronald Levin sugere que em algumas situações a desídia da autoridade administrativa pode decorrer de mera discordância ideológica com a legislação que deve aplicar (cf. Kenneth W. Starr, Cass R. Sunstein, Richard K. Willard e Alan B. Morrison, "Judicial review of administrative action in a conservative era", cit., 39 *Admin. L. Rev.* 353, 380).

ciso ter claro que a presunção de indisponibilidade do controle pode ser superada por algumas circunstâncias. Estas circunstâncias foram mencionadas no próprio julgamento do caso *Heckler versus Chaney*, no voto concorrente do Ministro Brennan. Embora as importantes hipóteses mencionadas pelo Ministro Marshall não estejam contempladas, o controle judicial estará disponível (i) quando a agência deixa de agir apenas porque acredita que não tem competência para tomar aquela medida ou (ii) quando a agência conscientemente e expressamente adota uma política de inação que é tão extrema que importa sua abdicação de cumprir com suas responsabilidades sob a legislação.⁹⁹ Uma exceção adicional – e mais significativa – foi mencionada no próprio voto do Relator: o controle judicial estará disponível nos casos em que o Congresso tenha estabelecido regras em legislação específica, provendo as balizas através das quais a inação seria controlada.¹⁰⁰

2.1.2.2 A “oportunidade da persecução” no direito disciplinar da França

O Direito Francês consagra solução muito semelhante à americana no âmbito específico do direito disciplinar.¹⁰¹ Os tribunais fazem referência recorrente ao princípio da “oportunidade da persecução”, que rege este ramo do direito administrativo e produz uma presunção de indisponibilidade de controle para casos de recusa de sancionar. No Direito Francês, no entanto, além de a solução vigor apenas no direito disciplinar (e não ser aplicável a todas as inações,¹⁰² como nos Estados Unidos), suas exceções são mais significativas.

99. Cf. *Heckler versus Chaney*, 470 U.S. 821, 839 (1985).

100. De acordo com a Suprema Corte, estas regras específicas permitiram o controle da inação administrativa no caso *Dunlop versus Bachowski*, 421 U.S. 560 (1975).

101. Fora do âmbito disciplinar, contudo, os casos de inação administrativa são frequentemente submetidos a um controle judicial deferente, sob o modelo de “erro manifesto de apreciação”. Assim se dá quando o texto legislativo estabelece a mera possibilidade (e não obrigação) de adotar determinada medida. V., por exemplo, CE (sect.), 5.11.2003, *Soc. Interbrew* (sobre a recusa ministerial de intimar o Conselho da Concorrência a propósito de uma operação de concentração econômica); CE, 8.3.2006, *Syndicat National Professionnel de Médecins du Travail* (sobre a opção de criar, ou não, um corpo de funcionários); CE, Ass., 29.3.1968, *Soc. Du Lotissement de la Plage de Pampelonne* (sobre a possibilidade de recusa de concessão da permissão de construir no caso de riscos à localidade).

102. V. por exemplo, o caso CE, Ass., 7.7.2004, *Danthony*, em que o Conselho de Estado afirmou expressamente que o fato de o texto da lei indicar que a administração “pode” tomar uma medida não a deixa necessariamente livre para decidir sobre a oportunidade de agir.

2.1.2.2.1 O conteúdo do princípio da “oportunidade da persecução”

– A regra geral no direito disciplinar francês é a de que, nos casos em que uma autoridade administrativa se recusa a exercer seu poder sancionatório, o terceiro eventualmente prejudicado não tem direito a contestar tal inação em juízo. A jurisprudência a este respeito é extensa e inclui casos de descontentamento com a decisão do Ministro da Justiça de não sancionar um magistrado;¹⁰³ irresignação contra a inação punitiva da ordem profissional da Medicina sobre um médico;¹⁰⁴ contestação de um professor com a eleição de um diretor para um aluno problemático de sua classe¹⁰⁵ – por exemplo.

Nestes casos, e em diversos outros, os requerentes viram negada a possibilidade de contestação judicial destas recusas de sancionar. Em todos o Conselho de Estado fez menção ao “princípio da oportunidade da persecução” (*principe de l’opportunité des poursuites*), para indicar que a opção por aplicar, ou não, uma sanção envolve considerações de ordem política e administrativa que cabem à autoridade administrativa.

2.1.2.2.2 O princípio é aplicável apenas em relação a sanções administrativas – Um primeiro esclarecimento necessário sobre o princípio da oportunidade da persecução é que ele se aplica unicamente aos casos de eventuais faltas *administrativas*. A vítima de um *delito penal* tem garantida a admissão do seu recurso contra a recusa de uma autoridade administrativa de levar o caso à autoridade judiciária competente, para dar início a eventual processo penal. Nesta hipótese, portanto, a ação da autoridade administrativa é obrigatória, e não envolve as considerações de oportunidade presentes no caso das sanções administrativas. Na linguagem aqui utilizada parece possível afirmar que os regimes diferentes se justificam porque no caso de violações penais são mais relevantes os aspectos jurídicos; no caso de sanções administrativas são mais salientes os aspectos político-administrativos.

2.1.2.2.3 A primeira exceção: a inação recorrente e sistemática – A primeira exceção à presunção de indisponibilidade do controle judicial no Direito Francês encontra correspondente exato no Direito Americano. Trata-se da hipótese em que a recusa de sancionar se revela repetitiva, sistemática, constituindo quase uma abdicação de seus próprios poderes. Nesta

103. CE, 25.3.1994, *Guéand*, Req. 123644.

104. CE, 19.10.1979, *Giaconia*, p. 383.

105. CE, 10.7.1995, Section, *Mme Laplace*, p. 302.

circunstância, inclusive, a inação administrativa poderá constituir razão de responsabilização jurídica.¹⁰⁶

2.1.2.2.4 A segunda exceção: as autoridades administrativas independentes – Bastante curiosamente, o Conselho de Estado abrandou também os efeitos do princípio nos casos em que a sanção em questão deveria ser pronunciada por uma autoridade administrativa independente. A questão era já indiscutível nos casos em que a própria lei constitutiva da autoridade conferia a terceiros o direito de requerer a este novo *gendarme* o exercício da polícia administrativa do setor objeto de sua atuação. Uma tal disposição constava, por exemplo, do art. 15 da *Ordonnance* de 1.12.1986, que criou o antigo Conselho da Concorrência. Nesta hipótese, o recurso contra uma inação do Conselho era formado perante a Corte de Apelação e consistia em recurso de pleno contencioso. Portanto, a Corte de Apelação poderia até mesmo pronunciar a sanção recusada pelo Conselho da Concorrência.

Fora das hipóteses expressamente previstas na lei a questão era mais controvertida, mas o Conselho de Estado terminou se pronunciando para adotar solução semelhante àquela proposta pelo Ministro Marshall no seu voto no caso *Heckler versus Chaney* da Suprema Corte americana. Daí que, nos casos em que a recusa de sancionar é realizada por uma autoridade administrativa independente, o controle judicial está disponível, *mas será realizado sob o modelo deferente* (dito “controle mínimo”). Assim, em casos que envolviam a autoridade reguladora do mercado audiovisual (CSA), a lei previa apenas o recurso de plena jurisdição, a ser exercido *pelo sancionado* perante Conselho de Estado.¹⁰⁷ Mesmo na ausência de qualquer previsão adicional, o máximo Tribunal Administrativo francês entendeu cabível o controle por excesso de poder no modelo mínimo (por erro manifesto de apreciação) em casos em que o CSA se recusara a aplicar sanções.¹⁰⁸ Assim também se deu em relação a recusas de sancionar da autoridade reguladora das telecomunicações (ART).¹⁰⁹

106. Cf. CE, Ass., 7.5.1971, *Min. c. Sastre*, p. 335, concl Gentot; CE, 6.11.1985, *Société Couder*, n. 48630, sobre uma greve ilegal dos controladores aéreos.

107. Art. 42-8 da Lei 86-1067, de 30.9.1986.

108. Assim, por exemplo, CE, 23.4.1997, *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, Req. 131688; CE, 6.4.1998, *Union Syndicale de la Production Audio-visuelle*, Req. 173291-178445).

109. CE, 28.7.2000, *Société Copper Communication*, Req. 199773. Neste caso, a *France Télécom* havia promovido a rescisão unilateral de contrato celebrado com a empresa Copper, sob o argumento de violação das condições contratuais. A empresa Copper recorreu à ART, requerendo a aplicação de uma sanção à *France*

O raciocínio do Conselho de Estado é o de que, nestes casos de existência de uma autoridade administrativa independente, a legislação estabeleceu uma espécie de *gendarme* para fiscalizar e regular um setor específico, nascendo desta circunstância o *direito* dos cidadãos ao desempenho destas funções. A solução, no entanto, é curiosa, porque haveria espaço para o raciocínio contrário. A criação de uma autoridade administrativa independente poderia ser enxergada como potencializadora das considerações relativas ao respeito à inação. Se cabe respeitar as ponderações orçamentárias e organizacionais de uma autoridade administrativa comum, tanto maiores seriam as razões para fazê-lo nos casos de autoridades altamente especializadas, especificamente desenhadas e dotadas de maior autonomia organizacional e orçamentária.

Há duas formas de interpretar a solução francesa. Na primeira delas isto implicaria entender que se optou por privilegiar a proteção dos direitos dos cidadãos ao desempenho das funções administrativas/regulatórias para as quais estas entidades foram criadas. Tratar-se-ia, portanto, de privilegiar o aspecto jurídico da questão, em detrimento de seu elemento político. Na segunda interpretação possível a solução revelaria uma preocupação com a reduzida legitimidade democrática de entidades independentes da administração central. Assim, não caberia abrir a elas tal espaço de ponderação político-administrativa sobre como e quando exercer suas competências. A primeira interpretação identifica um raciocínio mais razoável do que a segunda. É que o recrudescimento da intervenção judicial sobre a inação de autoridades administrativas independentes pode terminar transferindo as ponderações sobre modo e tempo de exercício de competências regulatórias/administrativas para uma instituição com *ainda menor* legitimidade para tomar decisões políticas. Afinal, como já se disse anteriormente, a análise institucional para definir a intensidade do controle judicial deve ser *comparativa*, e os tribunais têm ainda menor *pedigree* democrático do que as autoridades administrativas independentes.

2.1.2.2.5 As razões do controle limitado: o caso Rimontheil de Lombares – Como visto acima, a solução judicial no caso de autoridades administrativas independentes é menos extrema, passando a *admitir* o controle judicial. Ela segue, no entanto, sendo pouco interventiva, já que o modelo de controle judicial aplicável é o *mínimo*, por erro manifesto de apreciação.

Télécom. Estimando não terem havido quaisquer violações por parte da *France Télécom*, a ART decidiu que não havia razão para proceder ao sancionamento requisitado. Irresignada, a empresa Copper contestou esta decisão perante o Conselho de Estado.

A referência ao caso *Mme de Rimontheil de Lombares* ajuda a compreender a racionalidade por detrás desta opção.

Proprietária de um imóvel em Paris, esta senhora contratara o Banco Morgan para ajudá-la a produzir uma montagem financeira para otimizar sua venda, sob um ponto de vista fiscal. Entendendo ter sido prejudicada pela atuação do Banco, ela recorreu à Comissão Bancária (autoridade reguladora nacional) para promover procedimento disciplinar voltado a sancioná-lo. A requisição da Sra. de Rimontheil de Lombares ficou sem resposta da autoridade administrativa, constituindo uma decisão implícita de rejeição. Contra esta decisão ela recorreu ao Conselho de Estado.

Em argumentação bem desenvolvida, o Comissário de Governo Mattias Guyomar sugere que o controle desta inação da Comissão Bancária se dê sob o modelo de controle judicial deferente (controle mínimo). A justificativa é a de que nestas hipóteses deve ser concedido à autoridade administrativa um “largo poder de apreciação” para decidir quais medidas tomar a propósito de uma reclamação.¹¹⁰ Este poder de apreciação consiste não apenas na liberdade para examinar a consistência dos fatos alegados e sua caracterização como violação passível de ser sancionada. Inclui também – e de forma relevante – considerações da autoridade administrativa sobre “o contexto em que os fatos [*ocorreram*] e do conjunto de interesses gerais que lhe cabe administrar”.¹¹¹

A intenção de reservar estas considerações políticas à administração pública é ainda evidente em outra passagem, em que o Comissário de Governo expressa preocupação em garantir “um nível elevado de flexibilidade e leveza” ao regulador, para que ele possa promover a adaptação constante

110. Originais das conclusões do Comissário de Governo Mattias Guyomar no caso CE, 30.12.2002, *Rimonteil de Lombares*, Req. 240635, p. 6: “Nous vous proposons donc de n'exercer qu'un contrôle restreint sur les refus d'auto-saisine compte tenu du large pouvoir d'appréciation qu'il convient de reconnaître à la Commission bancaire pour décider des suites à donner à une plainte”.

111. Originais das conclusões do Comissário de Governo Mattias Guyomar no caso CE, 30.12.2002, *Rimonteil de Lombares*, Req. 240635, p. 6: “Il lui revient, en premier lieu, d'apprécier si les faits invoqués sont avérés et s'ils constituent un manquement suffisamment caractérisé à la législation et à la réglementation dont elle a pour mission d'assurer l'application. On retrouve ici les deux conditions de ‘faits suffisamment établis’ et ‘d’atteinte suffisamment caractérisée’ consacrées par votre décision ‘Solana’. Mais il nous semble nécessaire que la marge d'appréciation que nous estimons devoir être reconnue à la Commission Bancaire s'apparente d'une certaine manière à la règle de ‘l'opportunité des poursuites’: la Commission pourra tenir compte, notamment, de la date à laquelle les faits litigieux ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge”.

da regulação e das técnicas de controle aplicáveis a situações dinâmicas. A aplicação de um controle deferente seria, assim, uma expressão “da vontade do juiz de não aprisionar a autoridade investida da missão de supervisão administrativa e do poder disciplinar num controle pormenorizado”.¹¹²

2.2 *A ampliação da accountability da administração pública*

O tópico acima desenvolveu o principal argumento em prol da aplicação de um controle judicial deferente sobre as decisões administrativas de natureza política: aquele segundo o qual a deferência judicial termina por alocar o poder decisório para a instituição pública com maior legitimidade democrática. Este raciocínio foi ilustrado com os exemplos do controle judicial da inação e da ponderação administrativa de interesses públicos conflitantes, duas atividades tendencialmente políticas.

Neste tópico será discutida uma segunda razão para a adoção do controle judicial deferente sobre decisões de natureza política. Tal orientação judicial tenderia a *ampliar a accountability* das instituições administrativas em favor de quem se defere. Trata-se de argumento menos difundido e também um pouco menos evidente. Este reforço da *accountability* adviria, basicamente, de duas consequências *indiretas* da deferência judicial: a orientação evidenciaria que a decisão administrativa veicula uma *opção* (item 2.2.1) e o fato de que a orientação tende a deslocar o controle judicial para os aspectos procedimentais da decisão (item 2.2.2).¹¹³

112. Conclusões do Comissário de Governo Mattias Guyomar no caso CE, 30.12.2002, *Rimonteil de Lombares*, Req. 240635: “Ajoutons que le contrôle de l’erreur manifeste sur les décisions de refus d’engager une procédure disciplinaire sera cohérent avec le régime de la faute lourde que vous avez maintenu, par votre décision Ministre de l’Économie et des Finances c/ Kechichian (Assemblée 30.11.2001), s’agissant de la responsabilité que peut encourir l’État pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de la Commission Bancaire dans l’exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit. Nous faisons nôtre le souci d’Alain Seban, dans ses conclusions sous cette affaire, de ne pas ôter au contrôleur ‘toute marge de manœuvre et d’initiative’. Comme l’exposait notre collègue, ‘l’office même de la régulation (...) suppose un niveau élevé de flexibilité et de souplesse afin d’assurer une adaptation constante de la réglementation et des techniques de contrôle à une situation mouvante. La régulation exige une marge d’initiative et d’action que contribuerait à assurer l’octroi d’une franchise de responsabilité, selon l’heureuse formule de Jacques-Henri Stahl’. L’un et l’autre marquent la volonté du juge de ne pas enfermer l’autorité investie de la mission de surveillance administrative et du pouvoir disciplinaire dans un contrôle tâillon”.

113. Cass R. Sunstein cita outra forma por meio do qual a deferência poderia aumentar a *accountability* de instituições públicas. Ele afirma que uma orientação

2.2.1 *A deferência ressalta que a decisão administrativa constitui uma opção*

A primeira consequência indireta importante da orientação judicial deferente no caso de decisões administrativas de natureza política reside no fato de que ela joga luzes sobre uma realidade: a de que a decisão em questão veicula uma *opção* da autoridade administrativa. Num contexto de controle judicial não deferente, a autoridade administrativa e os próprios tribunais podem sempre adotar o discurso de que determinada alternativa é *imposta* pelo sistema jurídico, não havendo qualquer espaço para escolhas. O reconhecimento da *indeterminação jurídica* – o reconhecimento, portanto, do fato de que *não há apenas uma solução juridicamente permitida* – tem o condão de destacar a existência de uma *opção*, de uma *escolha* efetuada pela autoridade administrativa. Disto decorre a ampliação da responsabilidade da administração pela decisão adotada (item 2.2.1.1) e um deslocamento de poder no interior das autoridades administrativas, do pessoal de apoio com formação jurídica para o pessoal de apoio com formação em políticas públicas (item 2.2.1.2).

2.2.1.1 A ampliação da responsabilidade da autoridade administrativa

O estabelecimento consistente de uma orientação deferencial em relação a ações administrativas de natureza política tende a gerar um reforço da *responsabilidade* da autoridade administrativa.¹¹⁴ O raciocínio não é de difícil compreensão: a responsabilidade da autoridade administrativa é ampliada porque se elimina a desculpa da imposição de uma solução específica pelo sistema jurídico. O controle judicial deferente normalmente parte do princípio de que há várias soluções juridicamente válidas para determinada situação. Portanto, a decisão administrativa efetivamente adotada envolve

judicial deferente pode gerar fortes incentivos para que o Congresso proveja legislações mais detalhadas (“Law and administration after Chevron”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2090 (1990)). Neste sentido, a deferência judicial é entendida como uma *mensagem* dos tribunais ao Congresso no sentido de que, se desejar um controle mais efetivo da administração pública, deverá prover mais direcionamentos legislativos. Assim também Douglas Kmiec, “Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine”, 2 *Admin. L. J.* 269, 282 (1988).

114. O argumento é comum na doutrina de língua inglesa. V., por exemplo: Douglas W. Kmiec, “Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine”, cit., 2 *Admin. L. J.* 269, 283 (1988); Kenneth Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, 3 *Yale J. on Reg.* 283, 311 (1985-1986); Wade MacLauchlan, “Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 388.

uma medida de *escolha* da administração, que deve assumir sua autoria. Num contexto judicial deferente, portanto, o ônus político daquela opção específica é alocado para a autoridade administrativa. De um lado, será preciso justificar por que se adotou a solução em questão, e não outra. De outro lado, será preciso suportar as consequências políticas desta opção.

O argumento pode parecer um tanto quanto *imaterial*, mas sua relevância prática pode ser aferida se analisado o discurso frequente dos próprios tribunais. Mesmo quando adotam decisões com conteúdo político ou com consequências fortemente políticas, os tribunais costumam se escusar detrás do argumento da imposição jurídica: o juiz seria a mera “boca da lei”, não lhe caberia qualquer responsabilidade pela decisão.¹¹⁵ As ideias do juiz como “boca da lei” e da “neutralidade absoluta” dos magistrados são cada vez menos persuasivas, mas continuam funcionando como uma válvula para a dispersão da responsabilidade. Num cenário de aplicação de controle judicial não deferente este discurso é facilmente transferível para as autoridades administrativas: a decisão “x” foi tomada porque assim impunha o Direito.

É interessante perceber, ainda, que a orientação judicial deferente termina por promover uma transferência da discussão relativa à decisão administrativa de natureza política da esfera jurídica para a esfera política.¹¹⁶ À retração da intervenção jurídica veiculada no estabelecimento de uma orientação judicial deferente corresponde, assim, uma exposição à crítica política. A discussão a propósito da *validade jurídica* dá lugar a um debate relativo à *conveniência social* da medida. O fórum da controvérsia não é mais o tribunal, mas a esfera política. Na medida em que se trate de fato de uma decisão de natureza política, este último cenário parece mesmo ser o mais adequado para seu escrutínio.

115. V., por exemplo, a observação de Aharon Barak, ex-Presidente da Suprema Corte de Israel: “I giudici tendono a nascondere l’esistenza della [*discrezionalità giudiziaria*]. ‘Ci limitiamo a dichiarare ciò che il Diritto è – non siamo noi a crearlo’, è un motto comune in molti giudizi. I giudici temono che la fiducia pubblica nella volontà giudiziaria possa risentirne, se l’opinione pubblica dovesse scoprire la verità” (“La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della Giustizia”, cit., *Politica del Diritto* 1/15).

116. Neste sentido, Kenneth Starr afirma que, como consequência de uma orientação judicial deferente, “the quality of argument by parties before the agencies should improve. Because a court reviewing an agency determination is now less free to substitute its judgment for that of the agency, litigants will have an increased incentive to make their best arguments, clearly and aggressively, before the agency rather than waiting for the main event at the courthouse” (“Judicial review in the post-Chevron era”, cit., 3 *Yale J. on Reg.* 283, 311).

2.2.1.2 O deslocamento de poder no interior das autoridades administrativas

Uma segunda consequência relevante da orientação deferencial foi apontada por Donald Elliott, professor de Direito Administrativo da Universidade Yale e ex-Diretor da agência de regulação ambiental americana (*Environmental Protection Agency/EPA*). Em interessante artigo, Elliott examina os efeitos causados pela doutrina *Chevron*¹¹⁷ no interior das autoridades administrativas.¹¹⁸ Segundo ele, esta doutrina deferencial acarretou um deslocamento de poder decisório do setor jurídico para o setor político das agências.

Antes de *Chevron*, na necessidade de interpretar um termo legislativo ambíguo, os dirigentes das autoridades administrativas costumavam recorrer aos seus procuradores. Equipados de formações jurídicas, estes profissionais buscavam fornecer algo próximo daquilo que seria a *forma correta* de interpretar aquela provisão legislativa, tendo em vista o contexto legislativo. A concepção de que o Direito exigia ou impunha alguma interpretação específica reduzia, assim, o espaço para que a administração pudesse optar entre diversas medidas, levando quase inexoravelmente àquela que fosse *imposta* pelo Direito. Naturalmente, esta solução ampliava o poder do pessoal de apoio de formação jurídica, tendo certamente ocasionado situações em que eles foram responsáveis por decisões implícitas relativas a políticas públicas, através da concessão de pareceres jurídicos.

Chevron aporta o reconhecimento de que as ambiguidades legislativas abrem um espaço para as autoridades administrativas optarem entre diferentes políticas públicas, sendo todas elas igualmente válidas perante o Direito, desde que permissíveis. A partir deste reconhecimento, os pareceres jurídicos já não têm tanta relevância – ou, ao menos, já não podem ser dados de forma peremptória. Estes pareceres devem não mais *identificar a resposta correta ou imposta pelo Direito*, mas descrever claramente o “espaço de política pública”, o lastro de soluções juridicamente possíveis dentre as quais a autoridade administrativa pode *escolher*. Daí crescer em relevância a participação de pessoas com formação não jurídica (aqueles formados em

117. A doutrina *Chevron* será objeto de análise detalhada no próximo capítulo desta dissertação. Por enquanto, é suficiente afirmar que ela consagra uma orientação deferente para os tribunais americanos nos casos de controle judicial de interpretações que as autoridades administrativas tenham promovido de termos legislativos ambíguos.

118. E. Donald Elliott, “Chevron matters: how the Chevron doctrine redefined the roles of congress, courts and agencies in environmental law”, 16 *Vill. Envtl. L. J.* 1, 11-13 (2005).

ciências como Gestão Pública, Administração, Economia, Ciência Política, Sociologia etc.), mais habituadas a identificar as vantagens e desvantagens de cada uma destas alternativas.¹¹⁹

Eis aí, aliás, uma tônica da deferência judicial: reduz a importância dos operadores do Direito, aumentando a importância dos técnicos ou dos agentes políticos. Na doutrina de língua inglesa, em especial, é comum encontrar críticas à importância exagerada dos advogados ou à “juridicização” de problemas sociais.¹²⁰ Alguns autores denunciam uma desme-

119. O raciocínio de Elliott merece transcrição integral: “The fundamental difference between the role of EPA OGC (and probably in any other agency as well) pre-Chevron and post-Chevron is this: pre-Chevron, OGC usually gave its legal advice as a point estimate, *e.g.*, ‘the statute means this. There is only one meaning to the statute. We in OGC are the keepers of what the statute means. The statute speaks to every question, and you must follow what we in OGC tell you is the correct/best interpretation of the statute or you will lose in court’. In other words, the pre-Chevron conception of a statute was as a prescriptive text having a single meaning, discoverable by specialized legal training and tools. This ‘single meaning’ conception of statutes created a very powerful role for lawyers and OGC within agencies. The privileged role for lawyers in defining what the statute required on every issue in turn led to a great deal of implicit policy-making by lawyers in OGC. They may have in all good faith believed that they were divining the one true and correct meaning of the statute, but intentionally or unintentionally, they may have smuggled a great deal of their policy preferences into their legal advice. As EPA’s General Counsel, I tried to get our lawyers to separate their legal opinions from their policy advice and to differentiate between the two. Post-Chevron, the form of OGC opinions is no longer a simple point estimate of what a statute means. Rather, OGC opinions now attempt to describe a permissible range of agency policy-making discretion that arises out of a statutory ambiguity. Post-Chevron, statutes no longer possess a single prescriptive meaning on many questions; rather, they describe what I call a ‘policy space’, a range of permissible interpretive discretion, within which a variety of decisions that the agency might make would be legally defensible to varying degrees. So the task of OGC today is to define the boundaries of legal defensibility, and thereby to recognize that often there is more than one possible interpretation of the meaning of key statutory terms and concepts. The agency’s policy-makers, not its lawyers, should decide which of several different but legally defensible interpretations to adopt. Chevron opened up and validated a policy-making dialogue within agencies about what interpretation the agency should adopt for policy reasons, rather than what interpretation the agency must adopt for legal reasons. (...). The effect of Chevron on the internal dynamics of agency decision-making is significant and positive. Chevron is significant for reducing the relative power of lawyers within EPA and other agencies and for increasing the power of other professionals. At the margins, agency decisions after Chevron reflect more weight on policy choices and less on legalistic interpretations” (“Chevron matters: how the Chevron doctrine redefined the roles of Congress, courts and agencies in environmental law”, *cit.*, 16 *Vill. Envtl. L. J.* 1, 11-13).

120. J. Skelly Wright, “Courts and the rulemaking process: the limits of judicial review”, 59 *Cornell L. Rev.* 375 (1973-1974).

dida “soberania do Direito”.¹²¹ Outros sustentam que, em certa medida, o Estado Administrativo (*Administrative State*, resultante da proliferação de autoridades administrativas após o *New Deal*) constitui precisamente uma “reação ao legalismo e ao juridicismo” exagerado.¹²² Há ainda quem incite as autoridades administrativas a usar seus recursos escassos para contratar *menos advogados e mais técnicos*.¹²³ Se estas críticas forem procedentes, a consagração de doutrinas deferenciais pode ser um caminho para reduzir os problemas que elas denunciavam.

2.2.2 O deslocamento do foco para o controle procedimental

A pesquisa empreendida para a realização deste trabalho revelou uma tendência em algumas das jurisdições estudadas. Como forma de compensar a limitação do controle substancial aplicado sobre algumas decisões administrativas, tem-se investido no recrudescimento das garantias procedimentais dos cidadãos.¹²⁴ Em especial, nota-se uma valorização do dever de motivação das decisões administrativas (item 2.2.2.1) e dos direitos de participação dos cidadãos no processo decisório (item 2.2.2.2). A ideia é a seguinte: se, por um lado, há riscos de usurpação de competências políticas

121. Richard C. B. Risk, “*In Memoriam: John Willis*” (1997), 47 *U. T. L. J.* 301, 303; Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409.

122. V., por exemplo, Cass Sunstein (“Law and administration after Chevron”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2072: “Indeed, the creation of the administrative State was largely a self-conscious repudiation of legalism. The New Deal reformers believed that modern problems required institutions having flexibility, expertise, managerial capacity, political accountability, and powers of initiative far beyond those of the courts. On this view, the appropriate response of the legal system to the rise of administration is one of retreat”).

123. Assim, Richard Pierce Jr., “The unintended effects of judicial review of agency rules: how federal courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s”, 43 *Admin. L. Rev.* 7, 27 (1991): “To enhance the actual quality of its decision-making, FERC should be given the message to hire more economists and fewer lawyers, just as EPA and OSHA should be given the message to reallocate their scarce staff resources from lawyers to toxicologists and epidemiologists”.

124. Em excelente artigo, Jacques Chevallier faz referência às diferentes formas de legitimação da administração pública ao longo da História: (i) a administração eleita, (ii) a administração politizada, (iii) a administração burocratizada e (iv) a administração democrática. Basicamente, a primeira retiraria sua legitimidade das urnas; a segunda, da indicação política; a terceira, de sua estrutura burocrática; a quarta, da procedimentalização de suas decisões (“De l’administration démocratique à la démocratie administrative”, *Revue Française d’Administration Publique*, 2011/1, n. 137-138, pp. /218-220).

na realização de um controle substancial, por outro, os tribunais podem garantir que estas decisões sejam tomadas de forma *transparente e bem-informada*.¹²⁵ Deste modo, sem interferir nas escolhas da administração e sem impor as suas próprias, os tribunais contribuem para que as decisões administrativas reflitam os anseios dos cidadãos e/ou estejam expostas ao seu crivo.¹²⁶

2.2.2.1 O reforço do dever de motivação

O dever de motivar consiste na obrigação de externar razões e fundamentos das decisões administrativas. Trata-se de um corolário do Estado de Direito, na medida em que constitui uma das formas de justificação do exercício de um poder. A despeito disso, este dever tem a extensão específica que lhe dá o Direito. Curiosamente, em nenhuma das quatro jurisdições estudadas este dever é generalizado para todas as decisões administrativas. Entretanto, em três delas o dever conheceu importante valorização recente. Na Itália as hipóteses em que o dever de motivação é exigido pelo Direito foram ampliadas como consequência da mudança na sua função: de um instrumento para proteger direitos, para um mecanismo de legitimação da ação administrativa (item 2.2.2.1.1). Nos Estados Unidos e no Canadá o reforço do dever de motivar deveu-se à proatividade dos tribunais, que

125. Note-se que as decisões de natureza política são dificilmente classificáveis em *corretas* ou *incorretas* e também dificilmente qualificáveis como *melhores* ou *piores*. Entretanto, na medida em que tal avaliação fosse possível, o melhor critério para promovê-la seria de forma indireta. Dito de outro modo: uma decisão de natureza política é tanto melhor quanto mais for transparente, debatida e aderente às aspirações daqueles que sofrerão suas consequências. Os critérios de classificação de exações públicas desta natureza são, portanto, procedimentais, mais do que substanciais. Neste sentido, o controle judicial procedimental termina por promover uma espécie de controle substancial *indireto*: o conteúdo da decisão é controlado por vias oblíquas.

126. No Canadá, David Mullan foi um dos que defendeu que a orientação deferencial *substancial* não requeria semelhante orientação deferencial em relação a requisitos procedimentais: “It is one thing to say that the reasoned decisions or judgments of administrative tribunals or decision-makers are entitled to respect from reviewing courts. It is another thing to assert that deference also demands protecting tribunals and administrative officials from accountability in providing them with evidential and procedural advantages that they can hide behind in resistance of judicial review applications. Deference to substantive judgments is not in and of itself an argument supporting a lack of transparency in administrative processes and decision-making” (“Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!”, cit., 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 191).

passaram a considerá-lo como contraponto da deferência substantiva (item 2.2.2.1.2).¹²⁷

2.2.2.1.1 Da função garantista para a função legitimadora: o caso italiano – Até 1990 não havia previsões generalizadas sobre o dever de motivação no Direito Italiano. Este dever era previsto na Constituição de 1948 apenas para os atos judiciais (art. 111). Ainda durante o período de vazio legislativo, o juiz administrativo passou a reconhecer a existência de um dever de motivação nos casos de decisões administrativas que levavam a uma violação de direitos individuais. Assim, costumava controlar e anular decisões administrativas por excesso de poder nos casos em que as razões fossem insuficientes ou contraditórias.

O dever geral de motivação foi estabelecido no art. 3º da Lei italiana de Processo Administrativo (Lei 241/1990). Num primeiro momento este dever era entendido de forma legalística. Os tribunais ligavam-no à proteção dos cidadãos, referindo-se à *funzione garantistica della motivazione*.¹²⁸ A moti-

127. Na França não se identificou este movimento jurisprudencial de *compensação* do limitado controle substancial através de um recrudescimento de regras procedimentais, até porque nesse País a orientação deferencial não é muito difundida. Mas há uma marcante ascensão também no Direito Francês dos direitos de participação. Na doutrina o movimento gerou o conceito de “democracia administrativa”, que consiste precisamente na submissão da administração a regras procedimentais para fazê-la mais democrática. Sobre o tema, v., por exemplo: Jean-Bernard Auby, “Remarques préliminaires sur la démocratie administrative”, *Revue Française d'Administration Publique* 137-138, 2011/1; Jacques Chevallier, “De l’administration démocratique à la démocratie administrative”, *Revue Française d'Administration Publique* 137-138/217-227, 2011/1; Michel Le Clainche, “L’administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative?”, *Revue Française d'Administration Publique* 137-138/39-48, 2011/1; Martine Lombard, “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, cit., *AJDA* 2005, p. 530. Na jurisprudência tem-se notado a imposição pelos tribunais de obrigações procedimentais às autoridades de regulação. Isso procede tanto para a jurisdição administrativa (v., por exemplo, CE, 3.12.1999, *Didier*; CE, 20.10.2000, *Société Habib Bank Ltd.*) como para a jurisdição ordinária (v. Cass. Com., 9.4.1996, *Haddad*, *Bull.*; Cass. Com., 18.6.1996, *Conso*; Cass., Ass. Plén., 5.2.1999, *Oury*). Guy Canivet refere-se à “procedimentalização da regulação” (“Régulateurs et juges: conclusions générales”, *LPA* 17/50, 23.1.2003).

128. É neste sentido que o dever de motivação segue sendo entendido na França. Sua função é apenas fazer conhecer a um ou mais cidadãos específicos as razões que informam uma decisão a ele(s) desfavorável, para permitir sua contestação judicial. Em diversas ocasiões o Conselho de Estado (CE, 26.1.1973, Req. 87890, *Garde des Sceaux*; CE, 21.10.1988, Req. 91916, SA TF1) e o Conselho Constitucional (Décis. Cons. Const. 2004-497 DC du 1.7.2004, loi relative aux communications électroni-

vação, neste contexto, servia para permitir uma interpretação das decisões administrativas e possibilitar seu controle judicial.¹²⁹ Justamente por esta razão, a Lei de Processo Administrativo exime do dever de motivar os atos normativos e os atos de conteúdo geral. A isenção codificava a jurisprudência precedente no sentido de que tais atos são “amplamente discricionários” ou de natureza “política”.¹³⁰ Por esta razão, estes atos normalmente não causarão violações a direitos individuais, e, portanto, não precisariam ser motivados.¹³¹

ques, considérant n. 14) já se negaram a reconhecer a existência de uma obrigação geral de motivar as ações administrativas, extraível de princípios gerais do Direito ou da própria estrutura estatal republicana. A obrigação é vigente, portanto, apenas nos casos previstos na legislação. A principal lei geral data de 1979 e estabelece a incidência do dever unicamente para os casos de (i) decisões administrativas que derroguem uma lei ou uma regulação ou (ii) algumas decisões administrativas *desfavoráveis* (Lei 79-587, de 11.6.1979). Entre os sete tipos de decisões desfavoráveis para as quais a lei prevê a obrigação de motivação encontram-se notadamente aquelas que infligem uma sanção (CE, 19.12.1990, *Kromwell*, Lebon 546; CE, 30.1.2008, Req. 297828, *Sté. Laboratoires Mayoly Spindler*), restringem liberdades civis (CE, Sect., 17.6.1983, *Affatigato*) ou derrogam decisões prévias que tenham conferido direitos individuais (CE, 17.6.1988, *ANPE c. Perchoux*, Lebon 574). Regras gerais, decisões favoráveis e decisões fora do âmbito previsto nesta legislação estão livres do dever de motivar, salvo previsões legislativas específicas em contrário. Além disso, a compreensão da “desfavorabilidade” é bastante restrita: leva em consideração apenas a pessoa ou empresa à qual a decisão se direciona. Neste sentido, decisão administrativa que confira uma licença para uso de radiofrequências a uma empresa que tenha a tanto se candidado não precisa ser motivada, porque lhe é benéfica (CE, 30.4.2007, Req. 286348, *Assoc. Magnum Radio*), ainda que outras companhias diretamente interessadas sejam preteridas por esta escolha. O critério da desfavorabilidade é uma demonstração clara da função meramente jurídica que a motivação exerce no Direito Francês. Nesta jurisdição a motivação não é, portanto, encarada como instrumento de transparência e legitimidade política da administração. A opção francesa contrasta com as orientações mais generosas do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (art. 296, § 2º) e da Carta Europeia de Direitos Humanos (art. 41). Esta opção tem sido criticada na doutrina (v., por exemplo: Jean-Louis Autin, “La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens”, *Revue Française d'Administration Publique* 137-138/87, 2011/1; Jacques Chevallier, “De l'administration démocratique à la démocratie administrative”, cit., *Revue Française d'Administration Publique* 137-138/221-222, cit., 2011/1).

129. Assim, em algumas decisões o *Consiglio di Stato* afirmou claramente que a motivação era realizada em benefício das *pessoas afetadas pelo ato*, e não para outros ou para a generalidade da população (v. Cons. St., Sez. V, 30.4.2002, n. 2290; Cons. St., Sez. IV, 29.4.2002, n. 2281).

130. Roberto Garofoli e Giulia Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 3ª ed., Lecce, Nel Diritto, 2010, p. 789.

131. A aplicação da isenção também para atos de conteúdo geral foi objeto de forte crítica, porque estes atos usualmente causam violações a direitos subjetivos ou

Mais recentemente a doutrina e os tribunais italianos passaram a entender o mecanismo da motivação de forma um pouco mais complexa. Ao lado da *funzione garantistica*, compreende-se que ela pode servir à legitimidade política das autoridades administrativas. Numa decisão mais recente a Corte Constitucional reconhece o *status* constitucional do dever de motivação e o vincula não apenas à previsão constitucional que garante a tutela judicial de violações a direitos individuais (art. 113), mas também ao princípio constitucional da “administração boa e imparcial”.¹³²

A nova tendência produziu resultados muito claros no domínio da regulação econômica. Legislações específicas afastaram explicitamente a isenção do dever de motivação que afetava atos normativos e atos de conteúdo geral emanados pelas autoridades reguladoras de energia e gás, telecomunicações e regulação financeira.¹³³ Mesmo à margem destas previsões específicas, tribunais administrativos passaram a sustentar que o dever de motivação é incidente sobre a generalidade das decisões regulatórias.¹³⁴ O argumento é o de que a combinação de poderes normativos com a independência do governo central torna democraticamente problemática a atuação das autoridades reguladoras.¹³⁵ Neste sentido, a exigência de

interesses legítimos. Para mitigar os problemas causados por esta previsão legislativa, os tribunais administrativos passaram a entender que a isenção à “obrigação genérica” da Lei 241/1990 não significaria que a motivação *nunca seria devida* – em alguns casos a motivação pode ser necessária, em função da própria natureza do ato (v. Cons. St., Sez. V, n. 475/2001).

132. Corte Costituzionale, 5.11.2010, n. 310. V. também R. Cicchese, “Fondamento costituzionale dell’obbligo di motivazione dell’atto amministrativo”, *Il Corriere del Merito*, 2011, pp. 108 ss.

133. No setor financeiro, v. o art. 23 da Lei 262/2005. Para a regulação de serviços públicos, v. a Lei 481, de 14.11.1995. V. também o art. 13 do *Codice delle Comunicazioni Elettroniche* (Decreto Legislativo de 1.8.2003, n. 259).

134. V., por exemplo: Cons. St., Sez. VI, 11.4.2006, n. 2007; Cons. St., Sez. VI, 20.4.2006, n. 2201; Cons. St., Sez. VI, 27.12.2006, n. 7972; Cons. St., Sez. VI, 2.5.2006, n. 2448; Cons. St., Sez. VI, 14.3.2006, n. 1409.

135. De acordo com Monica Cocconi: “Il fondamento sostanziale dell’obbligo di motivazione sarebbe ravvisabile, per la dottrina e la giurisprudenza, diversamente dalla legge sul procedimento, nella posizione peculiare delle autorità di regolazione, dotate di estesi poteri normativi e tuttavia sottratte, per preservarne l’indipendenza, al circuito della responsabilità discendente dalla soggezione al governo sulla base dell’art. 95 Cost. L’accentuazione delle garanzie procedimentali nel loro operare pertanto, anche qualora non imposte dalla legge sul procedimento, risponderebbe alla necessità di assicurare ai soggetti destinatari il rispetto del diritto in assenza di una responsabilità politica delle autorità” (“La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione”, *Osservatorio sull’Analisi di Impatto della Regolazione*, www.osservatorioair.it, abril/2011). V. Também: Bruti

motivação de suas decisões é um mecanismo de compensação do déficit de legitimidade que as afeta.

2.2.2.1.2 A integração do dever de motivação no controle substancial deferente – Os tribunais de Estados Unidos e Canadá *ampliaram a relevância* do dever de motivação ao basear fortemente sobre ele o controle judicial substantivo, para o qual já haviam consagrado uma orientação deferente. Em suma, passou-se a considerar uma decisão juridicamente válida *quando bem motivada*. Neste contexto, a “razoabilidade” de uma decisão, por exemplo, deixa de ser examinada em relação a padrões substantivos próprios dos tribunais, e ganha conteúdo procedimental. A decisão razoável não é aquela que não se afaste consideravelmente de uma opção substancial de predileção dos tribunais, mas aquela que tenha sido adotada de forma transparente e bem justificada pela administração pública.

2.2.2.1.2.1 O novo modelo de controle de “razoabilidade” no Canadá: No Canadá, a partir do caso *Dunsmuir*, em 2008, os tribunais passaram a entender a exigência de “razoabilidade” de uma decisão administrativa de forma procedimental. Ao explicar o procedimento cognitivo que deve ser empregado pelo juiz quando do controle de uma decisão administrativa sob o modelo deferente de “razoabilidade”, a Suprema Corte afirmou que uma decisão será razoável – e, portanto, deverá ser mantida – quando seja “justificada, transparente e inteligível”, além de permissível no espaço de liberdade legislativa.¹³⁶ No regime estabelecido a partir de *Dunsmuir*, portanto, a *razoabilidade* que se exige judicialmente para a manutenção de uma decisão administrativa está mais ligada à qualidade da motivação da autoridade administrativa do que ao seu conteúdo concreto; mais ligada a processo do que à substância.¹³⁷

Liberati, “La regolazione dei mercati energetici tra l’autorità per l’energia elettrica e il gas e il governo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2009, p. 435; M. Clarich, “Le autorità indipendenti nello ‘spazio regolatorio’: l’ascesa e il declino del modello”, *Dir. Pubbl.* 2004, p. 1035; Stefano Baccarini, “Motivazione ed effettività della tutela”, *Foro Amministrativo TAR* 6/2007, pp. 3315-3316.

136. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 47: “In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”.

137. Seja notado que o conceito de deferência de David Dyzenhaus, altamente influente na Suprema Corte canadense, confere à motivação um papel essencial: “My thesis depends on a theory which connects the value of equality with the rule of law through the idea of a legal culture of justification. And that idea, as I will

A Suprema Corte canadense confirmou esta nova orientação num caso posterior, afirmando que ela “reforça, no contexto das autoridades adjudicantes, a importância da motivação, que constitui a forma primária de *accountability* da autoridade decisora ao requerente, ao público e ao tribunal revisor”.¹³⁸ Note-se como se admite o reforço aportado à motivação e como se vincula este elemento não apenas a uma razão jurídica, mas a uma ideia mais ampla de necessária *accountability* administrativa também ao público em geral.¹³⁹

now argue, gives a role to the agency’s reasoning which offers judges a new understanding of the deference principle” (“The politics of deference: judicial review and democracy”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 302).

138. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 63: “Dunsmuir thus reinforces in the context of adjudicative tribunals the importance of reasons, which constitute the primary form of accountability of the decision-maker to the applicant, to the public and to a reviewing court”.

139. Antes do caso *Dunsmuir* os tribunais canadenses adotavam um interessante exame contextualizado para avaliar a necessidade de motivação de uma específica decisão administrativa. É que o direito positivo canadense não estabelece regras procedimentais a serem seguidas nas adjudicações administrativas federais (não há um *Federal Administrative Procedure Act*). Neste contexto de vazio legislativo, os tribunais entendiam que os direitos procedimentais eram *variáveis* e teriam origem no *duty of procedural fairness*, eminentemente flexível e dependente das circunstâncias do caso concreto. O *leading case* é *Nicholson versus Haldimand-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 SCR 311. Nele, a Suprema Corte anulou a demissão de um policial regional, uma vez que ele não havia sido informado das razões da decisão, nem havia sido ouvido previamente. Afastando-se de sua prévia orientação formalista, a Suprema Corte sustentou que as circunstâncias do caso concreto (em especial as sérias consequências da decisão administrativa para o policial em questão) implicariam a necessidade de motivação e de contraditório. Sobre o tema, v. Geneviève Cartier, “Keeping a check on discretion”, in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008. Na visão de alguns autores o julgamento do caso *Nicholson* constitui o primeiro momento em que a Suprema Corte sinaliza a substituição de um controle substancial por um controle procedimental. Neste sentido, observa-se que *Nicholson* (que impôs novos deveres procedimentais à administração) foi decidido em 1979, mesmo ano de *CUPE* (que pôs fim à orientação substancial interventiva e operou clara retração judicial) (cf. David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 287). Beverly McLachlin faz referência a uma “nova forma de pensar o Estado de Direito”, dispensando a intervenção judiciária substancial, mas impondo de uma “cultura de justificação” (“The roles of administrative tribunals and courts in maintaining the rule of law” (1999), 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 171). Alguns anos depois de *Nicholson*, na decisão do caso *Baker versus Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, a Suprema Corte desenvolveu seu raciocínio e apresentou cinco elementos que poderiam ser levados em consideração para determinar as garantias

2.2.2.1.2.2 *A importância da motivação no controle substancial americano*: A mesma estratégia adotada pela Suprema Corte canadense no caso *Dunsmuir* tem sido empregada pelos tribunais americanos para caracterizar o conteúdo de alguns de seus modelos de controle. Assim, por exemplo, quando da aplicação do modelo de controle de arbitrariedade (*arbitrary and capricious standard*), os tribunais costumam anular decisões administrativas por motivação ilógica, incluindo falhas nas explicações a propósito de quando e como as autoridades administrativas se baseiam em predições ou no uso de testes ou modelos amplos.¹⁴⁰ Neste mesmo sentido, têm sido consideradas arbitrárias decisões que negligenciam os custos ou outras circunstâncias factuais relevantes que seriam cruciais para a decisão.¹⁴¹ Também são julgadas arbitrárias as decisões administrativas que não incluam na sua motivação a análise de alternativas à escolha efetivamente operada. No caso *State Farm* a decisão da autoridade administrativa foi anulada por desconsideração de uma evidente alternativa desregulatória.¹⁴² Os tribunais federais inferiores têm imposto uma ampla obrigação de considerar alternativas “relevantes” ou “significantes”, mesmo quando a informação respectiva é recebida após o período aberto para comentários.¹⁴³ Neste contexto, note-se que a “arbitrariedade de uma decisão”, que autoriza sua anulação judicial, ganha o sentido de decisão com pobre ou insuficiente motivação.

Também no contexto do controle judicial de interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas o Poder Judiciário tem se valido de uma compreensão procedimental do requisito da “permissibilidade” que informa a manutenção de decisões administrativas contestadas no teste

procedimentais aplicáveis em uma dada decisão administrativa. Em *Baker* como em *Nicholson*, no entanto, a necessidade de motivação e de oitiva dos interessados esteve principalmente fulcrada na “importância da decisão para as pessoas afetadas”, um elemento precipuamente jurídico. Neste contexto, a decisão de *Dunsmuir* pode ter constituído um novo passo adiante, através da extensão do dever de motivação. A rigor, ainda que se entenda que *Dunsmuir* não exige a motivação em todas as decisões administrativas, o caso consagra um sistema em que decisões bem motivadas tenderão a ser objeto de maior complacência judicial sob o novo modelo de controle de razoabilidade. Assim, é natural que tenha efeito sobre a opção da autoridade administrativa de motivar, ou não, sua decisão.

140. *V. Baltimore Gas & Elec. Co. versus Natural Res. Def. Council*, 462 U.S. 86, 103 (1983).

141. *V. Industrial Union Department, AFL-CIO versus American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980).

142. *Motor Vehicle Manufacturers Association versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

143. *Scenic Hudson Preservation Conference versus FPC (I)*, 354 F. 2d 608 (2d. Cir. 1965).

de *Chevron*. Na própria decisão de *Chevron* a permissibilidade foi afirmada no sentido de que a EPA teria “promovido uma explicação razoável para a sua conclusão de que a regulação serve aos objetivos ambientais do *Clean Air Act*”.¹⁴⁴ A circunstância levou diversos autores americanos a sugerirem a fusão entre a segunda fase de *Chevron* e o teste de arbitrariedade – sugestão que vem sendo referida em alguns julgados.¹⁴⁵

Esta integração que os tribunais americano e canadense promovem entre a análise substancial e o dever de motivação é interessante por duas razões principais. Em primeiro lugar, ela produz o interessante efeito de elevar a importância do dever de motivação. O caso canadense é ilustrativo desta afirmação, na medida em que permite concluir por uma difusão da motivação por esta via indireta. Em segundo lugar, este foco na motivação constitui um passo adicional na deferência judicial à administração pública – não apenas os tribunais aplicarão às decisões administrativas um mero controle de “razoabilidade”, mas ainda entenderão esta razoabilidade de maneira procedimental. A “razoabilidade” (ou permissibilidade, arbitrariedade etc.) deixa de ser uma relação de “pouca distância” entre uma solução que os tribunais teriam adotado por si mesmos e aquela solução adotada administrativamente. Passa a ser a característica de uma decisão bem justificada e transparente. Sob certo ângulo, esta passagem veicula também uma espécie de transferência de um controle eminentemente jurídico para um controle de cunho político. Com efeito, a estratégia adotada pelos tribunais canadenses e americanos parece buscar compensar a inexistência de um forte controle jurídico mediante a ampliação da transparência e da *accountability* das autoridades administrativas.

2.2.2.2 O reforço dos direitos de participação

Para fazer face à medida de “politicidade” das decisões administrativas, a relevância do reforço dos direitos de participação é incontestável. Eles garantem que os administrados possam trazer suas considerações para influenciar as medidas administrativas cujas consequências sofrerão.¹⁴⁶

144. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 863 (1984).

145. V., por exemplo: *National Cable & Telecommunications Association versus Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005); *Smiley versus Citibank, N.A.*, 517 U.S. 735, 741 (1996); *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, at. 229 (2001).

146. A extensão dos direitos de participação é uma das características mais claras da “democracia administrativa”. Na França chega-se a falar numa “administration consultative” (v. Michel Le Clainche, “L’administration consultative, élément

Além disso, na medida em que estas decisões sejam tomadas pelas ditas autoridades administrativas independentes, a garantia de um procedimento decisório participativo pode constituir uma compensação de tipo *direto* à reduzida legitimidade política *indireta* destas autoridades, relativamente alheias ao controle do âmbito político representativo. Ademais, a garantia de generosos direitos de participação permite às autoridades administrativas *conhecer* as preferências dos administrados, pelo quê facilita que a decisão final lhes seja aderente.

Estados Unidos e Itália são exemplos de jurisdições que levam particularmente a sério os direitos de participação nas decisões administrativas – especialmente naquelas de natureza normativa. Nestas duas jurisdições garantem-se procedimentos participativos não apenas para evitar violações de direitos, mas também para ampliar a legitimidade e a qualidade da atividade administrativa.

2.2.2.2.1 O notice-and-comment rulemaking e o reforço de Mead nos EUA – Nos Estados Unidos as possibilidades de participação são particularmente amplas nos procedimentos administrativos de elaboração normativa de tipo *notice-and-comment*.¹⁴⁷ Nestas hipóteses a administração deve notificar os interessados a propósito de um projeto normativo e conceder-lhes a oportunidade de se manifestar, com proposições ou comentários. Os fundamentos do procedimento de *notice-and-comment* vão muito além da proteção de direitos individuais, e incluem preocupações relacionadas com a legitimidade e a qualidade das normas administrativas.

Para além dos casos em que este procedimento participativo está previsto expressamente na legislação pertinente, seu uso pode ser reforçado e difundido também em função de atitudes judiciais autônomas. Um bom exemplo consiste nos movimentos recentes relativos ao controle judicial das interpretações legislativas promovidos pela administração. Na decisão do caso *Mead*, em 2001, a Suprema Corte esclareceu que o regime deferencial

constitutif ou substitut de la démocratie administrative?”, cit., *Revue Française d'Administration Publique* 137-138/39-48, 2011/1). Uma das maiores expressões neste País são as chamadas *grenelles*, grandes procedimentos participativos que precedem alguns projetos de alta relevância. Jacques Chevallier é cético quanto à efetividade destes procedimentos participativos. Para este professor sua função é mais *sinalizar uma abertura* da administração ao debate do que precisamente colher a opinião dos administrados. Neste sentido, seria mais um mecanismo de legitimação do que um mecanismo de efetiva participação democrática (“De l’administration démocratique à la démocratie administrative”, cit., *Revue Française d'Administration Publique* 137-138/227, 2011/1).

147. Cf. § 553 (d) do *Administrative Procedure Act*.

forte de *Chevron* não seria aplicável a todas as interpretações promovidas por autoridades administrativas, mas apenas àquelas em que se pudesse identificar a delegação legislativa à administração do poder de dizer o Direito. Entre as circunstâncias mais relevantes para que esta delegação pudesse ser identificada, a Suprema Corte referiu o uso de procedimentos relativamente formais, citando os exemplos do procedimento de elaboração normativa de tipo *notice-and-comment* e das adjudicações formais.¹⁴⁸

Assim, a Suprema Corte vinculou a aplicação do regime deferencial forte de *Chevron* à utilização, pela administração, de procedimentos relativamente formais, dos quais a participação costuma ser uma das características mais marcantes. Como consequência desta opção judicial, há um inegável incentivo à adoção de tais procedimentos. Embora a administração seja relativamente livre no Direito Americano para optar pelo procedimento a utilizar no cumprimento de suas funções, a perspectiva de uma maior tendência à deferência judicial no caso de procedimentos participativos poderá implicar sua difusão e adoção progressiva.¹⁴⁹ Neste sentido, *Mead* importa uma valorização procedimental através do manejo, pelos tribunais, da deferência judicial seletiva.

2.2.2.2.2 *A participação como filtro legitimador da administração na Itália* – O caso do Direito Italiano é, mais uma vez, altamente curioso e ilustrativo, porque veicula uma evolução da compreensão do procedimento participativo, ao mesmo passo que da sua difusão. Na concepção tradicional, cristalizada na Lei de Processo Administrativo de 1990, os direitos gerais de participação são reservados às pessoas “diretamente afetadas” pela ação administrativa.¹⁵⁰ Além disso, isentam-se desta obrigação procedimental os atos normativos e aqueles de conteúdo geral, a exemplo do que se fez em

148. Cf. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 229-230 (2001): “We have recognized a very good indicator of delegation meriting *Chevron* treatment in express congressional authorizations to engage in the process of rulemaking or adjudication that produces regulations or rulings for which deference is claimed (...). It is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when it provides for a relatively formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force (...). Thus, the overwhelming number of our cases applying *Chevron* deference have reviewed the fruits of notice-and-comment rulemaking or formal adjudication”.

149. O mesmo raciocínio foi empregado pelo Ministro Antonin Scalia, que, no entanto, lamentou esta difusão “artificial” dos usos destes procedimentos mais formais (v. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 246 (2001)).

150. Cf. arts. 7 e 9 da Lei 241/1990.

relação ao dever de motivação.¹⁵¹ Como também se dera com a motivação, no entanto, esta concepção tradicional foi sendo abandonada, em benefício de uma compreensão mais ampla dos deveres procedimentais da administração. A evolução, também aqui, pôde sentir-se mais claramente no âmbito da regulação econômica.

Inicialmente, legislações setoriais passaram a prever a necessidade de procedimento participativo prévio à elaboração de atos normativos. Estes deveres são exigidos pelos tribunais administrativos, que ressaltam explicitamente sua função de legitimação democrática.¹⁵² Em um caso de 2006 em que anulou regulação emitida pela autoridade reguladora de energia e gás, por violação a estas regras de participação, o Conselho de Estado confirmou a importância das garantias procedimentais e dos direitos de participação para tornar as autoridades administrativas mais bem informadas e para aumentar a legitimidade de sua atuação. Nesta célebre decisão, o máximo Tribunal Administrativo refere-se claramente a um “reforço da legalidade procedimental” como forma de compensação da “queda do valor da legalidade substancial”.¹⁵³ O foco no controle procedimental compensa o déficit de legitimidade de autoridades postas exteriormente ao âmbito político.¹⁵⁴

151. Cf. art. 13 da Lei 241/1990.

152. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2010, n. 1215: “Deve tuttavia ritenersi che, per l’assenza di responsabilità e di soggezione di dette autorità nei confronti del governo, la loro indipendenza e neutralità possa trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale”.

153. Cons. St., Sez. VI, 27.12.2006, n. 7972: “L’esercizio di poteri regolatori da parte di autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei Poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall’art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all’esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”.

154. V. Também: Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5105; Cons. St., Sez. VI, 11.4.2006, n. 2007; Cons. St., 8.7.2008, n. 5026; TAR Lazio, 10.4.2002, n. 3070. Em Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5105, o Tribunal afirma que “una regolazione che venga disposta senza contraddittorio con i soggetti interessati (...) non può che dirsi viziata”. A doutrina italiana posicionou-se de forma largamente elogiosa à evolução legislativa e jurisprudencial. Alguns autores destacaram o uso de garantias procedimentais como um “filtro de legitimação” (v.: Sveva del Gatto, “La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti”, *Giornale Dir. Amm.* 9/2010, p. 947; e Marcello Clarich, *Autorità Indipendenti: Bilancio e Prospettive di un Modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 154 e ss.). Barra Caracciolo refere-se a uma “relegitimação democrática” na forma de “democracia direta” (“I procedimenti davanti alle autorità amministrative indipendenti tra Diritto interno e Diritto comu-

Os deveres procedimentais foram adicionalmente reforçados na Itália a partir da instauração da obrigação de realizar uma Avaliação de Impacto Regulatório/AIR antes da promulgação de uma regulação.¹⁵⁵ A AIR italiana está vinculada ao procedimento de *consultazione*, inspirado no *notice-and-comment* americano. O procedimento efetivamente seguido durante a AIR varia em cada setor econômico,¹⁵⁶ mas geralmente consiste em: (i) notificação da abertura do procedimento; (ii) publicação de um projeto da regulação; (iii) estabelecimento de um prazo para a apresentação de comentários ou sugestões; e (iv) adoção da regulação final. Qualquer pessoa interessada pode submeter as suas contribuições, cooperando para que a autoridade administrativa possa avaliar o impacto da regulação. Ao final, as autoridades devem motivar a regra adotada, com referência aos comentários recebidos.¹⁵⁷ Na doutrina e na jurisprudência, a obrigação de proceder a uma AIR é vinculada não apenas à legitimação democrática e à participação, mas também à necessidade de promover uma “boa regulação”.¹⁵⁸ Entende-se que

nitario”, in AA.VV., *Il Procedimento davanti alle Autorità Indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, Torino, 1999, p. 81). V. também: Francesco Longobucco, “La produzione normativa delle *authorities* nel quadro della contrattazione tra garanzie procedimentali e ruolo dell’interprete”, in Pietro Perlingieri (ed.), *Sulle Tecniche di Redazione Normativa nel Sistema Democratico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010; Moris Foglia, “I poteri normative delle autorità amministrative indipendenti”, in *Quad. Cost.* 2/2008, pp. 559 ss. 21; Michele Passaro, *Le Amministrazioni Indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 252 e ss.

155. O art. 12 da Lei 229/2003 estabelece a obrigação de promover a Avaliação de Impacto Regulatório/AIR para “le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie (...) per l’emanazione degli atti di loro competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione”.

156. V., por exemplo: *Codice delle Comunicazioni Elettroniche* (d. lg. 259/2003); *Codice delle Assicurazioni Private* (d. lg. 209/2005); *Codice dei Contratti Pubblici Relativi a Lavori, Servizi e Forniture* (d. lg. 163, 12.4.2006); e a Lei 262/2005, que estabelece o procedimento a ser seguido pela Consob, pela ISVAP e pela Banca d’Italia. V. também a *Linee Guida sull’Introduzione dell’Analisi di Impatto della Regolazione*, publicada pela Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas em 2005.

157. V. Cons. St., Sez. VI, 27.12.2006, n. 7972.

158. Os autores italianos costumam mencionar as recomendações da OCDE como tendo sido altamente influentes nas opções adotadas pelo legislador. Entre os documentos citados estão os seguintes: *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, OECD, Paris, 9.3.1995; *Regulatory Impact Analysis: Best Practice in OECD Countries*, OECD, Paris, maio/1997; e os *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance* (2005).

a AIR pode contribuir para reduzir a assimetria informacional e facilitar a qualidade regulatória.¹⁵⁹

* * *

De acordo com a segunda relação tendencial clássica, aplica-se um controle deferente sobre decisões de natureza política. Como foi visto, esta recomendação está fundamentada em dois argumentos principais. O primeiro deles é bastante mais intuitivo e difundido: a deferência alocaria o poder decisório para a instituição democraticamente mais legítima. Os tribunais deveriam controlar apenas limitadamente as decisões administrativas de natureza política, porque a administração pública tem credenciais democráticas superiores às suas. Viu-se que este raciocínio fundamenta a orientação deferencial de Canadá e Itália no que concerne à ponderação de interesses públicos conflitantes; e a posição de França e Estados Unidos no controle de inações administrativas. O segundo argumento que fundamenta a relação tendencial objeto desta parte do capítulo é muito menos difundido e muito menos claro do que o primeiro. Trata-se de uma reivindicação de que a orientação deferencial no âmbito de decisões administrativas de natureza política teria o *efeito* de ampliar a *accountability* da administração pública. Esta consequência se realizaria por duas vias. Primeiro, porque a deferência ressaltaria que a decisão administrativa constitui uma *opção* da administração, não tendo sido imposta pelo Direito. Esta circunstância ampliaria a *responsabilidade* das autoridades administrativas pelas suas escolhas, assim como operaria um deslocamento de poder no interior das autoridades administrativas, do pessoal com formação jurídica para o pessoal com formação técnica e/ou política. Segundo, porque a orientação deferencial relativa ao controle substancial das decisões administrativas tenderia a deslocar o foco dos tribunais para um controle procedimental. Como consequência, haveria uma valorização de mecanismos de legitimação da ação administrativa, como o dever de motivação e os direitos de participação.

159. Edoardo Chiti sugere que, através da formalização do meio mediante o qual as empresas trazem suas opiniões e interesses às agências reguladoras, o mecanismo de *consultazione* tem também importantes consequências jurídicas na promoção da imparcialidade. Forçando o foco em argumentos e dados factuais, a *consultazione* faria as agências menos propensas a serem capturadas (Edoardo Chiti “La disciplina procedurale della regolazione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 54/700, 2004). O argumento é interessante, mas na medida em que a implementação da Análise de Impacto Regulatório não exclui outros tipos de pressão que podem ser exercidos pelas empresas reguladas, é duvidoso que ela possa ter efeitos redutores do risco de captura.

3. *Controle judicial deferente sobre decisões tecnicamente complexas*

Outro critério substancial que costuma influenciar a definição da intensidade do controle judicial é a complexidade técnica da decisão ou atividade administrativa em questão. Em geral, trata-se de fator que leva à adoção de um modelo de controle judicial deferente.

O grau (ou tipo) de “tecnicidade” envolvido nas ações administrativas não é uniforme. O recurso à jurisprudência administrativa italiana das últimas duas décadas permite promover interessante sistematização das hipóteses cabíveis.

(i) Uma primeira categoria, denominada pela jurisprudência italiana “verificação de fatos simples” (*accertamento di fatti semplici*), corresponde à atividade administrativa que não exige conhecimento técnico especializado, na medida em que trabalha com fatos descritos em termos acessíveis à generalidade da população. Um exemplo: pode ser necessário que a administração verifique, para fins de aplicação de uma sanção administrativa, se dois estabelecimentos distam entre si mais de 100 metros. Esta verificação pode ser feita por agentes administrativos ordinários, sem necessidade de recurso a um especialista.

(ii) Uma segunda categoria compreende as “verificações técnicas” (*accertamenti tecnici*). Trata-se de identificação de circunstâncias factuais definidas em termos técnicos, mas *objetivamente* aferíveis. Os exemplos sempre citados na doutrina italiana são o da gradação alcoólica de uma bebida e o do caráter estupefaciente de uma substância.¹⁶⁰

(iii) A “discrecionalidade técnica simples” (*discrezionalità tecnica*), categoria seguinte, corresponde a uma avaliação de natureza técnica *opinável*, ou seja, subjetiva. Neste caso, a atividade realizada pela administração envolve conhecimentos técnicos especializados, mas não leva à adoção de um resultado único e indiscutível. Como exemplo pode ser citada a identificação de vínculo existente entre uma doença contraída por um agente público e a função por ele desempenhada. A discrecionalidade técnica também é constante em contestações de concursos públicos ou licitações.¹⁶¹

160. V.: Nino Paolantonio, “Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica” (Nota a CDS, VI^o, 3.7.2002 n. 3637), *Foro Amministrativo: CDS* 2002, pp. 2587-2597; e Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, *Diritto Amministrativo* 4/791-837, 2008.

161. V.: Silvia Mirate, “La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 10.2.2000, n. 715), *Giur.*

(iv) A “discricionariedade administrativa pura” (*discrezionalità amministrativa*) consiste em atividade de sopesamento, pela autoridade administrativa, de interesses públicos conflitantes. Como já foi visto no item anterior, não se trata de atividade de natureza técnica, mas política.

(v) A “avaliação técnica complexa” (*valutazione tecnica complessa*) é uma atividade que compreende não apenas a opinabilidade, mas também uma ponderação de interesses públicos conflitantes. Trata-se de categoria que foi referida pela jurisprudência italiana entre o final de 2001 e início de 2004, sendo em seguida abandonada sem grandes explicações. Durante sua vigência costumava caracterizar, aos olhos do Conselho de Estado, os provimentos da autoridade antitruste, entre outras autoridades regulatórias.

O problema da intensidade do controle judicial sobre as atividades administrativas técnicas coloca-se de forma mais significativa nos casos em que as ações específicas a serem adotadas pela administração não estão precisa e detalhadamente prefiguradas na legislação. Havendo uma só e inequívoca decisão a ser tomada pela administração por força de lei, ela será a única juridicamente possível. Os tribunais poderão, então, sem maiores problemas, anular a decisão administrativa que não lhe corresponda. Voltando ao exemplo da gradação alcoólica de uma bebida, se a lei estabeleceu um limiar qualquer a partir do qual alguma medida administrativa deve ser adotada, ela será devida em todas as situações em que este limiar *objetivo* tenha sido ultrapassado. Os tribunais podem verificar sem limites esta circunstância factual, eventualmente com a ajuda de um perito técnico.

A este trabalho importam particularmente as atividades que na Itália foram denominadas “discricionariedade técnica” e “avaliações técnicas complexas”, aquelas em que a circunstância fática que autoriza ou determina o agir administrativo foi descrita pela norma em termos técnicos equívocos, ambíguos, imprecisos – não totalmente *objetivos*.¹⁶² Isto significa que a

It., 2000, 12; e Antonio Bertoldini, “La consulenza tecnica d’ufficio nella giurisdizione del Consiglio di Stato, la ricerca della prova attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell’azione amministrativa”, *Foro Amministrativo: CDS* 2003, pp. 225-231.

162. Como afirma Jean-Yves Chérot, a imprecisão de normas técnicas, especialmente na regulação econômica, é uma constante: “Les normes de la nouvelle légalité économique issues du droit de la concurrence sont largement indéterminées. Les textes appliqués ne fixent pas avec précision les obligations de l’administration. Il s’agit en effet d’appliquer des notions telles que ‘ententes ayant pour effet d’affecter la concurrence’, ‘marché pertinent’, ‘position dominante’, ‘abus de position dominante’. On ne sait pas non plus très bien quels sont les critères qui permettent de dire à partir de quand une mesure étatique viole les règles du droit de la concurrence ou encore ce que signifie pour l’administration ‘prendre en considération’ le droit

“tecnicidade” de uma questão, em si, não é particularmente relevante para a determinação da intensidade do controle judicial sobre ela incidente. Aquilo que é realmente relevante é a *opinabilidade* técnica, ou – na expressão adotada aqui – a *complexidade* técnica. A atividade administrativa técnica opinável existe em todas as jurisdições, embora seja em cada uma delas referida por rótulos diferentes. Nestes casos há um espaço para *interpretar* ou *completar* o comando legislativo; há lugar para que se efetuem *escolhas* de natureza técnica.

A evolução da jurisprudência italiana a respeito destas atividades técnicas opináveis é bastante interessante. Ela envolve longa hesitação jurisprudencial, até chegar à atual posição, declaradamente não deferente. Até 1999 a mera discricionariedade técnica era já considerada razão para a aplicação de um controle limitado às hipóteses de irrazoabilidade, ilogicidade ou incoerência da decisão administrativa.¹⁶³ A partir de então, na esteira da introdução legislativa da possibilidade de recurso a um perito do juízo, o controle sobre a discricionariedade técnica foi ampliado.¹⁶⁴ Entretanto, ao menos até 2004 a jurisprudência administrativa seguiu aplicando um controle limitado (dito “fraco”) aos casos de “avaliações técnicas complexas”, aquelas que envolviam, concomitantemente, análises técnicas opináveis e ponderação de interesses públicos conflitantes.¹⁶⁵ Este é o período mais rico da jurisprudência italiana em termos de considerações institucionais e justi-

de la concurrence” (“Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence”, cit., *AJDA* 2000, p. 687).

163. V., por exemplo: Cons. St., Sez. IV, 30.11.1992, n. 986 (sobre o exame de riscos relativos a uma imagem publicitária); Cons. St., Sez. IV, 12.12.1992, n. 1055 (sobre a atribuição de vínculo de particular interesse histórico e artístico a uma construção); Cons. St., Sez. IV, 20.1.1998, n. 106 (sobre a atribuição de vínculo paisagístico a uma localidade).

164. O *leading case* foi Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, a propósito da relação entre a enfermidade de um magistrado e sua função pública.

165. V., em especial: Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287 (controle de decisão do Comitê Florestal que recusava a autorização para transformar terrenos destinados a cultivo); Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199 (sobre acordos ilícitos entre concorrentes no mercado de seguro de automóveis). Os casos mais relevantes deste período relacionavam-se com controle judicial de decisões da autoridade antitruste italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*/AGCM). V., por exemplo: Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156 (sobre condições impostas pela AGCM para autorizar uma operação de concentração econômica); Cons. St., Sez. VI, 19.7.2002, n. 4001 (sobre abuso de posição dominante na concessão de descontos para fidelizar clientela); Cons. St., Sez. VI, 26.7.2001, n. 4118 (fraude a licitações públicas); Cons. St., Sez. VI, 20.3.2001, n. 1671 (caso sobre cartel no mercado de caldeiras a gás); Cons. St., Sez. VI, 12.2.2001, n. 652 (caso sobre alegada colusão entre gravadoras de música).

ficativas para o *approach* judicial limitado. A partir de 2004 as referências a avaliações técnicas complexas e a “controle fraco” foram sendo abandonadas, e o Conselho de Estado passou a adotar um discurso totalmente oposto ao anterior – inclusive fazendo referências a interessantes razões para aplicação de um controle não deferente sobre questões tecnicamente complexas.¹⁶⁶

No Direito Francês a complexidade técnica é tradicionalmente (e ainda hoje) um dos mais relevantes fatores a gerar a limitação do controle judicial. Uma das manifestações mais flagrantes deste raciocínio consiste na recusa reiterada dos tribunais administrativos de proceder a *qualquer controle* sobre as bancas de concursos públicos, cujas decisões são ditas “soberanas”.¹⁶⁷ Além disso, o modelo deferente de controle judicial (de “erro manifesto de apreciação”) é geralmente aplicado aos casos que exigem especial conhecimento técnico, não detido pelos tribunais. São exemplos o controle das decisões administrativas relativas ao caráter venenoso de uma loção capilar¹⁶⁸ ou à aposição a um vinho de uma denominação controlada.¹⁶⁹ Curiosamente, no entanto, a aplicação desta racionalidade no contexto da regulação econômica é um pouco menos clara. De um lado, os *rapporteurs publics* têm frequentemente aconselhado (com sucesso) a adoção de um controle restrito sobre questões extremamente complexas, como as decisões de autoridades reguladoras relativas a tarificação.¹⁷⁰ De outro lado, decisões

166. A mudança jurisprudencial se deu a partir do caso Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926 (*Buoni Pasto*, sobre cartel em licitação para aquisição de tiquetes-refeição), mas foi completada em casos posteriores. V., por exemplo: Cons. St., Sez. VI, 3.2.2005, n. 280 (sobre publicidade enganosa); Cons. St., Sez. IV, 8.2.2007, n. 515 (sobre acordos para repartir produção e fixar preços mínimos de venda).

167. Trata-se de uma das raras hipóteses ainda vigentes de ausência total de controle (às vezes referida na doutrina como “contrôle *infra-minimum*”). V., por exemplo : CE, 16.5.2001, *de Nale*; CE, 22.2.1995, *Girardot*; CE, 20.5.1994, *Mlle. Semetey*; CE, 15.4.1983, *Bannay*; CE, 3.11.1982, *Goure*; TA Paris, 3.3.1983, *Zanone*.

168. CE, 27.4.1951, *Société Toni*.

169. CE, 14.10.1960, *Syndicat Agricole de Lalande-de-Pomerol*. V., ainda, por exemplo: CE, 19.11.1986, *Soc. Smanor* (controle restrito sobre a recusa administrativa de qualificar iogurtes congelados como “iogurtes”); e CE, Ass., 29.3.1968, *Société du Lotissement de la Plage de Pampelonne* (controle restrito sobre a decisão de uma autoridade administrativa a propósito dos riscos à salubridade ou à segurança pública de um projeto de engenharia). Mas há decisões em sentido contrário. V., por exemplo: CE, 6.3.1970, *Ministre de l'Agriculture c. Aumeunier* (aplicando controle normal sobre a eficácia de um programa de profilaxia da tuberculose bovina); ou CE, 30.10.1970, *Société Lyonnaise de Dépôts et de Crédit Industriel* (sobre a originalidade de uma marca).

170. CE, 5.12.2005, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 277441-277443-277445 (controle restrito sobre decisão de fixar piso tarifário para operado-

que teoricamente poderiam levar ao mesmo raciocínio (como aquelas relativas a concentrações econômicas) têm sido consistentemente submetidas a um controle não deferente.¹⁷¹

No Canadá e nos Estados Unidos a relação entre complexidade técnica da decisão administrativa e deferência judicial é mais uniformemente estabelecida. No Canadá a complexidade técnica, associada à expertise superior da autoridade administrativa autora da decisão controlada, constitui historicamente um dos fatores mais relevantes do teste aplicado pelos tribunais

ras com influência significativa). V. também: CE, 19.5.2008, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 311197 (controle restrito sobre decisão de estabelecer baixa progressiva de pisos tarifários em direção aos custos); CE, 13.11.2006, *Société Free SAS*, Req. 291691 (controle restrito sobre decisão de numeração); CE, 10.7.2006, *Société Cégétel*, Req. 274455 (controle restrito sobre decisão relativa à repartição de ônus do serviço universal); CE, 25.4.2007, *AFORST*, Req. 288902 e 288903 (controle restrito sobre a excessividade do ônus do serviço universal).

171. Em CE, 9.4.1999, *Société The Coca-Cola Co.*, Req. 201853, o Conselho de Estado aplicou controle normal: (i) sobre a definição do mercado relevante, considerada “noção objetiva não discricionária”; (ii) sobre os efeitos anticoncorrenciais da operação; (iii) sobre o argumento de compensação dos efeitos anticoncorrenciais. V. também: CE, 31.5.2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, Req. 213161-213352 (controle normal sobre existência de concentração); CE, 6.10.2000, *Société Pernod Ricard*, Req. 216645 (controle normal sobre decisão a respeito dos efeitos anticoncorrenciais da concentração e sobre a decisão de que os efeitos anticoncorrenciais não são compensados pelo progresso econômico); CE, 6.2.2004, *Société Royal Philips Electronic et Autres*, Req. 249267 (controle normal sobre a definição do mercado relevante, sobre o *bilan* econômico e sobre a utilização da teoria da *failing firm*). Para maiores detalhes sobre os casos de aplicação de controle não deferente a decisões teoricamente complexas tecnicamente, v. o Capítulo II desta Primeira Parte. Para uma visão elogiosa deste controle não deferente sobre decisões relativas ao direito da concorrência, v. Michel Bazex e Sophie Blazy, “La confirmation du rôle du juge administratif dans le contrôle des opérations de concentration”, *Droit Administratif* 5, maio/2006. Os mesmos autores criticaram a “timidez” do Conselho de Estado no caso CE, 20.10.2004, Req. 256899, *Sté. Bayer Pharma*, em que a tecnicidade da decisão foi levada em consideração para a aplicação de um controle restrito (cf. Michel Bazex e Sophie Blazy, “Le juge doit-il contrôler la pertinence de l’analyse économique servant de base à une décision?”, *Droit Administratif* 2, fevereiro/2005, comm. 26). Christine Bréchon-Moulènes relata uma evolução do controle do juiz administrativo francês em matéria econômica: de um passado tímido para um controle cada vez mais pleno (“La place du juge administratif dans le contentieux économique public”, *AJDA* 2000, p. 679). Sobre o tema, v., ainda: Pascale Idoux, “Juger la régulation, c’est encore réguler...” (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866), cit., *Revue du Droit Public* 6/1643; e Jean-Marc Sauvé, *Le Rôle des Cours Suprêmes en Matière Economique (Intervention dans le Cadre du Colloque Organisé au Conseil Économique, Social et Environnemental par la Regulatory Law Review et les Éditions Lextenso le Lundi 25 Janvier 2010)*, disponível em <http://www.conseil-etat.fr>.

para determinar a intensidade do controle judicial a ser empregada em cada caso concreto.¹⁷² Semelhantemente, nos Estados Unidos a complexidade técnica de uma questão é também relevante para determinar a limitação do controle judicial, tanto no contexto de interpretações legislativas (sob a doutrina *Chevron*¹⁷³) como nas demais ações administrativas (normalmente submetidas aos modelos de controle de arbitrariedade e de evidências substantivas).¹⁷⁴

172. No caso *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 50, a Suprema Corte canadense chegou a afirmar que a expertise “is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review”. Em *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, a Suprema Corte cuidou longamente das várias formas e várias dimensões da expertise, que podem levar a uma autorrestrição judicial. Sobre a valorização da expertise na orientação deferencial canadense, v.: David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, 1997; e Lorne Sossin, “Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478.

173. A decisão de *Chevron*, em si, parece mais fundamentada em critérios de politicidade das interpretações de termos legislativos ambíguos do que na sua tecnicidade. Ainda assim, alguma relevância foi dada à complexidade técnica envolvida nesta atividade interpretativa (v., por exemplo, *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984), em que a Suprema Corte afirma que “judges are not experts in the field”, pelo quê deveriam deferir para a agência de proteção do meio ambiente). Neste sentido, também Kenneth W. Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, cit., 3 *Yale J. on Reg.* 283, 309-310. Uma anedota que calha bem ao tema é a afirmação atribuída ao Ministro-Relator John Paul Stevens para justificar sua posição em *Chevron*: “When I am so confused, I go with the agency” (in Thomas Merrill, “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, New York, Thomsom/West, 2006, p. 417). Na sequência da evolução jurisprudencial da doutrina *Chevron*, a expertise técnica das autoridades administrativas é frequentemente citada como um dos fundamentos da deferência judicial que lhes é devida em casos de ambiguidades legislativas. V., por exemplo, *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 703 (1995): “The latitude the ESA gives the Secretary in enforcing the statute, together with the degree of regulatory expertise necessary to its enforcement, establishes that we owe some degree of deference to the Secretary’s reasonable interpretation”. Para maiores detalhes sobre a doutrina *Chevron*, v. o próximo capítulo deste trabalho. A complexidade técnica é ainda relevante sob a doutrina *Skidmore* (aplicável nos casos de inaplicabilidade de *Chevron*), como um dos fatores a serem sopesados para a definição do peso a ser dado para a interpretação de uma autoridade administrativa. Sobre a doutrina *Skidmore*, v. especialmente o Capítulo I da Terceira Parte.

174. V., por exemplo, *Baltimore Gas & Elec. Co. versus Natural Res. Def. Council*, 462 U.S. 86, 103 (1983), em que a Suprema Corte afirmou que “a reviewing court must remember that the Commission is making predictions, within its area

Neste capítulo serão expostos unicamente os exemplos em que a complexidade técnica gerou manifestações de autorrestrição e deferência judicial. O objetivo é demonstrar a materialidade e a recorrência deste raciocínio, bem como seus fundamentos. Nos Países de tradição civilista a importância do critério da complexidade técnica para fins de determinação da intensidade do controle judicial foi bastante acentuada a partir da advento do “Estado Regulador”. Foi precisamente a complexidade técnica de algumas atividades administrativas contemporâneas que provocou as reformas estruturais na administração pública que caracterizam este novo modelo de Estado. Centros de competência administrativa passaram a ser *destacados* da administração central e revestidos de características institucionais voltadas a fazê-los *cuidadosamente desenhados* para o desempenho destas funções complexas.¹⁷⁵ O maior exemplo é a regulação de atividades econômicas antes submetidas ao monopólio estatal, como os serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás, transporte ferroviário etc. A liberalização destes setores à iniciativa privada constitui um processo extremamente complexo e sensível. Para capitaneá-los, foi frequente a opção pela criação das chamadas “agências reguladoras”. Na maioria dos casos trata-se de autoridades administrativas relativamente independentes da administração central, compostas por especialistas na matéria e dotadas de significativos recursos financeiros e humanos.

Desempenhadas por autoridades assim desenhadas, estas atividades tecnicamente complexas – como qualquer outra atividade administrativa – podem ser contestadas judicialmente. A possibilidade levanta a questão da *intensidade* do controle que os tribunais, instituições detentoras de competência *genérica e jurídica*, devem aplicar sobre as decisões *técnicas* das entidades administrativas *especializadas*. Justamente porque as questões relativas à intensidade do controle judicial sobre as decisões tecnicamente

of special expertise, at the frontiers of science. When examining this kind of scientific determination, as opposed to simple findings of fact, a reviewing court must generally be at its most deferential”. V., também: *NLRB versus Seven-Up Bottling Co.*, 344 U.S. 344, 349 (1953); *Market Street Ry. Co. versus Railroad Comm.*, 324 U.S. 548 (1945); *American Airlines, Inc. versus CAB*, 359 F.2d 624, 632-633 (DC Cir. 1966), cert. denied, 385 U.S. 843 (1966) (“It is the kind of issue where a month of experience will be worth a year of hearings”); *Chicago & Northwestern Ry. Co. versus Railroad Comm.*, 156 Wis. 47, 145 N.W. 216 (1914). Sobre a relevância da expertise no *New Deal* e na orientação deferencial americana, v. James O. Freedman, “Expertise and the administrative process”, 28 *Admin. L. Rev.* 363 (1976).

175. Uma das razões para a criação de autoridades reguladoras é precisamente a de permitir a regulação econômica mais eficiente, através de instituições públicas adaptadas a estas funções (cf. Mario Libertini, “Le riforme del diritto dell’economia: regolazione e concorrenza”, *Giornale Dir. Amm.* 7/802, 2002).

complexas da administração se põe de forma mais significativa no que concerne ao âmbito regulatório, optou-se por direcionar-lhe o foco desta parte do capítulo.

O controle judicial operado sobre estas escolhas pode importar o desempenho pelo Poder Judiciário de competências regulatórias. Ao ultrapassarem um mero exame da *razoabilidade* das escolhas operadas pelo administrador público e promoverem controle judicial não deferente sobre a regulação econômica, os tribunais terminam, inexoravelmente, por *regular*.¹⁷⁶ Isto é feito com maior clareza nos casos em que os tribunais detêm poder de substituição das medidas regulatórias (casos típicos dos contenciosos de plena jurisdição, na França; juízos de mérito, na Itália; ou controle *de novo*, nos Estados Unidos).¹⁷⁷ Mas se realiza também, ainda que em menor intensidade, nos casos em que os tribunais meramente *proscREVem e anulam* determinada medida, por entendê-la contrária ao Direito (hipótese do contencioso de anulação, na França; ou de legitimidade, na Itália). Nestas hipóteses, ao invés de *regularem positivamente*, os tribunais promovem uma espécie de *regulação negativa*, moldando as opções regulatórias possíveis, reduzindo o leque de alternativas à disposição do regulador. Em todo caso, estas regulações judiciais são tanto mais prováveis quanto mais intenso for o controle judicial. É precisamente por isso que a questão relativa à intensidade do controle judicial se resolve, em última instância, numa análise institucional comparativa.

Como a regulação provê o mais claro exemplo dos dilemas e complexidades do tema desta parte deste capítulo, seu exame permitirá uma análise mais rica. A seguir, portanto, apresentam-se os argumentos que apontam para a conveniência de uma atuação judicial limitada no domínio da regulação econômica. O problema da intervenção judicial neste âmbito reside, de um lado, na limitada adaptação destas instituições para compreender e adotar medidas regulatórias eficazes (item 3.1); de outro lado, no prejuízo que esta intervenção gera para a política regulatória implementada pelas autoridades administrativas (item 3.2). Num primeiro momento, portanto, cuida-se da inconveniência da regulação eventualmente operada pelo próprio Poder Judiciário, via controle judicial. Num segundo momento, volta-se aos efeitos deletérios que esta intervenção judicial causa à eficácia da regulação promovida pelas autoridades administrativas reguladoras.

176. V., a propósito, Pascale Idoux, “Juger la régulation, c’est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)”, cit., *Revue du Droit Public*, 6/1643.

177. Cf. Guy Canivet, “Régulateurs et juges: conclusions générales”, cit., *LPA* 17/50.

Ambos os fatos sugeririam a conveniência de uma autorrestrição judicial neste âmbito.

3.1 *A inadequação objetiva e subjetiva dos tribunais para a regulação econômica*

Os problemas das intervenções regulatórias operadas pelos tribunais via controle judicial está na inadaptabilidade destas instituições para cumprir esta tarefa. Além de não estarem habituados a tratar de questões regulatórias típicas (aspecto *objetivo* – item 3.1.1), os tribunais não possuem características institucionais adequadas para fazê-lo (aspecto *subjetivo* – item 3.1.2).¹⁷⁸

3.1.1 *Desafios inusuais: a natureza peculiar da regulação econômica*

O primeiro problema da adoção de medidas regulatórias pelo Poder Judiciário está em que os tribunais não estão *acostumados* a tratar de problemas típicos da regulação econômica. Estas questões constituem *desafios inabituais* para as instituições judiciárias. Com efeito, a estrutura da atuação judicial típica envolve (i) a solução de uma controvérsia meramente bipolar e veicula (ii) um raciocínio retrospectivo. Na maioria das vezes a atuação judicial consiste em aplicar o Direito a fatos pregressos, cuja ocorrência efetiva as partes buscam demonstrar ou negar. Diversamente, com bastante frequência as medidas regulatórias envolvem análises prospectivas (item 3.1.1.1) e multipolares (item 3.1.1.2).

178. Neste mesmo sentido, Paule Quilichini reporta como a criação de autoridades reguladoras constituiu um “esforço de desjurisdicionalização” de certas questões que não pareciam bem tratadas pelo Poder Judiciário (“Réguler n’est pas juger: réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique”, *AJDA* 2004, p. 1060). Por sua parte, Richard Posner distingue as características clássicas das atividades de regulação administrativa e da litigância judicial: “Regulation and litigation tend to differ along four key dimensions: (a) regulation tends to use *ex ante* (preventive) means of control, litigation *ex post* (deterrent) means; (b) regulation tends to use rules, litigation standards; (c) regulation tends to use experts (or at least supposed experts) to design and implement rules, whereas litigation is dominated by generalists (judges, juries, trial lawyers), though experts provide inputs as witnesses; and (d) regulation tends to use public enforcement mechanisms – private civil lawsuits, handled by private lawyers although the decision resolving the litigation is made by a judge (with or without a jury), who is a public official (the jurors are ad hoc public officials)” (“Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework”, cit., in Daniel P. Kessler (ed.), *Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*, 2011).

3.1.1.1 A prospectividade frequente das decisões regulatórias

A regulação econômica consiste num esforço para moldar a estrutura e o funcionamento dos mercados. Para o desempenho desta atividade é bastante comum que o regulador seja obrigado a realizar análises prognósticas, voltadas a prever os efeitos de medidas governamentais ou operações empresariais no mercado considerado. O exemplo mais claro desta realidade é o das análises de concentrações empresariais pela autoridade antitruste. O tipo de apreciação nelas envolvido dista bastante da estrutura típica do raciocínio judicial.

A natureza peculiar e prospectiva da análise de uma operação de concentração promovida pela autoridade antitruste italiana foi destacada pelo Conselho de Estado no importante caso *Enel/Infostrada*, para sugerir a necessidade de um controle judicial deferente, em que estas apreciações não são *refeitas* pelos tribunais.¹⁷⁹ Trata-se de uma das mais importantes decisões do máximo Tribunal Administrativo italiano no período em que deferia para as chamadas “avaliações técnicas complexas”.¹⁸⁰

A *Enel* (maior grupo atuante no setor italiano de energia elétrica) e a *France Télécom* (sociedade atuante no ramo telefônico na França e outros Países) pretendiam adquirir o controle conjunto da empresa Infostrada, segundo operador italiano de telecomunicações. A autoridade antitruste italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, doravante AGCM) concluiu que a concentração reforçaria a posição dominante de Enel Trade no mercado de fornecimento de energia elétrica. O grupo Enel poderia ofertar uma pacote *multiutility*, que conjugasse serviços elétricos e de telecomunicações, fidelizando os clientes. Por força deste reforço da posição dominante, a AGCM condicionava a concentração à cessão, pela Enel, de ao menos 5.500MW da sua própria capacidade de geração.¹⁸¹

Esta decisão administrativa foi anulada pelo Tribunal Administrativo Regional de Lazio (TAR Lazio), após impugnação da Enel. Em seu pronunciamento, o TAR Lazio refez toda a análise econômica promovida pela autoridade antitruste, discordando da AGCM, por exemplo, em relação à existência de dominância da Enel no mercado de fornecimento de energia elétrica. Realizou, ainda, análises prognósticas autônomas a propósito da racionalidade

179. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, *Enel/Infostrada*.

180. Sobre esta decisão, v., ainda, Angelo Lalli, “La sindacabilità giurisdizionale del potere neutrale dell’autorità garante della concorrenza e del mercato ed il procedimento di controllo in materia di concentrazioni” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), *Foro Amm. CDS* 1/232, 2003.

181. Cf. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, *Enel/Infostrada*, item 2.

dade econômica e *probabilidade de adoção futura*, pela Enel, de condutas empresariais aventadas pela AGCM.¹⁸² O procedimento foi repreendido pelo Conselho de Estado, que frisou a diferença destas análises complexas e prospectivas para as meras verificações de fatos,¹⁸³ às quais os tribunais estão habituados e sobre as quais poderia recair um controle ilimitado.¹⁸⁴

182. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 7: “Il Collegio osserva che il primo giudice ha sostanzialmente provveduto a formulare una nuova valutazione, rispetto a quella effettuata dall’Autorità, fornendo indicazioni e valutazioni sulla stessa possibilità e razionalità dei comportamenti ipotizzati dall’Autorità, ipotizzando essa stessa sia i comportamenti che Enel avrebbe dovuto assumere, in una logica di gruppo ed indicando direttamente le conseguenze, rispetto al mercato della generazione e di quello della fornitura dell’energia elettrica, della borsa elettrica (omettendo, peraltro, di considerare del tutto la mancata indicazione di essa). (...) Il Tribunale indica, pertanto, i comportamenti economici di Enel che considera ragionevolmente ipotizzabili, per contrapporli a quelli ipotizzati dall’autorità, in tal modo pervenendo ad una valutazione del ruolo e degli effetti della borsa elettrica di segno opposto a quella posta dalla AGCM”.

183. Assim, também, v. Christine Brèchon-Moulènes (“La place du juge administratif dans le contentieux économique public”, cit., *AJDA* 2000, p. 679): “Il ne s’agit pas seulement de constater des faits, mais de les mettre en relation avec une situation économique qu’il faut savoir apprécier, car, au-delà de son caractère objectif, le droit économique repose sur une échelle de valeurs d’un type nouveau: les bonnes et les mauvaises ententes, la contribution suffisante ou non au progrès économique etc.”.

184. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 6: “Tale essendo il tenore della decisione impugnata, evidente appare l’errore in cui è incorso il primo giudice, e che lo ha portato, sostanzialmente, non a controllare la coerenza e la legittimità delle valutazioni dell’autorità, ma a sostituire a questa una nuova valutazione economica. Fondati si palesano, pertanto quei motivi dell’impugnazione, con i quali l’AGCM deduce che il Tribunale avrebbe inammissibilmente esaminato il merito del provvedimento. Ed infatti, quello riguardante l’evidenza o meno, di una posizione dominante di una determinata impresa non costituisce un accertamento di mero fatto, né la sussistenza di tale posizione può risolversi in un semplice presupposto di fatto che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica; al contrario, essa implica un apprezzamento significativo che si risolve in una valutazione tecnica complessa, fondata, come è stato osservato, non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull’applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle economiche, ed implica, per di più una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito, come una concentrazione, è destinato ad operare. In nessun caso, pertanto, quello connesso con l’affermazione dell’esistenza di una posizione dominante può essere considerato un mero fatto od un accertamento di fatto; al contrario, esso si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti che sull’applicazione di regole tratte dalle scienze economiche, sia infine, su una valutazione prognostica degli effetti che l’operazione è destinata a produrre sul mercato preso in considerazione”.

A necessidade de aplicar um controle judicial deferente a determinações de agências administrativas de natureza largamente preditiva é também destacada pela jurisprudência norte-americana.¹⁸⁵ Em *Baltimore Gas*, a

185. A prospectividade das decisões relativas à regulação antitruste também encontra exemplos muito interessantes no Direito Francês, mas nesta jurisdição a circunstância não leva à aplicação de um controle judicial restrito. No caso CE, 6.2.2004, *Société Royal Philips Electronic et Autres*, n. 249267, o Conselho de Estado fez incidir o modelo de controle não deferente (dito *normal*) sobre decisão do Ministro da Economia que aplicava a teoria da *failing firm* a uma concentração econômica. Esta teoria propugna que uma concentração pode ser liberada nos casos em que a criação ou reforço da posição dominante que ela produz se daria de qualquer modo (mesmo na ausência da concentração), em função do desaparecimento (por falência) da empresa adquirida. A relevância do uso da teoria da *failing firm* para esta parte do capítulo está em sua *acentuada natureza prospectiva*. Note-se que seu uso exige múltiplo raciocínio prospectivo da autoridade antitruste. Ela precisa imaginar a situação do mercado na hipótese de uma concentração, mas também na hipótese de falência da empresa em questão. Além disso, precisa avaliar a efetiva probabilidade da falência no caso em que a concentração não seja liberada. Esta “múltipla prospectividade” não fugiu à atenção do Comissário de Governo Emmanuel Glaser, que a mencionou em suas conclusões: “L’application de l’exception de l’entreprise défaillante suppose, elle, de comparer non la situation actuelle et la situation future, mais deux situations futures également inconnues, voire, comme on le verra, non pas deux mais trois ou quatre situations tout aussi hypothétiques. Une telle comparaison ne nous paraît devoir être maniée qu’avec une prudence redoublée”. A despeito desta necessária *prudence redoublée*, o Comissário de Governo e o Conselho de Estado francês não se julgaram incapazes de proceder a estas avaliações por si próprios – e submeteram a decisão administrativa a um controle não deferente. Adicione-se que, antes de o Conselho de Estado se pronunciar, duas autoridades administrativas (o Conselho da Concorrência, em parecer, e o Ministro da Economia, em sua decisão) já haviam se pronunciado sobre a operação – e discordaram em diversos pontos, concordando apenas a propósito da aplicação da teoria da *failing firm*. O Conselho de Estado, no entanto, divergiu precisamente neste ponto, encontrando falhas no raciocínio do Ministro e anulando sua decisão. Esta operação de concentração seguiu bastante interessante, na medida em que deu ensejo a uma nova decisão do Ministro da Economia, novamente contestada e examinada pelo Conselho de Estado no caso CE, 13.2.2006, *Société De Longhi*, Req. 278796. Aqui, a relevância está no fato de que, entre uma decisão e outra, a concentração seguiu válida, e esta rara circunstância permitiu que o Conselho de Estado pudesse ter não mais uma visão *prospectiva*, imaginando as consequências hipotéticas da operação, mas *retrospectiva*, através de uma análise concreta dos efeitos que a operação *efetivamente* causou ao mercado relevante. O Comissário de Governo Emmanuel Glaser destacou esta circunstância incomum em suas conclusões: “Comme on le verra également, la situation actuelle est assez largement inédite, dès lors que, la concentration n’ayant pas été défaite à la suite de votre annulation, le Ministre, et avant lui le Conseil de la Concurrence, ont pu examiner *in concreto* les conséquences de cette concentration sur les évolutions du marché du petit électroménager sur la période 2000-2003. La décision ne s’appuie, donc, pas sur une tentative de prévision des effets possibles de la concentration,

Suprema Corte reverteu uma decisão de um tribunal inferior (o *DC Circuit*) que considerava arbitrária uma determinação da Comissão de Regulação Nuclear. Ao fazê-lo, a Corte observou que a Comissão estava promovendo “predições, dentro de sua área de especial expertise, nas fronteiras da ciência”. Nestes casos – que a Corte contrasta explicitamente com “as simples verificação de fatos” –, o tribunal revisor “deve atuar na sua maneira *mais deferencial*”.¹⁸⁶

Evidentemente, a natureza prospectiva não caracteriza todas as medidas regulatórias. Num exemplo, as sanções administrativas (aplicadas pelas

mais, assez largement, sur une analyse rétrospective de ce qui s’est effectivement passé sur ce marché depuis la concentration. Elle repose, ainsi, sur des éléments moins aléatoires et plus solides que les décisions habituelles, même si l’attitude des entreprises concernées pendant ces trois ans a pu être influencée par la circonstance que la concentration n’avait pas encore été définitivement autorisée et que leur comportement était, donc, sous surveillance”.

186. *Baltimore Gas & Elec. Co. versus Natural Res. Def. Council*, 462 U.S. 86, 103 (1983): “Third, a reviewing court must remember that the Commission is making predictions, within its area of special expertise, at the frontiers of science. When examining this kind of scientific determination, as opposed to simple findings of fact, a reviewing court must generally be at its most deferential”. V., também: *Industrial Union Department versus American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980). Sobre esta decisão, v. os comentários de Richard Pierce, “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, 1988 *Duke L. J.* 300, 323 (1988): “The Supreme Court’s decision in ‘Baltimore Gas & Electric Co. versus Natural Resources Defense Council, Inc.’ provides another good illustration of powerful precedent instructing courts to defer to agency policy decisions made in conditions of uncertainty. The Nuclear Regulatory Commission (NRC) issued a rule that licensing boards should assume that permanent storage of nuclear waste will have no adverse effect on the environment for purposes of deciding whether to grant a license to any particular nuclear power plant. The DC Circuit reversed the NRC on the basis that its finding of no adverse environmental effect was arbitrary and capricious. The Supreme Court unanimously reversed the DC Circuit and affirmed the NRC. The Court noted that the NRC did not predicate its policy on a ‘finding’ of no adverse environmental effect. The NRC explicitly acknowledged the existence of uncertainty concerning the environmental effects of permanent storage of nuclear waste. Its directive to assume the absence of environmental effects of permanent nuclear waste storage in plant licensing decisions was a policy decision that the risks were too uncertain to use their existence as a basis for denying a license to any particular power plant. In affirming the agency, the Court reemphasized the ‘long accepted’ principle that courts should defer to agency policy decisions made in conditions of uncertainty: Resolution of these fundamental policy questions lies (...) with Congress and the agencies to which Congress has delegated authority (...). A reviewing court must remember that the Commission is making predictions, within its special expertise, at the frontiers of science. When examining this kind of scientific determination, as opposed to simple findings of fact, a court must generally be at its most deferential”.

próprias autoridades antitruste) – apesar de possuírem elas também um componente regulatório – possuem natureza mais próxima das medidas judiciais típicas, pelo quê sua submissão a um controle judicial não deferente é relativamente menos problemática.

3.1.1.2 A multipolaridade das questões regulatórias

Também é frequente que as medidas regulatórias possuam natureza “multipolar”, no sentido de envolverem a ponderação e o balanceamento de múltiplos interesses contrapostos (indústria regulada, consumidores, Estado, população em geral), de modo a conferir equilíbrio técnico e democrático ao setor regulado.¹⁸⁷ As questões regulatórias são, assim, frequentemente *policêntricas*, distando da usual característica das questões judiciais (normalmente bipolares). Sobre as competências policêntricas já se falou na parte deste capítulo relativa à natureza política. Aqui, fazem-se referências às considerações ali tecidas e repete-se que no Canadá e na Itália o exercício de competências policêntricas está tendencialmente submetido a um controle deferente.

No Direito Francês, no contexto regulatório, encontram-se algumas menções à necessidade de limitar a intervenção judicial e garantir um espaço de autonomia para o regulador. Esta autonomia seria essencial para que o regulador pudesse promover um balanceamento e sopesamento de interesses públicos conflitantes previstos na legislação pertinente. Este raciocínio pode ser identificado, por exemplo, no contexto do controle judicial da regulação tarifária da ARCEP, autoridade reguladora francesa das comunicações eletrônicas e postais (ou da ART, sua antecedente).

187. Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, 38 *Ad-min. L. Rev.* 363, 389 (1986): “Industry, moreover, is only one group whose interests the agency must consider. Whenever it regulates, the agency finds before it different groups, the industry, suppliers, consumer groups, members of Congress, and its own staff, with somewhat different interests. At the very least, each group may see different aspects of the problem as important: industry may focus on costs, suppliers on competitive fairness, and consumers on safety. Each group, moreover, has a different weapon with which to threaten the agency. The staff can recommend changed standards. Industry can withhold or produce critical information or threaten legal or political action. Consumer groups can threaten to appeal to Congress or to the public through the press. A wise agency may recognize the weapons that the various parties wield and may shape its standards to minimize opposition. It can thus increase the likelihood of voluntary compliance and diminish the likelihood of court delays. The agency’s final decision is likely to reflect some degree of compromise among all these interests. Such ‘compromise’ decisions are, in a sense, ‘political’. They may not be able to be supported through pure logic, but are they unreasonable?”.

Em dois casos, decididos nos anos de 2005¹⁸⁸ e 2008,¹⁸⁹ o Conselho de Estado foi instado a se manifestar sobre a validade jurídica dos tetos tarifários estabelecidos pela autoridade reguladora para serem seguidos pelos operadores dos serviços de telecomunicações (*Orange, SFR e Bouygues Télécom*). A ação havia sido promovida por uma associação de defesa do consumidor (*UFC Que Choisir*). Sem contestar a medida regulatória em si, a associação criticava os específicos valores adotados pelo regulador, sustentando que eles poderiam ser menos elevados. Em ambos os casos o Conselho de Estado promoveu um controle *restrito* sobre estas decisões. Ao final, as medidas administrativas foram mantidas, por não se ter configurado *erro manifesto de apreciação*.

O que aqui interessa mais particularmente são as razões que levaram à aplicação de um controle judicial deferente nestas hipóteses. A leitura das conclusões dos Comissários de Governo fornece elementos muito interessantes sobre esta questão. No primeiro dos dois casos, a associação responsável pela contestação judicial sustentava que a autoridade reguladora estava legalmente obrigada a orientar a tarifa para valores próximos aos custos das operadoras. Requeria, então, que o Conselho de Estado submetesse a regulação a um controle não deferente (no modelo “normal”). Em suas conclusões, a Comissão de Governo Prada-Bordenave sugere a rejeição do pedido da associação, negando a existência de um dever de que a tarifa reflita os custos reais das operadoras. Na realidade, na opinião da Comissão de Governo, as medidas regulatórias da ARCEP visam a garantir um razoável equilíbrio entre diversas finalidades fixadas na lei, dentre as quais “a melhor concorrência em benefício dos consumidores”, mas também “o bom funcionamento das redes”.¹⁹⁰

A associação consumerista voltou à carga com a mesma argumentação três anos depois, por ocasião da publicação da decisão seguinte da ARCEP, que fixava o teto tarifário do triênio 2008-2010.¹⁹¹ O Comissário de Governo Frédéric Lenica inicia sinalizando que a legislação pertinente estabelece que a regulação tarifária deve velar, de um lado, pela “promoção da eficiência econômica” e pelo “favorecimento de uma concorrência durável e otimização das vantagens para o consumidor”, e, de outro lado, deve

188. CE, 5.12.2005, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 277441-277443-277445.

189. CE, 19.5.2008, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 311197.

190. Cf. originais das conclusões da Comissão de Governo Mme Prada-Bordenave para o caso CE, 5.12.2005, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 277441-277443-277445.

191. CE, 19.5.2008, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 311197.

assegurar “uma remuneração razoável dos capitais empregados, tendo em vista o risco incorrido”. Nas suas próprias palavras: “Os textos legislativos fornecem algumas linhas diretrizes à ARCEP, sem, no entanto, aprisioná-la numa camisa de força; de fato, seria difícil imaginar como a ARCEP, se nenhuma margem de manobra lhe fosse reconhecida, seria capaz de conciliar os objetivos antagônicos cuja realização lhe foi confiada pelo legislador e pelo poder regulamentar”.¹⁹²

É interessante observar que a menção legislativa a “finalidades conflitantes” gera uma margem de apreciação para o regulador sopesá-las, balanceá-las e privilegiá-las de acordo com um julgamento próprio, que só pode ser refeito judicialmente em caso de erro *manifesto*. Não se reconhece, portanto, a existência de um *dever* do regulador de estabelecer tetos tarifários próximos aos custos reais das operadoras – modelo regulatório que veicula *uma específica ponderação* das finalidades contraditórias da lei, aquela que privilegiasse a proteção do consumidor sobre a remuneração dos capitais empregados pelas operadoras. A lei não impõe nem esta nem outra forma de ponderar tais finalidades contraditórias, no entanto.

No mais, a associação consumerista também contestou o fato de a ARCEP ter levado em consideração elementos gerais relativos ao contexto regulatório europeu para fixar o teto tarifário. O Comissário de Governo entende que este recurso foi motivado por dois objetivos: (i) não frustrar a abordagem comum para a questão pelos reguladores dos Países europeus; (ii) não enfraquecer os operadores franceses na concorrência externa. Estes objetivos são qualificados explicitamente pelo Comissário de Governo como “políticos”. São, ademais, considerados como uma razoável conciliação entre objetivos contraditórios da legislação, como “o desenvolvimento do emprego, do investimento eficiente nas infraestruturas, da inovação e da competitividade no setor de comunicações eletrônicas” e, de outro lado, “a

192. Cf. originais das conclusões do Comissário de Governo Frédéric Lenica para o caso CE, 19.5.2008, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 311197: “L’article indique ensuite que l’ARCEP peut ‘également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés comparables en France ou à l’étranger’ et qu’elle doit veiller, de manière générale, ‘à ce que les méthodes retenues promeuvent l’efficacité économique, favorisent une concurrence durable et optimisent les avantages pour le consommateur’, tout en, veillant ‘à assurer une rémunération raisonnable des capitaux employés, compte tenu du risque encouru’. Comme on le voit, les textes donnent donc quelques lignes directrices à l’ARCEP, sans l’enfermer toutefois dans un carcan; on imagine mal en effet comment l’ARCEP, si aucune marge de manœuvre ne lui était reconnue, serait en mesure de concilier les objectifs antagonistes dont le législateur et le pouvoir réglementaire lui ont confié la charge”.

realização e o desenvolvimento de redes e de serviços e a interoperabilidade de serviços no âmbito europeu”.¹⁹³

Em ambos os casos o Conselho de Estado seguiu as sugestões de seus Comissários de Governo, aplicando um controle judicial deferente (no modelo restrito) e considerando não verificada a hipótese de “erro manifesto de apreciação”. Nos “considerandos” da primeira destas decisões o Conselho de Estado faz referência à necessidade de a autoridade reguladora “conciliar” diversos objetivos, e afirma que a medida efetivamente adotada “baseou-se em análises do custo real suportado pelos operadores, bem como em considerações relativas aos riscos econômicos que apresentariam medidas mais imediatamente restritivas”.¹⁹⁴ A segunda decisão possui referências muito semelhantes. As medidas regulatórias da ARCEP foram, assim, mantidas – e os parágrafos acima demonstram que isso se deu em grande medida pelo seu caráter “poli-cêntrico”.

193. Cf. originais das conclusões do Comissário de Governo Frédéric Lenica para o caso CE, 19.5.2008, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 311197: “La lecture des très volumineux motifs de la décision permet en effet de comprendre que la position de l’autorité est notamment justifiée par les résultats d’analyses comparatistes dont il ressort d’une part que les autres autorités régulatrices européennes ont une appréciation des plafonds, et donc du coût des opérations, différente de celle de l’ARCEP et d’autre part que le rythme de baisse imposé partout ailleurs en Europe est non seulement plus lent qu’en France, mais qu’il tend en outre à se ralentir encore. (...). Derrière ces mobiles parfaitement présentables, on sent poindre en réalité des motivations que nous qualifierions volontiers de plus ‘politiques’: d’une part, la volonté de ne pas contrecarrer une approche commune de la question par les régulateurs, appelée de ses vœux par l’ARCEP ainsi que par la Commission Européenne; d’autre part, ne pas affaiblir les opérateurs français dans la compétition à venir qui devrait déboucher à terme sur la création de grands opérateurs paneuropéens. L’ARCEP pouvait-elle légalement retenir de tels motifs pour pondérer la logique d’approche orientée vers les coûts? Aucun élément de texte ne le prévoit expressément. (...). Nous vous proposerons néanmoins de valider la position retenue par l’autorité, qui nous semble correspondre à l’économie générale des textes transposant les directives ‘accès’ et ‘interconnexion’ du ‘paquet télécoms’ de 2002. L’art. L. 38, dont l’ARCEP a fait ici application d’un des éléments, prescrit ainsi, dans son alinéa introductif, que les obligations énoncées sur son fondement soient ‘proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l’art. L. 32-1’. Et ce dernier article fait clairement figurer au rang de ces objectifs, à la fois ‘le développement de l’emploi, de l’investissement efficace dans les infrastructures, de l’innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques’ (c’est l’objet du 3^e de cet article), mais aussi ‘la mise en place et [le] développement de réseaux et de services et à l’interopérabilité des services au niveau européen’ (c’est l’objet du 10^e de cet article)”.

194. CE, 5.12.2005, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 277441-277443-277445.

3.1.2 *A adaptação institucional reduzida dos tribunais para a regulação*

O pouco hábito dos tribunais de tratar de problemas regulatórios é agravado pelo fato de que estas instituições tampouco foram criadas e desenhadas para tratar de temas deste tipo, que exigem grande especialização técnica e dinamismo. A inadaptabilidade institucional dos tribunais reside particularmente na ausência de expertise institucional (item 3.1.2.1) e na natureza formal de sua atuação (item 3.1.2.2).¹⁹⁵

3.1.2.1 A expertise institucional inferior à do regulador

Por se tratar de problemas extremamente complexos, as questões regulatórias demandam tratamento especializado e pormenorizado. Nas mais diversas jurisdições a solução mais comum para enfrentá-las tem sido a de destacar uma instituição pública específica (uma autoridade administrativa reguladora), composta por meios financeiros adequados e por pessoal técnico de apoio para as decisões a serem tomadas pelos seus membros. Em contraste com esta configuração, os tribunais costumam caracterizar-se pela atuação genérica (incidente sobre diversos setores da economia) e dispor de poucos meios financeiros para promover análises técnicas detalhadas e cuidadosas sobre o alcance e os efeitos de determinada medida regulatória.¹⁹⁶ A especialização institucional reduzida dificulta ainda a

195. Este processo de criação plural das decisões regulatórias pode ser definido como “procedimentalização da regulação”. Sobre o tema, cf. também: Julia Black, “Proceduralizing regulation: part I”, *Oxford Journal of Legal Studies* 20(4)/597-614, Oxford, 2000).

196. Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, cit., 38 *Admin. L. Rev.* 363, 390: “A judge can spend three days reading a record of 4,000 pages and still feel somewhat unfamiliar with the facts. Docket pressures make it unusual for an appellate judge to have even three days available for record reading in an individual case. The First Circuit Court of Appeals, for example, has well over 1,000 cases per year, and each judge on the court writes fifty to sixty full published opinions each year. Even if one assumes that judges of courts that review more administrative agency cases need write only three or four, instead of five to seven, opinions per month, the judges will not have time to familiarize themselves with the enormously lengthy records. How can they analyze fully a record, for example, reflecting 10,000 comments made in response to a notice of proposed rulemaking? Can judges, when faced with such complexity and detail, do more than ask, somewhat superficially, whether the agency’s result is reasonable? Can they do more than catch the grosser errors? Can they conduct the thorough, probing, in-depth review that they promise? These realities about court review provide little basis for any hope that such review will lead to significantly better policy”. No mesmo sentido, v.: Richard

compreensão, pelos membros dos tribunais,¹⁹⁷ das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação examinada, bem como dos seus complexos efeitos sistêmicos.¹⁹⁸

A pesquisa jurisprudencial promovida para a elaboração deste trabalho demonstrou que a especialização inferior dos tribunais em comparação às autoridades reguladoras é uma das principais razões para gerar a incidência de um controle judicial deferente no domínio da regulação econômica. A especialização superior das autoridades administrativas pode decorrer do maior aparelhamento técnico, pessoal e financeiro da instituição (item 3.1.2.1.1), mas também pode derivar da experiência adquirida no tratamento diuturno da matéria objeto da regulação (item 3.1.2.1.2).

3.1.2.1.1 A influência do aparelhamento técnico, financeiro e de pessoal – Uma primeira forma mediante a qual a expertise institucional se apresenta é através do aparelhamento técnico, financeiro e de pessoal comumente superior das autoridades administrativas reguladoras.

Na Itália, durante o período em que a jurisdição administrativa fazia referência às “avaliações técnicas complexas” (entre 2001-2004), o fato de sobre elas incidir um controle judicial “fraco” era justificado pelo Conselho de Estado precisamente com base nestes fundamentos. No caso *Formam-*

J. Pierce Jr., “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, cit., 1988 *Duke L. J.* 300, 314.

197. James Skelly Wright relata sua experiência como membro da Corte de Apelações do *DC Circuit*: “In the past year, this author has personally received a compulsory education in the intricacies of nuclear breeder reactor development, the difficulties of pipeline construction through the Alaskan tundra, the effect of different gasoline grades on auto engine performance, the economics of air transport between small cities in New England, and the differing methods of producing sulphuric acid. This is a rather rich diet for a ‘generalist’ decision-maker who feels more comfortable with a volume from West Publishing Co. than with a computer print-out” (“Courts and the rulemaking process: the limits of judicial review”, cit., 59 *Cornell L. Rev.* 375).

198. Cass R. Sunstein, “Law and administration after Chevron”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2090: “Perhaps most important, regulation often runs into difficulty because of the complex systemic effects of regulatory controls. Statutes interact in surprising ways with markets, other statutes, and other problems. Unanticipated consequences are common. For example, regulation of new risks may exacerbate old risks; severe controls on the nuclear power industry may increase the need for coal-fired plants and thus aggravate health risks and other dangers from acid rain; a requirement that industry adopt the best available technology may well retard technological development in pollution control. Agencies are far better situated than courts to understand and counter these effects”.

biente, o Conselho de Estado destacou que tais avaliações se caracterizam por sua *objetiva complexidade* e por envolverem *interesses relevantes*, pelo quê o legislador teria conferido a competência decisória respectiva a entidades da administração “dotadas de uma peculiar legitimação, à luz da sua composição e qualificação técnica”.¹⁹⁹ Estas considerações foram depois desenvolvidas e ampliadas em casos relativos à autoridade antitruste. Assim, no caso *RC Auto*, o Conselho de Estado voltou a destacar a “particular composição e qualificação técnica” da autoridade antitruste.²⁰⁰ Fez, ainda, menção às exigências constitucionais de “eficiência e bom andamento da administração pública” (art. 97 da Constituição italiana), como a sugerir que as funções técnicas seriam mais eficientemente cumpridas pela autoridade reguladora.²⁰¹ No caso *Enel/Infostrada* o máximo Tribunal Administrativo

199. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, *Formambiente*, item 9-10: “In secondo luogo, deve tenersi in debito conto che la difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità ed opportunità amministrativa è accentuata proprio nei casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettiva complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario; interessi protetti da norme costituzionali destinate a prevalere nel giudizio di bilanciamento che le contrappone all’interesse dedotto dal ricorrente, anch’esso di sicura ascendenza costituzionale grazie al disposto dell’art. 113 Cost. L’emersione di siffatti interessi, inoltre, induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell’amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica. (...). È, infine, univoca la scelta legislativa che, in coerenza col principio di buon andamento dell’attività amministrativa, demanda la valutazione ad un organo che si configura come dotato di una specifica competenza, funzionale alla corretta salvaguardia del vincolo. In questo settore la legge ha assunto al rango di interesse pubblico un interesse che ha anche valenza tecnico-scientifica e ne ha attribuito la cura ad una particolare autorità amministrativa”.

200. Angelo Lalli, “Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’autorità garante della concorrenza e del mercato”, *Giornale Dir. Amm.* 4/358, 2003: “Le ragioni del limite al sindacato del giudice sono individuate non solo nella struttura logica della norma attributiva della competenza – concetto giuridico indeterminato e sovrapposizione tra opinabilità tecnica e opportunità amministrativa – ma anche nella particolare modalità di tutela dell’interesse coinvolto scelta dal legislatore, il quale istituisce particolari amministrazioni, caratterizzate da una speciale connotazione tecnica, allo scopo di affidare loro la responsabilità di definire in concreto la scelta tra le molteplici tutte tecnicamente legittime, per cui l’eventuale sovrapposizione integrale della scelta giurisdizionale determinerebbe un vulnus nell’organizzazione e nell’efficienza dell’amministrazione”.

201. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1: “L’indice dell’assenza del potere sostitutivo deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell’amministrazione, di cui all’art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza”.

italiano volta a fazer referência à “legitimação particular” da autoridade antitruste, decorrente de seu aparelhamento técnico.²⁰²

No Canadá, no âmbito do teste contextualizado aplicado pela Suprema Corte, a expertise institucional superior foi por muito tempo explicitamente considerada o fator mais importante para definir a intensidade do controle judicial a ser aplicado sobre cada questão específica.²⁰³ Em *Pushpanathan* a Suprema Corte fez menção às três dimensões sob as quais a expertise deve ser avaliada: (i) o tribunal deve identificar e caracterizar a expertise detida pelo tribunal; (ii) o tribunal deve comparar sua própria expertise em relação à do tribunal; (iii) o tribunal deve identificar a natureza da questão específica decidida pela autoridade em confronto com a sua expertise.²⁰⁴ Em relação à primeira dimensão, a expertise em domínios técnicos, econômicos e financeiros sempre foi particularmente relevante para determinar a deferência judicial à administração.²⁰⁵ A segunda dimensão mostra que a análise institucional deve ser comparada, e a terceira dimensão exige que se verifique que a específica questão trazida ao controle judicial se enquadra na expertise detida pela autoridade administrativa.

No caso *Southam*, em que se examinava decisão da autoridade antitruste, a Suprema Corte observou que o propósito da legislação pertinente era mais econômico do que estritamente jurídico, e este propósito poderia ser mais bem entendido por homens de negócio e economistas

202. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

203. V., por exemplo, *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 50: “Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review”. A precedência deste fator tornou-se duvidosa a partir da reforma promovida por *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Segunda Parte.

204. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 33: “Making an evaluation of relative expertise has three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise”.

205. Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 215: “In terms of broad expertise, bodies that deal with economic, financial, or technical matters seem to sit at the apex. Members of securities commissions, international trade tribunals, telecommunications bodies, etc. have all been recognized by the Court as possessing experience, expertise, and specialized knowledge that courts lack”.

do que por juízes.²⁰⁶ Para avaliar a intenção legislativa no que concerne à questão referente a qual instituição deve decidir sobre casos de direito da concorrência, a Suprema Corte examinou a composição da autoridade da concorrência. Observou que ela é composta por não mais do que quatro membros do Judiciário e não mais do que oito membros leigos em Direito, nomeados por um Conselho composto por pessoas versadas em outras áreas, como Economia, Indústria e Comércio. A Suprema Corte entendeu que a preponderância de membros leigos em Direito refletia o julgamento do Parlamento no sentido de que, para o objetivo de administrar e aplicar a legislação antitruste, a expertise comercial e econômico é mais relevante e desejável do que a expertise jurídica. Isto indicaria clara necessidade de deferência judicial.²⁰⁷

Nos Estados Unidos a expertise institucional superior das agências é frequentemente destacada pelos tribunais para justificar a posição judicial respeitosa das escolhas administrativas. No âmbito da interpretação legislativa, essa foi uma das principais razões que levou à criação da doutrina *Chevron*. No julgamento desse caso a Suprema Corte americana afirmou que “os juízes não são especializados na matéria” da regulação ambiental, e sugeriu que a utilização, pelo legislador, de termos ambíguos equivaleria a uma delegação para as agências, “que estariam numa melhor posição” institucional para conciliar os interesses contrapostos da legislação pertinente.²⁰⁸

Fora do contexto das interpretações legislativas (domínio da doutrina *Chevron*) o controle judicial também é deferente no caso de questões tecnicamente complexas. Assim, em *Consolo versus Federal Maritime Commission* a Suprema Corte afirma que o controle no modelo de “evidências substanciais” (*substantial evidence standard*) libera as cortes da tarefa demorada e árdua de ponderar as provas e ajuda a promover a aplicação

206. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 48-49: “The aims of the Act are more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’. The ‘efficiency and adaptability of the Canadian economy’ and the relationships among Canadian companies and their foreign competitors are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge”.

207. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 51: “The preponderance of lay members reflects the judgment of Parliament that, for purposes of administering the Competition Act, economic or commercial expertise is more desirable and important than legal acumen”.

208. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984).

uniforme da legislação, “dando adequado respeito à expertise da agência administrativa” em situações que envolvem uma “mistura complexa de considerações”.²⁰⁹ Pronunciamentos semelhantes são encontrados no âmbito de aplicabilidade do modelo de controle de “arbitrariedade” (*arbitrary and capricious standard*): as ações administrativas veiculadas em procedimentos formais. Como foi visto acima, em *Baltimore Gas* a Suprema Corte reverteu uma decisão do *DC Circuit* que considerava arbitrária uma decisão da *Nuclear Regulatory Commission*. Ao fazê-lo, a Corte observou que a Comissão estava promovendo “predições, dentro de sua área de especial expertise, nas fronteiras da ciência”. Nestes casos, o tribunal revisor “deve atuar na sua maneira mais deferencial”.²¹⁰

3.1.2.1.2 *A influência da experiência historicamente adquirida* – A expertise superior das autoridades administrativas reguladoras não advém sempre do seu aparelhamento técnico e da sua composição. Ela pode decorrer também da experiência historicamente adquirida, resultante da atuação diuturna da autoridade administrativa na matéria – em contraposição à atuação usualmente genérica dos tribunais.

No Canadá esta circunstância é explicitamente admitida. Em *Pushpanathan*, ao tratar da fase da “expertise” do teste pragmático e funcional, a Suprema Corte canadense observou que ela não corresponde sempre à detenção de conhecimento especializado. A expertise pode consistir também na adoção de um procedimento específico ou na forma não judicial de implementar a legislação relevante.²¹¹ Em *Mossop* a Suprema Corte já havia afirmado que a expertise poderia resultar da “sensibilidade contextual” de-

209. *Consolo versus Federal Maritime Commission*, 383 U.S. 607, at. 619-621 (1966): “Congress was very deliberate in adopting this standard of review. It frees the reviewing courts of the time-consuming and difficult task of weighing the evidence; it gives proper respect to the expertise of the administrative tribunal and it helps promote the uniform application of the statute. These policies are particularly important when a court is asked to review an agency’s fashioning of discretionary relief. In this area, agency determinations frequently rest upon a complex and hard-to-review mix of considerations. By giving the agency discretionary power to fashion remedies, Congress places a premium upon agency expertise, and, for the sake of uniformity, it is usually better to minimize the opportunity for reviewing courts to substitute their discretion for that of the agency. These policies would be damaged by the standard of review articulated by the court below”.

210. *Baltimore Gas & Elec. Co. versus Natural Res. Def. Council*, 462 U.S. 86, 103 (1983).

211. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 32.

envolvida pela autoridade administrativa em função do tratamento diuturno da matéria.²¹²

Nos Estados Unidos esta possibilidade era admitida mesmo no contexto pré-*Chevron*. Num caso em que controlava decisão da agência responsável pela implementação das regras trabalhistas (o *National Labor Relations Board*), a Suprema Corte afirmou categoricamente que “a experiência do dia a dia do gerenciamento de uma legislação dá à agência a familiaridade com as circunstâncias e os panos de fundo das relações de emprego em várias indústrias, com as habilidades e as necessidades dos trabalhadores para a auto-organização e a ação coletiva e com a adequação da barganha coletiva para a resolução pacífica de suas disputas com os empregadores”.²¹³

3.1.2.2 A natureza formal de sua atuação

A inadaptação dos tribunais para tratar das questões regulatórias decorre, ainda, das inúmeras formalidades que cercam e marcam sua atuação concreta. Estas formalidades constituem características institucionais importantes, voltadas a garantir a imparcialidade e a parcimônia, duas características centrais para o bom desempenho pelos tribunais das suas funções centrais. No domínio específico da regulação econômica, no entanto, elas podem comprometer a qualidade de suas intervenções. Nesta parte do capítulo destacam-se três aspectos da atuação judicial que são influenciados de forma significativa por tais formalidades: a iniciativa limitada (item 3.1.2.2.1); o acesso regrado às informações relevantes (item 3.1.2.2.2); e o dinamismo reduzido (item 3.1.2.2.3).

3.1.2.2.1 A iniciativa regulatória limitada – A primeira formalidade que afeta a atuação dos tribunais e compromete sua adaptabilidade regulatória é sua *limitada iniciativa*. Por força de princípio processual usualmente denominado “inércia jurisdicional”, os tribunais normalmente não podem começar um processo por iniciativa própria: apenas podem atuar sob provocação de partes interessadas. A inércia jurisdicional é mecanismo voltado a garantir a imparcialidade dos tribunais. Imagina-se que esta imparcialidade

212. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 69: “That is, even a body made up of ‘non-specialists’ may develop a certain ‘field-sensitivity’ where that body is in a position of proximity to the community and its needs. Where the question is one that requires a familiarity with and understanding of the context, there is a stronger argument that a higher degree of deference may be appropriate”.

213. *NLRB versus Hearst Publications*, 322 U.S. 111, 130 (1944).

estaria comprometida se uma mesma instituição possuísse a competência para propor uma ação e julgá-la.

No contexto da intervenção regulatória, a limitada iniciativa tem como consequência o fato de que os tribunais têm *acesso limitado* às questões regulatórias.²¹⁴ Estas questões lhes chegam de forma segmentada e incompleta.²¹⁵ De fato, apenas são levadas aos tribunais as questões que provoquem o interesse dos regulados – e nem todas elas, mas apenas aquelas que sejam suficientemente importantes para justificar a incursão nos custos da ação judicial. Este fato compromete a visão global dos tribunais da complexidade regulatória de um setor.²¹⁶

214. Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, cit., 38 *Admin. L. Rev.* 363, 390: “An appellate judge cannot ask an expert to answer his technical questions or go outside the record to determine the present state of scientific or technical knowledge. But the record itself tells only part of the story, the part that the advocates have chosen to let the court see. Even if fairly complete, a cold record does not allow the judge to prove the case in great depth”.

215. Richard Pierce Jr. ressalta esta segmentação das informações que chegam aos tribunais, em comparação com a visão mais ampla a que tem acesso o regulador. Esta limitação seria particularmente saliente em casos de reformas regulatórias. Enquanto os reguladores tomariam em consideração as situações pré e pós-reforma, o juiz tenderia a avaliar meramente a licitude do estado de coisas pós-reforma – e isso prejudicaria a avaliação dos seus méritos (v. o seu “The unintended effects of judicial review of agency rules: how federal courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 7: “Like any change in regulatory policy, FERC’s gas policy initiatives had the effect of creating transition costs. Academic analysts are not inattentive to transition costs. If the costs of the transition from one policy to another are high, and the probability of significant long-term gains from the change in policy is low, analysts urge rejection of a proposed change in policy. They praise a change in policy, however, if they conclude that the social benefits reliably predicted to result from the change dwarf the transition costs – the consensus view of academic analysts with respect to FERC’s change in gas policy. Once an agency makes a change in policy, the costs of the transition to that policy are pure sunk costs. They cannot be eliminated, retrieved, or even reduced. Judges see changes in regulatory policy through a dramatically different prism. The AGA opinion includes no discussion of the merits of FERC’s revolutionary change in policy. The court seems oblivious to the scores of billions of dollars in increased social welfare potentially available as a result of FERC’s policy change. It vacates the entire new policy on the sole basis that ‘gaps’ in FERC’s reasoning in support of its method of allocating transition costs ‘taint the package’. This judicial decision to rupture the patient’s aorta in an effort to repair a capillary is explicable only as a function of the incentives of the parties and the resulting distorted prism through which judges view a dispute. The court did not address the merits of FERC’s policy change because none of the approximately one hundred parties to AGA questioned the merits”.

216. Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, cit., p. 128: “From a social standpoint, the greater

Comparativamente, o poder de iniciativa regulatória de que normalmente dispõe a autoridade administrativa a torna mais bem aparelhada para, detendo esta visão global do setor a regular, escolher de forma estratégica quais questões tratar e quais negligenciar momentaneamente.

3.1.2.2.2 *O acesso regrado às informações relevantes* – Pelas próprias características da regulação (complexidade técnica e ponderação de interesses múltiplos), o acesso à *informação* é absolutamente crucial para o regulador. A informação – muitas vezes custosa e limitadamente disponível – constitui matéria-prima das intervenções regulatórias adequadas.²¹⁷ Esta compreensão justifica o *posicionamento* das autoridades reguladoras, a meio caminho entre a indústria regulada, o governo e os consumidores ou usuários do serviço regulado. Tem-se recorrentemente destacado que esta posição as faria *porosas* aos interesses e às informações advindas destes grupos de interesse.²¹⁸ Para facilitar a obtenção destas informações, o regulador costuma encorajar o acesso destes grupos aos seus domínios. Assim, o diálogo entre o regulador e os grupos de interesses tende a ser marcado por formalidades bastante reduzidas.

Em outro extremo encontra-se a situação do acesso aos tribunais. A própria propositura de uma ação está submetida a diversas regras de admissibilidade, notadamente no que concerne à legitimidade de agir. Já, no âmbito do processo o aporte de informações advindas das partes ocorre por vias altamente formalizadas e regradas. A intervenção de terceiros interessados é possível, mas também está sujeita a diversas condições. Em resumo:

insulation of judges from the various pressures, produced in part by the presence of all the formalities, provides an important source of comparative advantage for the adjudicative process. This independence provides judges with the opportunity to shape social decisions without some of the biases and pressures that distort other institutions. But the threshold costs of litigation, interacting with the distribution of stakes, can keep the courts from a given social issue or from large sets of social issues. Although issues of competence and physical capacity may also significantly proscribe judicial activity, these factors often pale in importance to the impact of the dynamics of litigation in determining whether and to what extent any social issue will be considered by the adjudicative process”.

217. Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/476: “I problemi di efficienza cui intendo fare riferimento attengono essenzialmente al modo in cui le informazioni sono raccolte, elaborate e tradotte in scelte”.

218. Cf.: Floriano de Azevedo Marques Neto, *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*, Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 34; Clark Byse, “Judicial review of administrative interpretation of statutes: an analysis of Chevron’s Step Two”, 2 *Admin. L. J.* 255, 257 (1988).

o acesso das partes aos tribunais é custoso, formalizado e complexo. A consequência é a de que a informação que chega até os tribunais é limitada. E, com esta informação limitada, a probabilidade da promoção de uma regulação adequada é menor.

3.1.2.2.3 O dinamismo reduzido – Uma última característica da atuação dos tribunais que a afasta de um modelo ideal para a regulação é a *lentidão*. Este aspecto é decorrência das numerosas regras que visam a proteger o direito de defesa e de contraditório das partes envolvidas. É, pois, um traço essencial do desempenho pelos tribunais de suas funções mais centrais. Daí a abertura de possibilidades de manifestação de ambas as partes, em sequência; a disponibilização de prazos que permitam uma manifestação adequada; os direitos de recursos; etc.

No contexto regulatório, contudo, estas garantias geram lentidão que pode comprometer a eficácia das medidas conformadoras. A dinâmica dos mercados exige soluções expeditas, quase imediatas.²¹⁹ Pascale Idoux chega a referir “anulações platônicas”, aquelas cuja eficácia é totalmente esvaziada de efeito pelo simples decurso do tempo.²²⁰

3.2 O prejuízo à política regulatória da autoridade administrativa

Acima se destacaram razões que sugerem que a análise regulatória eventualmente operada pelos tribunais seria de pouca qualidade: tanto porque envolveria um tipo de raciocínio ao qual os tribunais não estão acostumados, como porque estas instituições não foram desenhadas e aparelhadas para desempenhá-la adequadamente. Para além dessas razões, ainda quando não veicule uma intervenção regulatória própria (ou independentemente disto), o intenso controle judicial neste setor pode comprometer a intervenção regulatória efetuada pelas autoridades administrativas pertinentes.

Sob uma perspectiva genérica, este comprometimento decorreria principalmente da deterioração da legitimidade do regulador. Enquanto a aplica-

219. Kenneth W. Starr sugere que a vantagem técnica das autoridades administrativas em relação aos tribunais é *acentuada* em função das exigências de dinamicidade da regulação: se dispusessem de muito tempo para analisar os casos que lhes chegam, os tribunais teriam menor dificuldade de compreendê-los e solucioná-los, mas a realidade destoa bastante desta hipótese (Kenneth W. Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, cit., 3 *Yale J. on Reg.* 283, 309).

220. Pascale Idoux, “Juger la régulation, c’est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)”, cit., *Revue du Droit Public* 6/1643).

ção de um controle deferente sobre decisões regulatórias tende a desincentivar a propositura de novas contestações judiciais, a opção por um controle não deferente atua como um seu catalisador, estimulando e fomentando novos processos. Naturalmente, o nível elevado de contestações judiciais e de anulações tende a minar a legitimidade do regulador perante a indústria regulada e os consumidores.²²¹ Esta situação é particularmente mais grave tendo em vista que, especialmente nos Países de tradição civilista, as autoridades reguladoras são instituições públicas de estabelecimento recente, não gozando ainda de prestígio e reconhecimento público. Em um caso em que se contestava a aprovação, pela autoridade reguladora de telecomunicações, da oferta de referência tarifária da France Télécom, a Comissão de Governo Prada-Bordenave externou preocupação com a judicialização excessiva da regulação. Prada-Bordenave mencionou o risco de que o enfraquecimento do regulador gere desconfiança nos investidores, situação que poderia acarretar efeitos deletérios para todo o setor regulado.²²²

Para além desta perspectiva genérica, examinam-se a seguir as duas formas principais mediante as quais o controle judicial não deferente pode provocar interferência deletéria mais específica na política regulatória implantada pela autoridade administrativa: afetando sua *coerência* (item 3.2.1) e/ou prejudicando sua *dinâmica* (item 3.2.2).

221. A ideia é referida na doutrina, por exemplo, por Pascale Idoux, “Juger la régulation, c’est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)”, cit., *Revue du Droit Public* 6/1643.

222. Conclusões da Comissão de Governo Prada-Bordenave no caso CE, 25.2.2005, *France Télécom*, Req. 247866: “Le présent litige va vous amener à vous interroger sur les risques que pourrait comporter pour le développement de L’internet haut débit dans notre Pays le trop nombreux contentieux que connaît ce secteur (...). Mais ce n’est pas tellement sur la situation individuelle des entreprises qu’insistent les défendeurs. C’est sur le risque de déstabilisation du secteur de l’Internet en France par votre décision (...). Elle provoquera, si elle produit des effets rétroactifs, des procédures judiciaires en chaîne qui seront autant de surcoût et de perturbations. En effet il est probable que les opérateurs contesteront devant le juge du contrat la licéité des clauses qu’ils ont été contraints d’accepter et de leur mise en œuvre; qu’ils seront tenter d’engager contre l’opérateur historique des actions pour faire constater qu’il abuse de sa position dominante et obtenir sa condamnation, devant les autorités nationales et européennes de concurrence; qu’ils seront tentés de se retourner vers l’État. Cette dégradation de la sécurité juridique aura un impact désastreux sur les investisseurs qui seront tentés de se détourner d’un secteur devenu trop risqué, et ce d’autant qu’il s’agit d’un secteur innovant où la prise de risques est déjà considérable. Les investisseurs se détourneront de ce marché, en France, et le développement tant de la concurrence que de l’innovation sur Internet s’arrêtera”.

3.2.1 *Os riscos à coerência regulatória*

São duas as formas principais por meio das quais o controle judicial poderá afetar a coerência regulatória. Na primeira delas, a intervenção judiciária desconsidera relevantes decisões preliminares que informam determinada política regulatória levada a efeito pela autoridade administrativa correspondente (item 3.2.1.1). Na segunda delas, a intervenção judiciária produz a *fragmentação* substancial ou geográfica de um programa regulatório específico (item 3.2.1.2).

3.2.1.1 *Decisões administrativas preliminares e intervenção judicial*

Ao nível administrativo a regulação consiste na aplicação de uma série de instrumentos e mecanismos voltados à realização de objetivos sociais definidos na lei pertinente.²²³ Para desempenhar esta missão, as autoridades reguladoras devem adotar algumas importantes decisões estratégicas preliminares. Estas decisões *informam* a política regulatória que será implementada pela autoridade e estruturam sua coerência. A relevância deste aspecto para a determinação da intensidade do controle judicial das decisões regulatórias está em duas circunstâncias. A primeira é que a intervenção judicial se realiza num momento posterior ao da tomada destas decisões preliminares, na ocasião da aplicação ao caso concreto de suas derivações. A segunda é que, como dito no item anterior, as questões regulatórias chegam ao Judiciário de forma segmentada e incompleta. Tomadas conjuntamente, estas duas circunstâncias podem significar a dificuldade para os tribunais de entenderem as opções efetuadas pelo regulador (ou, mesmo, a *desconsideração* destas opções) e sua interferência na coerência da política regulatória setorial.

O exemplo do direito antitruste pode ser relevante para ilustrar estas afirmações. A legislação antitruste estabelece a ilicitude de condutas ou operações de concentração econômica que “restringam a concorrência”. Para chegar à conclusão de que determinada conduta ou operação empresarial “restringe a concorrência” e deve, pois, ser vetada, a autoridade antitruste procede a análises fáticas e econômicas complexas, incluindo, por exemplo, a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante, o exame das consequências ou efeitos de uma ação empresarial no mercado, a análise da sua racionalidade econômica.

Preliminarmente à realização destas avaliações, no entanto, a autoridade antitruste precisa tomar algumas decisões relativas (i) ao grau de rigor

223. Martine Lombard, “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *AJDA* 2005, p. 530.

que usará na determinação da materialidade da conduta ou operação empresarial em questão, bem como dos seus efeitos anticompetitivos (as questões dos “erros de tipo 1 ou 2” e do limiar probatório), e (ii) à escola econômica que informará suas análises técnicas para identificar os efeitos das operações empresariais no mercado.

3.2.1.1.1 O rigor na aplicação do direito antitruste – A primeira decisão preliminar concerne ao rigor que a autoridade antitruste usará na aplicação da legislação pertinente. Tome-se a hipótese das sanções que aplicará a condutas anticompetitivas. Num grande número de hipóteses a legislação antitruste atribui à autoridade administrativa a competência para sancionar *condutas que detenham efeitos anticompetitivos*. Nestes casos, a autoridade antitruste terá que decidir *qual o grau de certeza e rigor* que adotará a propósito da materialidade ou dos efeitos anticompetitivos das condutas empresariais em questão. No que concerne ao grau de certeza relativo aos efeitos competitivos das condutas empresariais, vale a pena referir a teoria econômica dos “erros de tipo 1 e 2” (*type 1 or type 2 errors*). No que concerne ao grau de certeza relativo à própria materialidade de tais condutas (se elas ocorreram faticamente, ou não), a referência é à questão do limiar probatório (*standard of proof*).

3.2.1.1.1.1 A análise dos efeitos anticompetitivos: os erros de tipo 1 e 2: No exemplo dado acima, das sanções antitruste, a ilicitude da ação empresarial, que autoriza a intervenção da autoridade, depende das suas *consequências ou repercussões negativas* no mercado relevante. Sucede que as avaliações relativas à identificação de tais efeitos anticompetitivos são extremamente complexas e subjetivas. Trata-se de um domínio em que não há *certezas absolutas*. Tendo em vista esta circunstância, a autoridade antitruste precisará, no desempenho de sua missão de protetora da competitividade dos mercados, decidir *qual tipo de erro* prefere cometer: se prefere pecar por excesso ou por insuficiência. No primeiro caso, condutas eficientes serão penalizadas; no segundo caso, condutas anticompetitivas deixarão de ser penalizadas. Na doutrina econômica costuma-se fazer referência ao “erro de tipo 1” (por excesso) e ao “erro de tipo 2” (por insuficiência). Trata-se de decisão inescapável: ela será tomada ainda que implicitamente, como mera consequência do modo de atuar da autoridade antitruste.

Note-se que esta decisão preliminar envolve ponderações sobre as necessidades regulatórias de um setor e sobre o estágio da concorrência efetiva, por exemplo. Mas ela também importa uma específica ponderação da autoridade administrativa a propósito da melhor maneira de utilizar seus

recursos escassos para dar conta da multiplicidade de competências e funções que o regulador lhe confiou, num cenário de restrições orçamentárias – precisamente as circunstâncias que levaram os tribunais americanos e franceses a consagrar uma orientação judicial deferente em relação à inação administrativa. Naturalmente, a opção pelo cometimento de erros de tipo 1 implica menores gastos orçamentários, já que a aplicação da regra antitruste é feita de maneira menos rigorosa (mais “grosseira”, menos “acurada”), e, portanto, envolve custos menos relevantes. Por outro lado, a opção pelos erros de tipo 2, se leva a uma política antitruste mais *precisa*, também exige maior dispêndio de recursos públicos.

3.2.1.1.1.2 A materialidade da conduta em questão: o limiar probatório: Dilema semelhante informa a questão do limiar probatório (*standard of proof*), também em matéria antitruste. Ele se refere ao grau de certeza que se exigirá a propósito da *materialidade da ação empresarial* em questão. A autoridade administrativa pode levar em conta meros indícios do cometimento de uma infração à ordem econômica, para fins de aplicação de uma penalidade? Quão grande deve ser a certeza da materialidade dos fatos, nesta hipótese? Naturalmente, uma exigência de “prova absoluta” geraria uma política antitruste bastante custosa e ineficiente. No caso de cartéis, por exemplo, é muito raro que se possa encontrar provas *indiscutíveis* da sua existência (aquela circunstância que se costuma referir como *smoking gun*).

Aqui, como no caso dos erros de tipo 1 e 2, a aplicação do direito antitruste depende de uma decisão preliminar a propósito do seu rigor. Esta questão envolve ponderações relativas aos objetivos de proteção da concorrência e à melhor forma de implementá-los. O fato é que a opção efetuada informará o modo de atuação de uma autoridade antitruste e consistirá em traço importante da sua política regulatória.

3.2.1.1.2 A filiação teórica a uma escola econômica – Para além das questões preliminares relativas ao seu *rigor* ou à sua *precisão*, a aplicação do direito antitruste envolve, ainda, uma decisão a propósito do referencial teórico que informará as análises técnicas pertinentes. Ainda levando em consideração a hipótese da sanção a condutas anticompetitivas, note-se que elas dependem de análises técnicas para identificar o mercado relevante, avaliar seus efeitos anticompetitivos e sua racionalidade econômica, entre outras. Estas análises estão longe de ser objetivas ou pouco suscetíveis a discussões. Há longas controvérsias na ciência econômica sobre quais seriam os fatores a serem considerados e os procedimentos adequados para iden-

tificar a dominância de um mercado ou as consequências anticompetitivas de uma conduta.

Tão forte é a discordância, que se fala, mesmo, na doutrina antitruste, de algumas “escolas econômicas”, com suas doutrinas próprias. As principais delas seriam as Escolas de Chicago, de Harvard e de Freiburg.²²⁴ A opção por um ou outro destes referenciais teóricos tem consequências práticas não negligenciáveis. Basta notar as enormes alterações sofridas pelo direito antitruste americano ao longo da História, sem que houvesse alterações significativas da legislação de referência. Outro exemplo são as próprias diferenças entre o direito antitruste aplicado nos Estados Unidos e aquele aplicado na União Europeia, v.g. – também neste caso sem que haja diferenças significativas no que diz respeito ao conteúdo da legislação de referência.

Nestes dois casos o que realmente informa as diferenças práticas é a aderência a uma ou outra escola de pensamento acima referida. Nos Estados Unidos a forte influência do pensamento chicogoano, sentida principalmente durante decisões das décadas de 1970 e 1980 foi progressivamente cedendo espaço às contribuições da chamada Escola de Harvard. A consequência foi uma acentuação do intervencionismo da Suprema Corte. Já, a concepção europeia do direito antitruste é claramente influenciada pela chamada Escola Ordoliberal de Freiburg. A circunstância contribui para explicar importantes decisões divergentes entre as autoridades antitruste americana e europeia.

3.2.1.1.3 A relevância destas escolhas para a questão do controle judicial – Não é possível aprofundar muito as considerações relativas às decisões preliminares que informam a aplicação tanto do direito antitruste como de outras intervenções regulatórias. O que é essencial para esta parte do capítulo é perceber como estas decisões existem, são fundamentais e informam o modo de aplicar a legislação regulatória pertinente. Estas decisões quase nunca vêm já tomadas pelo legislador – e, então, abre-se um espaço para que a própria autoridade antitruste realize suas próprias escolhas.

O fato é que com a incidência do controle judicial a coerência desta política regulatória pode ser ameaçada. O problema é que a intervenção judicial se realiza num momento posterior ao da tomada destas decisões preliminares. Além disso, como se viu na seção anterior, as questões regulatórias

224. A literatura é bastante vasta sobre este tema. V., por exemplo: Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge, 2007; Richard Posner, “The Chicago School of antitrust analysis” (1979), 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925; Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, New York, The Free Press, 1978; John Vickers, “Concepts of competition” (1995), 47 *Oxford Economic Papers* 1.

chegam ao Judiciário de forma segmentada e incompleta. Estas circunstâncias são extremamente relevantes. Se os tribunais não se contentarem com a aplicação de uma verificação da razoabilidade das decisões administrativas, então, é possível que o controle da “correção” de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto da “aplicação da legislação”, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções.²²⁵

O risco está longe de ser meramente teórico. Tome-se a decisão do Conselho de Estado francês no caso *Coca-Cola*.²²⁶ Já foi dito acima que a jurisdição administrativa francesa consagra orientação claramente não deferente às avaliações relativas ao direito antitruste. Neste caso específico aplicou-se o modelo *normal* para as decisões do Ministro da Economia a propósito (i) da definição do mercado relevante, (ii) da suposta excessividade da proibição da fusão, tendo em vista as propostas da Coca-Cola; (iii) do argumento da compensação dos efeitos anticoncorrenciais. Isso significa que o Conselho de Estado francês não se limitou a avaliar a razoabilidade (ou a existência de erro manifesto) na apreciação do Ministro. Ao invés disso, procedeu a análises próprias.

No caso da identificação do mercado relevante, para justificar a aplicação do modelo de controle judicial não deferente, o Comissário de Governo Jacques-Henri Stahl sugeriu que ela se trata de “noção objetiva” que “se impõe aos atores econômicos e à autoridade da concorrência”, que não dispõem de “nenhuma margem de manobra”.²²⁷ Trata-se de visão completamente dissociada da realidade das coisas. A noção abstrata de

225. O fato de que a decisão pode ser eventualmente controlada por tribunais diferentes gera ainda o risco de que partes distintas estejam submetidas a aportes regulatórios dissemelhantes.

226. CE, 9.4.1999, *Société The Coca-Cola Co.*, Req. 201853.

227. Conclusões do Comissário de Governo Jacques-Henri Stahl no caso CE, 9.4.1999, *Société The Coca-Cola Co.*, Req. 201853: “Les marchés qui doivent être pris en considération ne peuvent être déterminés de façon discrétionnaire, ni par l’entreprise qui notifie la concentration ni par l’autorité administrative. Le marché pertinent est une notion objective qui s’impose aux acteurs économiques et à l’autorité de concurrence, laquelle ne dispose d’aucune marge de manœuvre pour choisir un marché de référence plutôt qu’un autre. (...). Nous pensons qu’il appartient au juge de l’excès de pouvoir, lorsqu’il est saisi d’une telle question, d’exercer, au vu de l’ensemble des éléments produits devant lui, un entier contrôle sur la définition du marché pertinent retenu par l’autorité administrative, parce que cet élément compte au nombre des conditions posées par l’ordonnance pour la mise en œuvre du contrôle de concentrations”.

mercado relevante até pode consistir em noção relativamente objetiva. Mas a *identificação concreta do mercado relevante* em um caso concreto *muito frequentemente* dará vazão a discussões profundas na ciência econômica.²²⁸ Na própria decisão do caso *Coca-Cola*, para proceder a esta identificação, o Comissário de Governo e o Conselho de Estado consideraram que a forte marca da Coca-Cola, já estabelecida no mercado, constituía relevante *barreira à entrada*. A consideração de uma marca comercial como barreira à entrada, contudo, está longe de ser incontroversa na doutrina econômica. Pelo contrário, trata-se de um dos exemplos clássicos em que as Escolas de Chicago e de Harvard divergem.

No caso específico, o Ministro da Economia francês também havia considerado a marca como uma barreira à entrada, e, portanto, não houve concretamente uma intervenção judicial na política regulatória da autoridade antitruste. Mas o caso chama a atenção para esta possibilidade futura, uma vez que a aderência do Ministro ao referencial teórico da Escola de Chicago não poderia ser considerada *incorreta* – ao menos não do ponto de vista puramente técnico e científico.

Ao tema das interferências judiciais nas decisões preliminares envolvidas na aplicação do direito antitruste se voltará longamente no próximo capítulo.

3.2.1.2 A fragmentação da política regulatória

A intervenção judiciária pode causar, ainda, riscos de ineficiência regulatória através da fragmentação da política incidente sobre determinado setor. Naturalmente, é de se assumir que determinada política regulatória será tanto mais eficaz quanto mais *coerente* ela for. Sua fragmentação *geográfica* ou *substancial* compromete-lhe a coerência e, assim, a eficácia.

228. Marco Antonioli observa como a definição do mercado relevante pode ser afetada pela opção de se ater aos dados “estruturais” típicos da Escola de Harvard ou aos dados de tipo dinâmico ou comportamentais típicos da Escola de Chicago (“Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 14.3.2000, n. 1348), *Giust. Civ.* 7-8/2.169, 2000: “La questione verte sulla dialettica esistente fra i dati di tipo strutturale e quelli di tipo dinamico: i primi vengono anteposti dalla Scuola di Harvard e i secondi, invece, da quella di Chicago: una sottolinea le differenze qualitative attribuibili ai prodotti e al grado di sostituibilità dei medesimi, nell’ambito della complessiva struttura della domanda e dell’offerta nel mercato di riferimento; l’altra, per contro, attribuisce maggiore importanza ai comportamenti seguiti dalle imprese e ai risultati dalle stesse conseguiti”).

3.2.1.2.1 *A fragmentação geográfica* – A fragmentação geográfica decorrerá eventualmente da pluralidade de centros decisórios que caracteriza o Poder Judiciário, em contraposição à concentração decisória de uma autoridade reguladora, que normalmente possui competência nacional. Na ausência de concentração do contencioso de determinada autoridade em apenas um tribunal, pode suceder que suas decisões regulatórias sejam controladas por diversas cortes, as quais poderão impor diferentes limitações ao seu leque de escolhas.

No Direito Americano, na sequência do estabelecimento da doutrina deferencial de *Chevron*, o número de pedidos de *writs of certiorari* caiu pela metade. Este resultado foi atribuído por Richard Pierce a reduções nos conflitos entre as cortes dos diferentes circuitos sobre a interpretação de legislações regulatórias.²²⁹ Outros autores também destacaram este potencial da doutrina *Chevron* de reduzir a “balcanização do direito administrativo”.²³⁰ A razão é que a flexibilidade aportada por uma teoria deferencial abre espaço para uma maior concordância entre os tribunais inferiores. Afinal, é presumivelmente mais fácil concordar que uma decisão específica é razoável do que concordar que ela é a decisão correta.²³¹

3.2.1.2.2 *A fragmentação substancial* – Já, a fragmentação substancial pode ter lugar a depender da maneira escolhida pela autoridade reguladora para perseguir o objetivo social que lhe cumpre. A autoridade pode entender que ele será mais eficientemente atingido ou fomentado através da implementação conjunta de duas ou mais medidas regulatórias. O fato de que os tribunais podem depois ser levados a examinar (e, eventualmente, anular ou modificar) apenas uma delas pode comprometer a eficácia global

229. Richard J. Pierce Jr., *Administrative Law Treatise*, 5ª ed., New York, WoltersKluwer, 2010, p. 167.

230. V.: Clark Bye, “Judicial review of administrative interpretation of statutes: an analysis of *Chevron*’s Step Two”, cit., 2 *Admin. L. J.* 255; Douglas W. Kmiec, “Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine”, cit., 2 *Admin. L. J.* 269, 282.

231. Kenneth W. Starr, Cass R. Sunstein, Richard K. Willard e Alan B. Morrison, “Judicial review of administrative action in a conservative era”, cit., 39 *Admin. L. Rev.* 353: “Instead of attempting a ‘point’ solution, which can and probably will vary from circuit to circuit, reviewing courts are now invited to define a permitted zone – and those zones may overlap, allowing the agency to survive in all the circuits with a single definition”. Também neste sentido, v.: Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “Do judges make regulatory policy?”, 73 *U. Chi. L. Rev.* 823, 824 (2006).

da política.²³² Um exemplo concreto pode ajudar a compreender o problema. Uma agência que tenha sido incumbida de garantir a vigência de preços “justos e razoáveis” em determinado setor pode optar por realizar este objetivo através de duas medidas regulatórias combinadas: (i) a determinação direta da tarifa, com base nos custos médios históricos; (ii) o estabelecimento de severas barreiras à entrada. Na hipótese em que anulada a primeira destas medidas pelo Poder Judiciário, mantendo-se a segunda, a política regulatória tarifária resultante (flexibilização tarifária e barreiras à entrada) é não apenas ineficaz, mas suas consequências poderiam ser até mesmo desastrosas.²³³

Peter Strauss defende a deferência judicial em questões regulatórias por razões semelhantes às que aqui se expõem. Ele afirma que a legislação frequentemente atribui às autoridades reguladoras a missão de criar e implementar um programa coerente e integrado para um domínio regulatório complexo e detalhado. Os tribunais não possuem obrigações semelhantes, e não compreendem a integralidade do programa que a autoridade pretende levar a efeito. Uma única decisão que reverta um elemento ou aspecto deste programa pode prejudicar a iniciativa regulatória como um todo, e forçar a autoridade a modificar seu programa.²³⁴

3.2.2 *Os riscos à dinâmica regulatória*

Além dos riscos causados à *coerência*, o controle judicial não deferente pode, ainda, comprometer a *dinâmica* regulatória. Acima já se destacou que o ambiente regulatório exige soluções expeditas, quase imediatas.²³⁵ A dinâmica dos mercados faz com que soluções demoradas sejam frequentemente ineficazes. A incidência de um controle judicial não deferente pode prejudicar a dinâmica regulatória de duas formas: através da suspensão liminar de decisões administrativas (item 3.2.2.1); através da “ossificação” do procedimento administrativo, em função das exigências judiciais (item 3.2.2.2).

232. Sobre o tema, v. Eben Moglen e Richard J. Pierce Jr., “Sustein’s new canons: choosing the fictions of statutory interpretation”, 57 *U. Chi. L. Rev.* 1203, 1239-1243 (1990).

233. O exemplo é de Richard J. Pierce Jr., *Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., p. 170.

234. Peter Strauss, “One hundred fifty cases per year: some implications of the Supreme Court’s limited resources for judicial review of agency action”, 87 *Colum. L. Rev.* 1093 (1987).

235. Daí a “desjudicialização” da matéria regulatória, transferida a autoridades reguladoras (v. Soraya Amrani-Mekki, “La déjudiciarisation”, *Gazette du Palais* 157/2, 5.6.2008).

3.2.2.1 A suspensão de medidas regulatórias em procedimentos liminares

A maneira mais óbvia através da qual a dinâmica regulatória pode ser afetada pelo controle judicial é pela suspensão liminar de decisões administrativas. Todos os sistemas judiciais possuem provimentos liminares, voltados a salvaguardar interesses e direitos ameaçados por decisões administrativas ilícitas. Via de regra, os requisitos para a concessão destas medidas jurisdicionais expeditas, voltadas a suspender imediatamente os efeitos de uma decisão administrativa, são a aparente procedência da contestação judicial à licitude da decisão administrativa (*fumus boni iuris*) e os riscos irreparáveis ou de difícil reparação no caso de sua execução (*periculum in mora*).

Com o objetivo de permitir uma tutela mais efetiva dos direitos e interesses eventualmente violados pela atuação administrativa, França e Itália promoveram reformas para *facilitar* a concessão de provimentos judiciais liminares.

Na França as contestações judiciais de decisões administrativas de regra não têm efeito suspensivo.²³⁶ Este princípio é uma consequência da presunção de conformidade dos atos administrativos com o direito (*bénéfice du préalable*).²³⁷ A despeito da regra geral de não suspensividade, as jurisdições administrativas podiam, antes de 2000, determinar a suspensão da decisão em procedimento denominado *sursis à exécution*. Na vigência deste sistema a suspensão era aplicada apenas nos casos em que a execução da decisão pudesse produzir consequências *difficilement réparables* ou, ao menos, *très graves*. Esta condição severa eliminava praticamente toda a possibilidade de *sursis* nos litígios de caráter pecuniário, em função de sua reparabilidade. Como as possibilidades do *sursis* eram consideradas insuficientes, uma lei de 30.6.2000 criou o *référé-suspension* e o *référé-liberté*, alterando todo o sistema tradicional de medidas de urgência. Esta lei instituiu um procedimento de suspensão mais generoso. A partir dela, o efeito suspensivo pode ser concedido em casos de *urgência* e existência de *doute sérieux* sobre a legalidade da decisão.²³⁸ A nova condição relativa à urgência substituiu a antiga condição relativa ao “dano irreparável ou ao menos de difícil reparação”. Assim, mesmo casos puramente financeiros podem dar ensejo à suspensão. Além disso, o requisito da “séria dúvida” é menos rígido do que o anterior *moyen sérieux de nature à justifier l’annulation de la décision attaquée*.

236. V. art. 4º do Código de Justiça Administrativa.

237. Cf. Jean Waline, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2010, p. 419. V. também CE, 2.7.1982, *Huglo*, p. 283.

238. V. art. L. 521-1 do Código de Justiça Administrativa.

Antes só se suspendia a decisão administrativa quando a anulação posterior era quase certa. Agora o juiz pode suspender por precaução.²³⁹

Na Itália, a Lei 205, de 21.7.2000,²⁴⁰ promoveu uma das mais importantes reformas do processo da justiça administrativa. Ao que aqui interessa, o legislador aprimorou significativamente o sistema de procedimento cautelar. Via de regra, a medida cautelar não é concedida monocraticamente (art. 53, alínea 1, do Código de Processo Administrativo italiano). A Lei 205/2000, no entanto, inseriu uma derrogação a esta regra. Em hipótese de extrema gravidade e urgência, que não permitam a dilação da decisão, o caso pode ser decidido pelo presidente do TAR ou outro magistrado ao qual ele delegou este poder. Apenas neste caso a tutela cautelar será concedida *inaudita altera parte*. A mesma lei previu, ainda, a atipicidade das medidas cautelares, que antes consistiam unicamente na suspensão da medida administrativa contestada.

Ao passo em que ampliam a proteção de direitos e garantias dos potenciais afetados pelas decisões das autoridades reguladoras, estas reformas podem afetar a efetividade regulatória, ao atingirem sua dinâmica.²⁴¹ Após o longo processamento judicial, é provável que a decisão regulatória objeto de suspensão já nem tenha qualquer utilidade, ainda quando seja restabelecida. Pensando exclusivamente na finalidade da eficiência regulatória, seria

239. V. CE, Sect., 23.2.2001, *Philippart*.

240. A Lei 205/2000 absorveu o Decreto Legislativo 80/1998, que havia sido declarado parcialmente inconstitucional por excesso de delegação (v. Corte Cost., Sent. 292/2000).

241. Guy Canivet ressalta este dilema entre regulação eficaz e garantias de direitos: “La création d’autorités de régulation spécifiques investies de pouvoir d’injonction et de sanction était inspirée de la volonté d’accroître l’efficacité de ces organismes en réduisant à l’essentiel les garanties de procédure accordées devant elle aux opérateurs économiques. Dans le rapport efficacité/garantie, le choix du législateur a été de contourner les juridictions supposées inefficaces ou inadaptées à la fonction spécifique de régulation. Ce parti pris, qui a consisté à accorder aux autorités administratives indépendantes investies de missions de régulation, au moment de leur création, des moyens importants refusés aux juridictions, s’est exprimé par deux aphorismes complémentaires: une régulation efficace impose une réduction des garanties; l’introduction de garanties par la jurisprudence réduit l’efficacité de la régulation. C’est ainsi qu’ont été volontairement réduites et schématisées les règles de procédure spéciales à ces autorités; c’est ainsi qu’on été souvent mal reçues par les autorités elles-mêmes les décisions juridictionnelles conduisant au renforcement des garanties dans leurs pouvoirs d’investigation, à séparer les organes de décision et, de poursuite, à protéger la présomption d’innocence et à renforcer les garanties de la défense” (“Régulateurs et juges: conclusions générales”, cit., *LPA* 17/50).

mais adequado o cumprimento das decisões administrativas, com a eventual resolução dos seus prejuízos em perdas e danos. A estratégia, no entanto, possui algumas limitações. Em primeiro lugar, não resolve a questão dos danos irreparáveis ou de difícil reparação. Em segundo lugar, a reparação em danos é normalmente menos efetiva no caso de violações públicas a direitos e interesses. É que, nestes casos, como o pagamento é de regra realizado pela administração pública, e não pelo funcionário público responsável pela violação, seu efeito dissuasório (para futuras violações) é reduzido.

3.2.2.2 A “ossificação” da ação administrativa em função do controle excessivo

A intensificação do controle judicial sobre as decisões das autoridades administrativas pode comprometer, ainda, a dinâmica regulatória ao gerar a “ossificação” da ação administrativa.²⁴² Na doutrina americana, a questão é objeto de longo debate.

Alguns autores sustentam que um controle judicial não deferente acaba forçando as agências a despenderem parcela significativa de seus recursos para acautelar-se contra revisões judiciais (ou para adaptá-las quando elas lhes retornam após anulação e reenvio).²⁴³ Este movimento acaba gerando ineficiências e uma “paralisação” da ação administrativa, decorrente do esforço para cumprir as exigências excessivas do Poder Judiciário (fala-se numa *analysis paralysis*). No extremo, pode até mesmo favorecer a inação administrativa, numa *policy paralysis*. O argumento, neste último caso, é o de que muitas vezes simplesmente não vale a pena para a autoridade promover uma nova ação ou produzir um regulamento, por exemplo, uma vez que

242. A expressão foi primeiramente utilizada em Thomas O. McGarity, “Some thoughts on ‘deossifying’ the rulemaking process”, 41 *Duke L. J.* 1385 (1992).

243. Um dos mais vigorosos defensores desta ideia é Richard Pierce Jr. V. seus: “Seven ways to deossify agency rulemaking”, 47 *Admin. L. Rev.* 59 (1995); “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, cit., 1988 *Duke L. J.* 300; “The unintended effects of judicial review of agency rules: how federal courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 7. Além dos estudos de Pierce, v., por exemplo: Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; Jerry L. Mashaw e David Harfst, *The Struggle for Autosafety*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 224-255; Thomas O. McGarity, “The courts and the ossification of rulemaking: a response to Professor Seidenfeld”, 75 *Tex. L. Rev.* 525 (1997); James Skelly Wright, “Courts and the rulemaking process: the limits of judicial review”, cit., 59 *Cornell L. Rev.* 375.

esta ação exigiria dispêndio excessivo de seus recursos escassos.²⁴⁴ Gera-se, assim, um incentivo para a manutenção artificial do *status quo*.²⁴⁵

No Direito Americano um dos maiores alvos de críticas é a chamada “teoria das considerações adequadas” (*adequate consideration doctrine*), à qual os tribunais costumam recorrer para anular iniciativas regulatórias. O argumento, sob esta teoria, é o de que as autoridades administrativas não consideraram adequadamente todos os aspectos do problema ou as alternativas à sua própria iniciativa. A crítica que se lhe faz é que advogados bem remunerados *sempre* conseguirão achar alguma falha ou alguma alternativa não considerada num procedimento complexo e longo que precede a criação de um regulamento, por exemplo.²⁴⁶ Em especial, não são claros (i) o número de alternativas que devem ser analisadas e (ii) a profundidade das considerações que seria necessária para cumprir os requisitos do teste judicial.

Num dos mais importantes estudos sobre o tema, Richard Pierce Jr. prevê uma crise energética nos Estados Unidos como decorrência da paralisia regulatória causada pela intervenção excessiva do Poder Judiciário. A certo ponto, o autor afirma, ironicamente: “Eu espero que os encarregados

244. Na doutrina italiana, v. Marcello Clarich, “Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario”, *Foro Amministrativo: TAR* 2002, pp. 3858-3871.

245. V. o argumento de Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, cit., 38 *Admin. L. Rev.* 363: “Moreover, strict judicial review creates one incentive that from a substantive perspective may be perverse. The stricter the review and the more clearly and convincingly the agency must explain the need for change, the more reluctant the agency will be to change the *status quo*. (...). The agency head might say, ‘Why bother? Why should I try to simplify paperwork?’. A decision about what specific items to include on a log, or the exact point to draw an exemption line must, within broad limits, be arbitrary. I suppose I could do cost-benefit analyses, and hire experts to ‘field-test’ every possible change, but I haven’t the money. I can’t respond in depth to every argument made in 1,500 comments about every minor point in this recordkeeping proposal. And, if I’m not even allowed to wait to see, as to these very minor matters, what a challenger says in a court brief, and then respond in my court brief, let’s forget the whole thing. I’ll keep whatever rules I’ve inherited and not try to make any minor improvements”.

246. Assim, Richard J. Pierce Jr., “Seven ways to deossify agency rulemaking”, cit., 47 *Admin. L. Rev.* 59, 69: “Parties dissatisfied with one or more aspects of the agency’s rule will devote significant resources to the process of comparing the agency’s several hundred page statement of basis and purpose with the tens of thousands of pages of comments and studies in the rulemaking record. They will search for two things: (1) issues that arguably are of sufficient importance to be within the scope of the duty that the agency did not discuss at all; and (2) issues of such importance that the agency arguably should have discussed them more thoroughly or in greater detail. (...). After the fact, any competent lawyer with access to sufficient resources can identify issues that an agency arguably discussed inadequately”.

[da autoridade reguladora do setor energético] reúnam coragem suficiente para criar uma nova estrutura regulatória viável para o setor elétrico, mas sou cético. Se [a autoridade] não tomar nenhuma providência, os ‘apagões’ começarão em poucos anos. Neste momento, os juízes que reverteram as iniciativas regulatórias em relação ao gás podem considerar oportuno usar uma vela para ver, no espelho, uma das causas da falta de energia elétrica”.²⁴⁷

Estas observações são contestadas por outra parte da doutrina, que aponta, fundamentalmente, a ausência de base empírica para os temores de “ossificação” administrativa.²⁴⁸ Finalmente, ainda, outros autores sustentam que as consequências negativas na dinâmica regulatória seriam superadas pelos ganhos na sua qualidade.²⁴⁹

* * *

Eis, portanto, a última relação tendencial de que cuidou este capítulo: sobre decisões administrativas tecnicamente complexas deve-se aplicar um controle judicial deferente. O argumento está muito presente no discurso justificador da intensidade do controle judicial em todas as jurisdições, mas tem, claramente, maior prestígio numas do que noutras. Viu-se que ele é particularmente relevante no Canadá e nos Estados Unidos. Já, na Itália e principalmente na França, embora também presente, o argumento é negligenciado em algumas situações nas quais tipicamente poderia incidir, como no controle da regulação antitruste.

Os argumentos principais que fundamentam esta relação tendencial podem ser divididos em dois grupos. No primeiro deles estão aquelas razões que levam em consideração a inadequação dos tribunais para proceder, *eles mesmos*, a intervenções regulatórias. No segundo grupo estão as razões relativas aos *efeitos* da intervenção judicial na qualidade da regulação efetuada pelas autoridades administrativas.

247. Richard J. Pierce Jr., “The unintended effects of judicial review of agency rules: how federal courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 7.

248. V., por exemplo: William S. Jordan III, “Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking?”, 94 *Nw U. L. Rev.* 393 (2000).

249. Jim Rossi, “The hard-look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry”, 1994 *Wis L. Rev.* 763 (1994); Thomas Sargentich, “The critique of active judicial review of administrative agencies: a reevaluation”, 49 *Admin. L. Rev.* 599 (1997); Mark Seidenfeld, “Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking”, 75 *Tex. L. Rev.* 483 (1997); Patricia M. Wald, “Judicial review in the time of cholera”, 49 *Admin. L. Rev.* 659 (1997).

As preocupações que dão origem aos argumentos do primeiro grupo resultam de uma ideia subjacente: a de que o controle judicial pode acabar dando espaço para estas intervenções regulatórias dos próprios tribunais. Acima se demonstrou que, na medida em que esta circunstância se verifique, a intervenção regulatória dos tribunais tende a ser inadequada, em função de causas objetivas e subjetivas. Do ponto de vista objetivo, a inadequação tem origem na natureza *não usual* dos desafios regulatórios. Trata-se de problemas que os tribunais não estão acostumados a enfrentar. As características frequentemente prospectivas e multipolares das questões regulatórias distinguem-nas das questões usuais (retrospectivas e bipolares) que chegam aos tribunais. Do ponto de vista subjetivo, os tribunais possuem adaptação institucional muito reduzida para fazer face aos problemas regulatórios. Isso se dá tanto por conta de sua expertise técnica reduzida como em função da natureza formal de sua atuação.

No segundo grupo de razões que sustentam a relação tendencial objeto desta última parte destacam-se as consequências negativas que a intervenção judicial pode causar às iniciativas regulatórias da administração pública. Aqui, há riscos de duas ordens: à coerência e à dinâmica regulatória. No primeiro caso, apontou-se que o controle judicial não deferente pode comprometer decisões administrativas preliminares que informam uma política regulatória, mas também a própria unidade desta política. No segundo caso, observou-se que os tribunais podem *retardar* os efeitos desejados pelo regulador tanto por eventualmente suspender suas decisões como por lhes impor requisitos excessivos, que desaguariam numa paralisia regulatória.

4. Conclusões

Este capítulo buscou apresentar argumentos de vinculação entre a natureza de uma decisão administrativa e o modelo de controle sobre ela incidente. Estes argumentos foram denominados “relações tendenciais”, por serem relativamente intuitivos, além de constituírem presenças *comuns* nos discursos (judiciais, políticos, acadêmicos) voltados a justificar ou sugerir a aplicação de um modelo de controle judicial. A ideia consistia em evidenciar sua presença e recorrência nas quatro jurisdições estudadas, bem como explicitar os raciocínios que a eles subjazem.

De acordo com a primeira destas relações tendenciais, deve-se aplicar controle não deferente sobre decisões administrativas juridicamente sensíveis, como aquelas que tocarem direitos fundamentais ou versarem sobre questões constitucionais. O raciocínio principal que informa este argumento é o de que os tribunais detêm características institucionais que os

fazem particularmente adaptados para enfrentar estas questões. Assim, por exemplo, seu isolamento do ambiente político qualifica-os para a proteção de minorias. Um segundo raciocínio que sustenta esta relação tendencial fundamenta-se numa alegação de particular expertise jurídica. Neste sentido, questões jurídicas devem ser atribuídas aos tribunais *também porque* eles tenderiam a compreendê-las e solucioná-las melhor. Nestes casos de decisões particularmente sensíveis do ponto de vista jurídico, portanto, não ha razão para que os tribunais limitem seu controle.

A situação é diferente no caso de decisões tecnicamente complexas ou de natureza política. Nos dois casos as relações tendenciais apontam para um controle judicial deferente. Na hipótese de decisões políticas a proposição tem fundamento principalmente na alocação do poder decisório para a instituição democraticamente mais legítima. Examinaram-se as características institucionais que fazem as autoridades administrativas mais sensíveis, aderentes e responsivas aos anseios da população, citando alguns exemplos em que estas circunstâncias levam a um movimento de retração judicial. Além disso, buscou-se sugerir uma razão adicional: sustentou-se que a orientação judicial deferente pode terminar por *ampliar a accountability* das autoridades administrativas, na medida em que joga luzes sobre as escolhas por elas operadas. Na apresentação da relação tendencial relativa às decisões administrativas tecnicamente complexas o capítulo valeu-se do exemplo da regulação econômica. Então se observou que a justificativa do controle judicial deferente nestes casos reside, de um lado, na inadequação subjetiva e objetiva dos tribunais para a regulação econômica; de outro, no prejuízo que sua intervenção pode causar à política regulatória da autoridade administrativa.

Como se vê, as relações tendenciais apresentadas neste capítulo fundamentam-se sobre análises institucionais comparativas. O objetivo é alocar poderes decisórios para as instituições mais adaptadas a tomar uma dada decisão, tendo em vista sua natureza. Quando aplicada ao tema do controle judicial da administração pública, a análise institucional repele alguns raciocínios extremamente simplistas, mas ainda encontrados na doutrina. Um deles veicula a ideia de que os tribunais atuariam como “corretores” dos “erros” da administração pública. Outro deles vê em qualquer restrição ao controle dos tribunais um potencial convite a violações de direitos individuais. Estas visões profundamente otimistas (ou idealizadas) da intervenção dos tribunais devem ser rechaçadas, por irrealistas. O raciocínio institucionalista convida para uma análise mais pragmática, que leve em consideração as complexidades, incertezas e falibilidades que marcam o mundo real da

aplicação do Direito.²⁵⁰ Fundamentalmente, é preciso compreender que a intervenção judiciária não é “natural”, como poderia parecer a partir de uma análise estritamente jurídica (ou *dogmaticamente jurídica*) do tema. A solução da *multiplicidade de problemas sociais* envolvidos no tema do controle judicial da administração pública pode dar ensejo a uma *multiplicidade de formas* de estruturação das instituições públicas para enfrentá-los.

Seja como for, é preciso precaver-se contra a simplicidade *também no interior* do raciocínio institucionalista. As relações tendenciais apresentadas acima são usualmente brandidas em discursos jurídicos – seja na justificação de decisões de tribunais, em debates acadêmicos ou discussões políticas – como se fossem *necessárias e indiscutíveis* decorrências da utilização do raciocínio institucional. O próximo capítulo demonstrará que este, absolutamente, não é o caso.

250. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409: “Institutional approaches focus on the comparative merits and drawbacks of the judicial process as an institutional mechanism for solving problems. On my account, institutional approaches to restraint put emphasis on the problem of uncertainty and judicial fallibility, on the systemic impact of judging and on rights as *prima facie* claims subject to balancing rather than as trumps over collective welfare”.

Capítulo II

RESSALVAS AO RACIOCÍNIO DAS RELAÇÕES TENDENCIAIS ENTRE A NATUREZA DA DECISÃO E A INTENSIDADE DO CONTROLE

Introdução. 1. As dificuldades da identificação da “natureza da decisão controlada”: 1.1 A artificialidade da ideia de uma específica natureza de uma decisão administrativa: 1.1.1 A multiplicidade de aspectos substanciais em cada decisão administrativa – 1.1.2 O juízo sobre a medida de relevância de um aspecto – 1.2 Natureza de decisões ou atividades? O caso das interpretações legislativas: 1.2.1 A atenção à natureza do específico termo legislativo interpretado – 1.2.2 O caso italiano: a hesitação jurisprudencial e a atual orientação não deferente. 2. Razões da aplicação de controle diverso do apontado na relação tendencial: 2.1 A consagração de finalidades diversas daquelas consagradas nas relações tendenciais: 2.1.1 A hipótese intuitiva: a garantia da lisura de decisões políticas e técnicas – 2.1.2 A hipótese contraintuitiva: legitimidade e eficiência através dos tribunais – 2.2 As características específicas das instituições envolvidas no caso concreto: 2.2.1 A necessária atenção às características concretas das instituições comparadas – 2.2.2 As reformas institucionais para facilitar o controle judicial da regulação. 3. Conclusões.

Introdução

As relações tendenciais entre a natureza de uma decisão administrativa e a intensidade do controle judicial sobre ela aplicada, apresentadas no Capítulo I desta Primeira Parte, cumprem ao menos três funções no discurso jurídico. A primeira é uma função *positiva* ou *explicativa*. Visa a desvelar o raciocínio que informa as opções jurisprudenciais ou legislativas relativas à

intensidade do controle judicial sobre determinada matéria administrativa. Revela, assim, as razões subjacente às mais variadas orientações. A segunda função é *preditiva*. O conhecimento das relações tendenciais permitiria, assim, a um operador do Direito realizar prognósticos a propósito do controle a ser aplicado num caso concreto. A importância prática de uma tal função é bastante evidente. Poderia, por exemplo, orientar a estratégia judicial do advogado que pretende contestar determinada decisão administrativa em juízo. Aliás, poderia, mesmo, servir de fundamento para que se decida por contestar *ou não* tal decisão. A terceira e última função das relações tendenciais apresentadas no capítulo anterior é *normativa* ou *propositiva*. Nesta função, elas são brandidas em discussões a propósito da intensidade *que se deveria* aplicar a determinado tipo de decisão administrativa. Ela funciona como um instrumento retórico para *convencimento* de uma audiência de que um controle judicial deferente ou não deferente é *conveniente*, é *desejável*, em alguma determinada hipótese. Pode servir, e tem servido, aos proponentes de uma autorrestrição judicial sobre intervenções em domínio regulatório, por exemplo.

Sucedem que, em qualquer destas funções, o recurso a tais relações tendenciais constitui uma estratégia (no mínimo) imperfeita, que demanda algumas importantes ressalvas. É precisamente este o objetivo deste capítulo.

Em relação à função explicativa, é frequente que a adoção do controle previsto nas relações tendenciais *não se deva* às razões ali apontadas, mas seja resultado de ponderações completamente alheias a uma análise institucional comparativa. Um exemplo pode ilustrar esta afirmação. Na nota de rodapé 75 da Introdução desta Primeira Parte, referente à natureza política das decisões administrativas, revelou-se que o argumento da politicidade fundamenta a limitada intervenção judicial que se dá no Direito Canadense sobre *atos regulamentares*. A Suprema Corte Canadense deixa bastante claro que evita interferir em decisões regulamentares porque elas se inserem na discricionariedade política da administração pública. A jurisdição administrativa italiana consagra, no mesmo âmbito do exercício administrativo da competência regulamentar, uma orientação deferencial semelhante à canadense.¹ No entanto, embora o resultado prático seja parecido, as razões para consagrá-lo são muito diversas. Na Itália os regulamentos administrativos fogem a quase todo controle judicial simplesmente porque se entende que,

1. Numa solução ainda mais extrema do que a do Canadá, na Itália os regulamentos administrativos estão virtualmente isentos de qualquer controle judicial. A situação levou um autor italiano a referir-se a este domínio como *terra di nessuno* (v. Fabio Cintioli, “L’effettività della tutela giurisdizionale nell’annullamento dei regolamenti”, *Il Foro Amministrativo: TAR* 2 (2003) 9, item 9).

pela sua generalidade, eles não seriam capazes de gerar violações a direitos ou interesses.²

2. A primeira observação relevante é a de que os regulamentos não passam por um controle de constitucionalidade. De acordo com o art. 134 da Constituição italiana, a Corte Constitucional possui competência exclusivamente para verificar a constitucionalidade “das leis e dos atos com força de lei”. Por isso, a Corte Constitucional até pode checar a constitucionalidade da lei que confere a competência regulamentar, mas não a constitucionalidade do regulamento em si. V., a propósito, Corte Cost., 18.10.2000, n. 427: “*Questione di legittimità costituzionale di norme aventi ormai natura regolamentare, (...), per costante giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, e specificamente in tema di regolamenti di ‘delegificazione’, Ordinanza n. 100 del 2000), eccede i limiti della sua giurisdizione, secondo la definizione che di questa è data dall’art. 134 Cost. Il quale la limita al caso dell’illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge*”. Em segundo lugar, os tribunais administrativos se recusam a controlar a legalidade de um regulamento sob o argumento de sua generalidade, pelo quê ele não seria passível de causar violações a direitos ou interesses. Apenas nas raras ocasiões em que o regulamento pode causar diretamente uma violação deste tipo é que o controle substantivo está disponível. Dito de outro modo: reconhece-se a imediata impugnabilidade só nos casos em que o regulamento tenha, mesmo antes da adoção de um ato especificador, um alcance efetivamente lesivo. Nas palavras do Tribunal Administrativo da Região de Lazio, “o controle judicial direto de um regulamento é excepcional” (in V. TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 25.2.2008, n. 1685). De regra, o controle judicial recai apenas sobre as medidas específicas que *implementam* o regulamento (cf., por exemplo: Cons. St., Sez. IV, 29.2.1996, n. 222). Ainda mais curiosamente, os tribunais italianos costumavam recusar-se até mesmo a *desaplicar* regulamentos administrativos contrários à legislação. Por muito tempo discutiu-se se o juiz administrativo tinha este poder. Mais precisamente, a dúvida consistia em saber se ele poderia verificar *incidentalmente* a subsistência do vício do regulamento, ainda quando ele não fosse formalmente impugnado. Por mais de cinco décadas o juiz administrativo se negou a admitir a desaplicação de regulamentos administrativos ilegítimos. A doutrina reclamava, baseada fundamentalmente na ideia de hierarquia de fontes e de *iuri novit curia*. Estes regulamentos contrários à legislação eram considerado válidos e podiam, mesmo, fundamentar a anulação de adjudicações que lhes fossem contrárias (ainda quando estas fossem concordes à legislação). A partir de 1992 os tribunais alteraram sua jurisprudência, admitindo a desaplicação do regulamento em casos específicos (V. Cons. St., Sez. V, 26.2.1992, n. 154). Tratando-se de mera desaplicação, o regulamento não é anulado, seguindo em vigor para os casos seguintes. A partir da aceitação jurisprudencial do remédio da desaplicação, pôs-se uma questão importante: a desaplicação passava a ser o *único remédio possível*, ou a anulação seguia sendo possível? A jurisprudência não se consolidou ainda sobre o assunto – há manifestações nos dois sentidos. Parte da jurisprudência, portanto, afirma que, tendo em vista a natureza substancialmente normativa – e apenas formalmente administrativa – do regulamento, o juiz administrativo poderia conhecer de sua legitimidade só através da via incidental, e não em via principal – tal como acontece para a generalidade dos atos normativos.

Além disso, a intensidade e, mesmo, a disponibilidade do controle judicial dependem em larga medida *da norma e da sua redação*. No Direito Francês, por exemplo, trata-se de elemento de suma importância – e é o primeiro passo das análises promovidas pelos *rapporteurs publics* para sugerir um modelo de controle ao Conselho de Estado. Nos casos em que há ausência de norma relativa ao motivo e ao conteúdo do ato administrativo, por exemplo, o juiz, de regra, não exercerá controle nenhum (*degré zero du contrôle*). Se a norma estabelece mera faculdade, isso também pode ser tomado como determinante para limitar o controle.³ Em suma, embora seja totalmente simplista e equivocado supor que o texto legislativo seja determinante para a escolha da intensidade do controle,⁴ não é possível negar sua grande influência, às vezes à margem ou, mesmo, contrariamente a qualquer análise institucional.

3. Em CE, 15.10.1982, *Le Bihan et Autres*, Req. 20382, o Conselho de Estado aplicou controle restrito sobre a decisão do Ministro da Economia de não intimar o Conselho da Concorrência a propósito de uma operação de concentração. A principal razão levantada pelo Comissário de Governo Pauti foi a redação da legislação pertinente, segundo a qual o Ministro “pode[ria] submeter” a questão à autoridade administrativa.

4. Embora o controle normal seja a regra no caso de indicações legislativas, mesmo abstratas, o juiz administrativo tem grande discricionariedade para aplicar o controle que bem entender. Na expressão de Pierre Delvolvé, os juízes administrativos são “maîtres de l’existence et de l’étendue de leur contrôle” (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, in *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 296-303). O capítulo anterior menciona vários exemplos de situações em que o controle é limitado mesmo na presença de indicações legislativas. Por outro lado, em muitos casos de ausência de norma a jurisdição administrativa faz uso de princípios implícitos para possibilitar seu controle. Assim, por exemplo, em CE, 23.4.1982, *Ville de Toulouse c. Mme Aragnou*, Req. 36851, apesar da ausência de lei que o previsse, o Conselho de Estado fez uso de princípio geral do Direito para deferir o pedido das partes (recreadores infantis que prestavam serviço ao Município de Toulouse) para que obtivessem o benefício do salário-mínimo. Como salienta Jean Rivero, os princípios gerais do Direito constituem poderoso instrumento de intervenção judicial. Com valor de direito positivo e aplicáveis na ausência de texto, eles às vezes chegam a ir *contra* o texto: “Mais enfin, quelque constructives que soient ces interprétations, il est des cas où le procédé s’avère inutilisable; la loi va contre les principes, et nulle exégèse ne peut voiler cette contradiction. Le juge, cependant, n’estime pas la partie perdue; il lui reste un moyen ultime pour affirmer la primauté des principes, et maintenir à son affirmation des conséquences au plan du droit positif. Ce moyen consiste à entendre la loi comme une exception, qui laisse intacte la règle générale; au plan doctrinal, l’autorité du principe est sauvegardée; au point de vue pratique, le champ d’application de la loi sera mesuré aussi étroitement que possible, en vertu de la maxime d’après laquelle toute exception est d’interprétation stricte” (*Le Juge Administratif Français: un Juge qui Gouverne*, Paris, Dalloz, *Chronique* VI, 1951, p. 309).

De todo modo, este capítulo aceita a premissa da necessidade de uma análise institucional comparativa. E pretendo mostrar que, mesmo o fazendo, não se chegará necessariamente a uma resposta única e inexorável. Ou seja: este capítulo pretende oferecer, no que concerne às relações tendenciais, uma contestação *interna* ao raciocínio da análise institucional comparativa. Demonstrada a insuficiência das relações tendenciais em sua função explicativa, as ressalvas às duas outras funções que elas ocupam no discurso jurídico são bastante mais relevantes, e serão desenvolvidas ao longo deste capítulo.

No que diz respeito à segunda função, será visto que as predições propiciadas pelas relações tendenciais do capítulo anterior estão longe de constituir uma bússola segura para o profissional do Direito. Em primeiro lugar, porque a identificação da “natureza” de uma específica decisão administrativa é atividade extremamente complexa, que envolve boa dose de arbitrariedade ou de subjetividade. Em segundo lugar, porque o específico modelo de controle a ser aplicado no caso concreto depende, na prática, não apenas da natureza da decisão administrativa controlada, mas também, e fundamentalmente, de uma série de ponderações a propósito de qual das finalidades conflitantes do direito administrativo se pretende promover.

Em relação, finalmente, à função normativa, são também as duas razões acima que a minam. Ora, se tanto a identificação da natureza de uma decisão administrativa como a intensidade do controle judicial que lhe será aplicada dependem de ponderações subjetivas, então, parece claro que o discurso que se vale de uma análise institucional comparativa para sustentar a *objetiva superioridade* ou conveniência de determinada solução está necessariamente *simplificando* a problemática a ela relativa e ocultando escolhas e preferências pessoais que a ela subjazem. Neste sentido, o capítulo revelará verdades que o proponente ideológico talvez não quisesse descobertas.

No todo, o objetivo deste capítulo é precisamente demonstrar que não há isenção ou objetividade na escolha da intensidade que recairá sobre determinada decisão administrativa. Dito de outro modo: não há uma específica relação entre natureza-intensidade que seja a “mais correta” ou “mais desejável” objetivamente e independente de contingências finalísticas e subjetivas. Entende-se aqui que, ao invés de apontar *qual deve ser* a intensidade do controle judicial sobre certa decisão administrativa, é mais importante desvelar o que há por trás de cada uma das opções possíveis e quais finalidades ela consagra e favorece. Este procedimento promete oferecer a orientação e as informações necessárias para a tomada das decisões públicas respectivas em cada jurisdição, bem como para auxiliar a reflexão crítica que se fará a propósito delas.

O capítulo está dividido em duas grandes partes, além da conclusão. Na primeira parte explora-se a problemática da “natureza” da decisão administrativa, revelando os limites teóricos deste raciocínio e a complexidade prática da identificação de tal natureza. Na segunda parte demonstra-se como, mesmo que se ultrapasse a controvérsia relativa à natureza da decisão administrativa controlada, as mais diversas razões podem explicar e justificar a aplicação sobre ela de um controle de intensidade diverso daquele apontado nas relações tendenciais do capítulo anterior.

1. As dificuldades da identificação da “natureza da decisão controlada”

A identificação da natureza de uma decisão administrativa parece constituir pressuposto essencial para a realização da análise institucional comparativa que orienta as relações tendenciais apresentadas no capítulo anterior. Afinal, é em relação a esta natureza que se comparam as aptidões das instituições em análise. Eventuais dificuldades de identificar a tal “natureza da decisão controlada” tendem a prejudicar ou, mesmo, obstar esta sorte de análise.

Estas dificuldades não são meramente hipotéticas; elas existem, e são bastante salientes. As principais são duas. Em primeiro lugar, a própria ideia de que cada decisão administrativa possui uma *específica natureza* é superficial, e ignora o fato de que as decisões administrativas são, na verdade, constituídas por uma multiplicidade de aspectos substanciais, mais ou menos importantes (item 1.1). Em segundo lugar, a experiência demonstra que as jurisdições manipulam a noção daquilo cuja natureza se deve identificar. Em alguns casos a intensidade do controle judicial é definida em função de aspectos substanciais *da própria questão decidida* pela administração. Em outros, no entanto, levam-se em consideração aspectos mais genéricos, relativos, por exemplo, à *atividade* no âmbito da qual a questão foi decidida (item 1.2).

A análise destes dois problemas leva à conclusão de que é irreal considerar que a tal “natureza da decisão administrativa” seja meramente *identificada* pelo agente público que deverá decidir pela intensidade do controle judicial. Não há uma atividade objetiva, neutra, de mera depuração, detecção ou reconhecimento de uma realidade. Há, ao contrário, um processo de *escolha* de que participa este próprio agente: cabe-lhe observar uma realidade complexa e *simplificá-la* subjetivamente. Dito ainda de outro modo: a “identificação da natureza da decisão administrativa”, que constituiria fase preliminar e fundamental das análises institucionais comparativas

apresentadas no capítulo anterior, corresponde a procedimento extremamente subjetivo. As decisões administrativas não possuem uma natureza única, incontroversa, *dada* a quem quer que a observe ou a analise objetivamente.

Esta circunstância desloca o foco de uma análise institucional, que supostamente indicaria uma solução mais conveniente, para uma compreensão de que a aplicação de diferentes intensidades do controle judicial pode levar à promoção ou ao fomento de diferentes finalidades.

1.1 *A artificialidade da ideia de uma específica natureza de uma decisão administrativa*

A primeira grande dificuldade consiste na identificação da *específica natureza* de uma decisão administrativa. Na maioria das vezes – ou mesmo na *totalidade* dos casos – as decisões administrativas são caracterizadas por *diferentes aspectos*, ao invés de marcadas por *uma específica natureza*. Isso significa que o reconhecimento de uma “natureza” importa, na realidade, uma operação consistente na *ponderação da relevância dos diferentes aspectos*, para a identificação (ou escolha) daquele que é mais saliente. Dito de outro modo: a identificação da “natureza” de uma questão ou decisão administrativa implica necessariamente (e ainda que implicitamente) três juízos prévios: a identificação dos diferentes aspectos relevantes da decisão; a atribuição a cada um deles de um peso específico; a comparação entre estes pesos. A “natureza” da decisão administrativa corresponderia àquela do seu aspecto mais saliente. Assim, até se pode falar em “natureza da decisão administrativa”, mas isto envolveria uma simplificação linguística, em função de objetivos práticos. Quer-se referir a algo como “a natureza do aspecto mais relevante de uma decisão administrativa” ou “o resultado da ponderação e do juízo de relevância dos diferentes aspectos de uma decisão administrativa”. Tanto a multiplicidade dos aspectos que marca cada uma das decisões administrativas (item 1.1.1) como os juízos subjetivos relativos à medida de relevância de cada aspecto (item 1.1.2) podem ser ilustrados por diversos exemplos retirados das jurisdições estudadas.

1.1.1 *A multiplicidade de aspectos substanciais em cada decisão administrativa*

Três exemplos são suficientes para ilustrar e comprovar a multiplicidade de aspectos que marca cada decisão administrativa. Os dois primeiros relatam a derrocada nos Estados Unidos e no Canadá de teorias formalistas fundamentadas na “sensibilidade jurídica” de uma decisão administrativa.

Trata-se das teorias do fato constitucional (nos EUA) e da questão jurisdicional (no Canadá). Ambas haviam sido citadas na no capítulo anterior (respectivamente, itens 1.1.2.2 e 1.1.2.1) como ilustrações da importância prática do raciocínio da relação tendencial nestas duas jurisdições. Aqui se demonstra como elas foram posteriormente abandonadas pela jurisprudência, justamente pela dificuldade em “isolar” o aspecto jurídico de uma decisão administrativa (item 1.1.1.1). O terceiro exemplo vem também do Canadá. A Suprema Corte desse País demonstrou clara hesitação ao responder a pedidos de *desagregação* de uma questão administrativa em seus múltiplos aspectos, em função da relevância de cada um deles (item 1.1.1.2). Nos três exemplos fica clara a dificuldade de fundamentar a decisão a propósito da intensidade do controle judicial numa suposta “natureza única” da decisão administrativa controlada.

1.1.1.1 O abandono de teorias formalistas fundadas na “sensibilidade jurídica”

Como se afirmou nos itens 1.1.2.2 e 1.1.2.1 do capítulo anterior, vigaram por certo período nos Estados Unidos e no Canadá teorias largamente baseadas na sensibilidade jurídica de uma decisão administrativa, para determinar a intensidade do controle sobre ela incidente. Nos Estados Unidos tratava-se da “teoria do fato constitucional ou jurisdicional” (item 1.1.1.1.1); no Canadá, da “teoria da questão preliminar” (item 1.1.1.1.2). Ambas foram abandonadas, em função da dificuldade prática de identificar a sensibilidade jurídica de uma decisão administrativa e isolá-la de seus outros componentes relevantes.

1.1.1.1.1 A teoria do fato constitucional (e jurisdicional) nos Estados Unidos – Os tribunais americanos fizeram, por um certo período, recurso às chamadas “teoria do fato constitucional” e “teoria do fato jurisdicional” para determinar a intensidade do controle judicial incidente sobre determinada decisão administrativa.⁵ De acordo com estas teorias, deveria ser aplicado controle judicial não deferente (no modelo “de novo”) sobre *todas as questões jurisdicionais ou constitucionais* relativas a uma ação de agências.

Sucedem que as duas teorias foram sendo progressivamente abandonadas, em função da dificuldade de identificar e separar todos os fatos que tenham repercussões constitucionais ou jurisdicionais nas decisões administrativas controladas. A rigor, toda determinação de uma entidade administrativa possui, em última análise, algum componente de ordem

5. V. item 1.1.2.2 do capítulo anterior deste trabalho.

constitucional. No caso de regulações tarifárias, por exemplo, quase todas as questões factuais são relevantes para determinar se uma tarifa, é ou não, confiscatória.⁶ Hoje, esta doutrina está superada pela jurisprudência da Suprema Corte.⁷

No âmbito específico das interpretações legislativas promovidas pela administração pública a questão não parece totalmente resolvida, mas há uma tendência a manter a orientação genérica de *Chevron* (deferência para interpretação de termos legislativos ambíguos).⁸ Assim, aplicar-se-ia controle limitado mesmo sobre interpretações em que as autoridades administrativas determinem direta ou indiretamente a amplitude de sua própria competência.⁹ Nestes casos, o mais frequente é que a Suprema Corte sim-

6. Richard Pierce, *Administrative Law Treatise*, 5ª ed., New York, Wolters-Kluwer, 2010, p. 1662: “The ‘constitutional fact’ doctrine could not long survive in a legal system in which many agencies routinely make numerous findings of fact that form the predicates for determining the constitutionality of agency actions. (...) Over time, the Court recognized that it would be absurdly inefficient to require reviewing courts to engage in de novo review of all ‘constitutional facts’. The Court has never formally overruled *Ben Avon* or *Crowell*, but its opinions demonstrate that the ‘constitutional fact’ doctrine is dead”.

7. *V. Northern Pipeline Co. versus Marathon Pipeline Co.*, 458 U.S. 50, 82 n. 34 (1982): “*Crowell*’s precise holding, with respect to review of ‘jurisdictional’ and ‘constitutional’ facts that arise within ordinary administrative proceedings, has been undermined by later cases”.

8. É a conclusão de Quincy M. Crawford, tanto em relação à jurisprudência da Suprema Corte como de tribunais inferiores (v. seu “Comment, *Chevron* deference to agency interpretations that delimit the scope of the agency’s jurisdiction”, 61 *U. Chi. L. Rev.* 957 (1994)). Também assim, v. Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2097-2098 (1990). Por outro lado, no estudo empírico que promoveram a propósito das decisões da Suprema Corte sobre o controle judicial de interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas, William Eskridge, Jr. e Lauren E. Baer demonstram que a taxa de aplicação da deferência de tipo *Chevron* em casos deste tipo é bastante baixa, de apenas 34,4% (“The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, 96 *Georgetown Law Journal* 1083 (2008)).

9. É esta também a opinião de Michael Herz: “Whatever it is that *Chevron* requires, it requires it equally with regard to substantive and jurisdictional questions. Jurisdiction frequently hinges on a vague statutory term that the agency is charged with defining more specifically. (...) The point is not that issues of jurisdiction are unimportant or pose no threat of a self-aggrandizing agency running amok. But, effective judicial review is no more essential to the integrity of the regulatory scheme here than elsewhere. There is, therefore, no reason to have different standards of deference for jurisdictional matters” (“Deference running riot: separating interpretation and law-making under *Chevron*”, 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187, 218 (1992)).

plesmente *ignore* o fato de que a interpretação de determinados termos pode constituir “questões jurisdicionais”.¹⁰

No caso *Mississippi Power & Light*¹¹ dois ministros enfrentaram diretamente o tema, com opiniões opostas. Em voto concordante com o julgamento final da Suprema Corte, o Ministro Antonin Scalia defendeu a aplicação da deferência típica de *Chevron* para uma interpretação da autoridade reguladora do setor energético que supostamente implicava os limites de sua jurisdição. Ele argumentava que não havia como discernir a linha que separa interpretações que envolvem juízos sobre a competência e aquelas que não os envolvem.¹² Em dissenso, o Ministro Brennan afirmava que nestas hipóteses a deferência judicial não poderia incidir, sob pena de permitir arbítrios administrativos. O voto da maioria evita a questão e nem mesmo cita *Chevron*, embora mantenha a interpretação da autoridade administrativa.

Esta mesma posição de ignorar a controvérsia foi adotada no célebre caso *Brown & Williamson*,¹³ em que a Suprema Corte reverteu a interpretação da *Food and Drug Administration/FDA*, agência federal responsável pela regulação de alimentos e medicamentos nos Estados Unidos. Analisava-se uma repentina mudança de interpretação da FDA. A partir de 1996 esta agência passou a entender que a regulação do tabaco estava sob sua jurisdição, na medida em que a nicotina consistia em “droga” no contexto do *Food, Drug and Cosmetic Act*. Esta lei considera “droga” qualquer “artigo (que não comida) que visasse a afetar a estrutura ou qualquer função do corpo”. A nova interpretação correspondia a clara inovação: a própria FDA já havia se recusado a regular o tabaco anteriormente.

Valendo-se desta nova compreensão relativa à sua própria competência, a FDA emitiu regulações que visavam a restringir a comercialização e a distribuição de cigarros para crianças e adolescentes. As regulações foram impugnadas judicialmente, e terminaram na Suprema Corte. Parecia a ocasião perfeita para a Suprema Corte se pronunciar sobre a aplicação da deferência de *Chevron* a “questões jurisdicionais”. Ao invés disso, os ministros simplesmente afirmaram que “não havia ambiguidade legislativa”¹⁴ e

10. Assim: *Japan Whaling Ass'n versus American Cetacean Society*, 478 U.S. 221 (1986), e *Chemical Mfrs. Ass'n versus NRDC*, 470 U.S. 116 (1985).

11. *Miss. Power & Light Co. versus Miss.*, 487 U.S. 354 (1988).

12. *Miss. Power & Light Co. versus Miss.*, 487 U.S. 354, 381-382 (1988).

13. *FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000).

14. Sob a doutrina *Chevron*, quando uma legislação é ambígua sobre uma questão, deve-se deferir a interpretação que dela promoveu a autoridade administrativa (sobre o tema, v. o item 1.2 deste capítulo). A Segunda Parte deste trabalho demons-

que era clara a intenção do Congresso de não atribuir a regulação de tabaco à FDA.¹⁵ Na linguagem popular, adotou-se a “saída pela tangente”.¹⁶

A atitude da Suprema Corte evidencia a dificuldade de atribuir uma específica natureza a questões administrativas. De um lado, todas as interpretações das autoridades administrativas parecem envolver (trazer implicitamente) um juízo a propósito de sua própria competência. De outro, este juízo é, certamente, mais saliente em uns casos do que em outros. A conclusão parece ser a de que não há *questões jurisdicionais* e *questões não jurisdicionais*, mas *medidas diferentes de jurisdicionalidade* em cada questão.

1.1.1.1.2 A teoria da questão preliminar no Canadá – As mesmas razões que levaram à derrocada da teoria do fato constitucional (e jurisdicional) nos Estados Unidos foram responsáveis pelo abandono no Canadá da “teoria da questão preliminar”, às vezes também referida como questão jurisdicional (*preliminary or jurisdictional question doctrine*). Usada no contexto do controle judicial de interpretações legislativas promovidas pela

trará como os tribunais americanos manipulam esta “identificação” da ambiguidade legislativa.

15. De acordo com a Suprema Corte, a disposição do *Food, Drug and Cosmetic Act* só poderia ser entendida se interpretada com atenção à estrutura da própria lei, além de atenção a outras leis e, mesmo, a inações do Congresso. O exame da estrutura da própria lei demonstraria que drogas, no contexto da FDCA, seriam apenas aquelas substâncias que, *ademais de “visarem a afetar a estrutura ou qualquer função do corpo”*, produzam benefícios terapêuticos – o que não seria o caso do tabaco. Ainda de acordo com a Suprema Corte, seria importante também examinar outras leis, e em especial aquelas em que o Congresso se manifestou subsequentemente e de forma mais específica sobre o tópico em questão. Nestas leis o Congresso se recusara a banir o tabaco do mercado – consequência que seria natural sob o regime do FDCA. Estas ações posteriores do Congresso serviam a demonstrar que não era sua intenção que o tabaco fosse entendido como “droga” no contexto do FDCA. Nas palavras da Corte: “The inescapable conclusion is that there is no room for tobacco products within the FDCA’s regulatory scheme. If they cannot be used safely for any therapeutic purpose, and yet they cannot be banned, they simply do not fit” (*FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 143 (2000)). Finalmente, a Suprema Corte observou que em algumas oportunidades o Congresso considerou e rejeitou propostas que teriam concedido à FDA a competência regulatória sobre tabacos. Diante desta “inação” do Congresso, ficaria evidente o erro de se interpretar o FDCA na maneira que fez a FDA. Sobre a interpretação de inações legislativas, v. também *Solid Waste Agency of N. Cook County versus United States Army Corps of Eng’rs*, 531 U.S. 159 170 (2001).

16. Quatro ministros formaram o dissenso: eles aplicariam uma mera leitura da legislação para concluir que o tabaco se inclui facilmente na definição de drogas ali oferecida – e, portanto, manteriam a interpretação da FDA.

administração, esta teoria era dominante nas décadas de 1960 e 1970, tendo sido superada progressivamente a partir de uma célebre decisão da Suprema Corte em 1979.¹⁷

Numa formulação bem simples, a teoria prescrevia que as questões preliminares (aquelas relativas a discussões sobre a própria *competência* ou *jurisdição* da autoridade administrativa) deveriam ser submetidas a um controle judicial não deferente. A lógica desta formulação é compreensível, e está ligada à sensibilidade jurídica das instâncias relativas à competência da autoridade administrativa. Questões deste tipo submetem-se a um controle judicial não deferente porque não é razoável reservar à autoridade administrativa a tarefa de determinar sua própria competência.

A prática demonstrou a dificuldade de pautar a intensidade do controle na natureza jurisdicional, ou não, de uma questão. Como no caso americano, o problema consistia precisamente na *ubiquidade* de considerações desta espécie. No Canadá esta circunstância terminou extrapolada pelos tribunais, que utilizaram os contornos imprecisos da noção para ampliá-la significativamente – e, assim, ampliar sua competência revisional.

O ponto mais alto desta realidade ocorreu no caso *Anisminic*, julgado pela *House of Lords* em 1969.¹⁸ Ali se deu a entender que seria *ultra vires* e levaria à perda de jurisdição (*errors leading to loss of jurisdiction*) qualquer decisão em que a autoridade administrativa (i) perguntou-se a questão errada, (ii) levou em consideração fatores irrelevantes ou (iii) ignorou fatores que deveria ter considerado. Em qualquer destes casos incidiria controle judicial intenso, mesmo quando houvesse disposição legislativa afastando o controle judicial (as chamadas “cláusulas privativas”). A compreensão da *House of Lords* foi seguida por várias decisões dos tribunais canadenses no início dos anos 1970.¹⁹ No célebre caso que inaugurou a era da autorrestrrição judicial no Canadá (*Canadian Union of Public Employees/CUPE*, de 1979) o entendimento foi criticado. Apesar de admitir a dificuldade em determinar se uma questão possui, ou não, natureza jurisdicional, a Suprema Corte observou que os tribunais não deveriam “precipitar-se para rotular de

17. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

18. *Anisminic versus Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 AC 147, [1969] 2 WLR 163.

19. V., por exemplo: *Port Arthur Shipbuilding Co. versus Arthurs et al.*, [1969] SCR 85; *Metropolitan Life Insurance Co. versus International Union of Operating Engineers*, [1970] SCR 425; “*Bell versus Ontario (Human Rights Commission)*”, [1971] SCR 756.

jurisdicional” uma questão que duvidosamente o fosse.²⁰ No mesmo sentido, numa decisão de 1991 a Suprema Corte observou ironicamente que a *House of Lords* havia estabelecido uma definição de *questão jurisdicional* tão ampla, que incluía qualquer questão envolvendo a interpretação de uma lei.²¹

O fato é que desta irrisignação da Suprema Corte não decorreu uma nova tentativa de *precisar* os contornos da noção, mas seu puro e simples abandono. A superação da teoria da questão preliminar levou à adoção de um teste contextualizado em que os tribunais devem ponderar diversos aspectos da decisão administrativa sob controle, numa espécie de análise institucional multifásica e preestabelecida. Este teste, inicialmente denominado “enfoque pragmático e funcional”, será objeto de análise detalhada na Segunda Parte deste trabalho. Por enquanto, é suficiente observar que uma análise formalista que se limitava a perquirir a existência, ou não, de um fator juridicamente sensível foi substituída por um enfoque multifásico e plural, que pondera diferentes aspectos do ponto de vista institucional comparativo.

1.1.1.2 A desagregação de uma decisão administrativa em distintos elementos

O abandono da teoria da questão jurisdicional ou preliminar no Canadá não implicou, no entanto, o abandono do raciocínio da *natureza da questão* trazida a juízo. Ele seguiu (e segue) sendo relevante no contexto do teste pragmático e funcional. Apesar de este teste veicular uma ponderação de diferentes aspectos da decisão controlada, estes aspectos são considerados *em relação* à “natureza da questão”, no último dos passos do teste. Esta circunstância levou a uma polêmica extremamente interessante ao objetivo desta parte do capítulo. Algumas partes passaram a requerer aos tribunais que *desagregassem* uma decisão administrativa em seus diversos aspectos, para aplicar a cada um deles o modelo de controle mais adequado. Trata-se de um inequívoco argumento de que uma questão não possui uma natureza

20. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227, at. 233: “The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so”.

21. *Canada (Attorney General) versus Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 SCR 614 at. 644, [1991] SCJ 19: “The House of Lords set forth a definition of jurisdictional error that was so broad as to include any question involving the interpretation of a statute”.

única, mas diversos aspectos distintos, os quais podem justificar a incidência de diferentes modelos de controle.

A jurisprudência da Suprema Corte canadense não é clara sobre a possibilidade da desagregação. A seguir apresentam-se algumas destas decisões contraditórias, para em seguida tentar conceder-lhes alguma racionalidade.

1.1.1.2.1 A primeira manifestação judicial: o caso Retired Judges – A controvérsia teve início com o caso conhecido como *Retired Judges*, em 2003.²² Tratava-se de controle de decisão discricionária do Ministro do Trabalho. Este Ministro tinha o poder de nomear os membros que comporiam os colegiados arbitrais responsáveis por decidir as questões relativas a direitos laborais entre trabalhadores da área de saúde e seus empregadores. Sua opção foi por nomear juízes aposentados como membros de direção dos colegiados. Esta decisão foi contestada judicialmente pelo sindicato dos empregados públicos, que entendia que a nomeação de pessoas “sabidamente inamistosas aos interesses dos trabalhadores” visava a desfavorecê-los.

No seu julgamento a Suprema Corte promoveu uma “desagregação da decisão” em diversos elementos, fazendo incidir sobre eles modelos de controle diversos. No voto condutor da maioria, o Ministro Binnie observou que uma decisão administrativa é adotada após uma série de elementos decisórios preliminares, alguns dos quais relacionados com a regularidade procedimental da decisão (“Devo consultar as partes?”), outros relacionados com a regularidade jurídica substancial (“Em que medida a minha liberdade é limitada pela lei?”), outros relacionados com fatos (“Quais qualificações estou buscando?”), outros relacionados com questões mistas de fato e de direito (“Este indivíduo é qualificado tendo em vista a liberdade que tenho diante da lei?”). O ministro afirma que não é papel da Corte isolar cada um destes pontos e submetê-los a diferentes modelos de controle. Mas, por “razões de ordem prática”, considera importante separar a análise em alguns pontos, de modo facilitar o controle judicial da decisão.²³

O procedimento de desagregação foi criticado no voto de dissenso do Ministro Bastarache. Ele afirma que a análise pragmática e funcional separa diferentes questões, aplicando modelos de controle diversos a cada uma delas. Mas isto não significa que se possa desintegrar uma questão individual em diversos elementos. O Ministro prossegue afirmando que toda decisão administrativa poderia ser dividida em “determinações preliminares”. Entretanto, para que o controle judicial possa ser praticável (*workable*), os

22. *CUPE versus Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 SCR 539, para. 97.

23. *CUPE versus Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 SCR 539, para. 97.

tribunais devem operar na presunção de que eles podem isolar uma única decisão.²⁴

1.1.1.2.2 Toronto (City) confirma Retired Judges – A questão da possibilidade de desagregação de uma questão administrativa voltou à tona no caso *Toronto (City)*. Neste caso, um árbitro trabalhista ordenou a reintegração de funcionário demitido por justa causa após condenação por crime sexual. A reintegração foi ordenada após o árbitro trabalhista reexaminar as provas dos autos do processo criminal e concluir que o crime não havia ocorrido. A questão que se pôs era se o árbitro do trabalho, responsável pela avaliação da existência de justa causa, pode refazer esse julgamento já procedido pelo Judiciário para fins de reintegrar o funcionário no seu posto de trabalho.

Aplicando o enfoque pragmático e funcional, a Suprema Corte entendeu que dois modelos de controle incidiam no caso. O modelo de irrazoabilidade manifesta incidia sobre a determinação do árbitro trabalhista quanto a ter havido, ou não, justa causa. O modelo de correção, no entanto, era aplicável para examinar a decisão do árbitro no sentido de que ele não estava vinculado à decisão criminal transitada em julgado.²⁵ O raciocínio empregado pela Corte é o de que a *incorreta* determinação preliminar a propósito da vinculação à condenação criminal fez com que a decisão a propósito da existência de justa causa para a demissão fosse prejudicada e fosse considerada manifestamente irrazoável.²⁶

1.1.1.2.3 Council of Canadians with Disabilities: a desagregação superada? – No caso *Council of Canadians with Disabilities*,²⁷ mais recente,

24. *CUPE versus Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 SCR 539, para. 12-13: “Obviously, one could divide nearly every administrative decision into preliminary determinations. Even a purely legal question of statutory interpretation relies on the prior factual determination that the decision-maker was reading the correct version of the Act and not some other document. In the course of selecting a chairperson for an arbitral board, the Minister made choices concerning, for instance, which officials to consult and determined how many options were open to him. But for judicial review to be workable, courts generally operate on the assumption that they can isolate a single decision to be reviewed. (...). Judicial review would become grossly unwieldy and complex if each decision was to be viewed as a multiplicity of preliminary determinations”.

25. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 15.

26. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 60.

27. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650.

a Corte adotou uma posição contrária à desagregação. Não está claro, no entanto, que isto signifique que a questão está superada.

A companhia ferroviária *VIA Rail* adquirira trens que não eram completamente acessíveis a portadores de deficiência física. Uma organização de defesa de portadores de deficiência física requisitou medidas da autoridade responsável pela regulação técnica do setor de transportes públicos. Entendendo-se competente para adjudicar a questão, a agência concluiu que os veículos possuíam “obstáculos indevidos” aos portadores de deficiência física, e ordenou medidas corretivas. Após recurso da companhia ferroviária, a Corte de Apelação entendeu que a decisão da agência a propósito da existência de obstáculos indevidos era controlável sob o modelo deferente de “irrazoabilidade manifesta”, mas a decisão a propósito da sua própria competência estava submetida ao modelo não deferente de “correção” (*correctness*). A Suprema Corte reverteu a decisão da Corte de Apelação, afirmando que a decisão da agência deveria ser submetida a um único modelo de controle, o de irrazoabilidade manifesta.

A discordância entre os dois Tribunais residia no fato de que a decisão possuía componentes técnicos (o exame e a identificação da existência de obstáculos indevidos em um veículo de transporte) e jurídicos (consistentes na avaliação da acessibilidade e infração dos direitos dos cidadãos portadores de deficiência física). Enquanto a Corte de Apelação entendia que cada um dos elementos deveria sujeitar-se a modelos de controle diversos, a Suprema Corte aplicou um modelo deferente à determinação técnica, entendendo nela englobada a avaliação propriamente jurídica.

A questão não foi pacífica nem dentro da Suprema Corte. Os ministros formadores do dissenso sustentaram que a interpretação das disposições legislativas que conferem competência à agência dependeria de atenção a “princípios de direitos humanos”, e que esta matéria fugiria à expertise econômico-regulatória da autoridade administrativa.²⁸ Para sustentar a necessidade de segregação da matéria em diversos elementos, fizeram referência a decisões anteriores em que a Suprema Corte aplicara este procedimento.²⁹

Por sua vez, a maioria considerou “contraprodutivo” separar e caracterizar cada aspecto das decisões da autoridade, ainda que admitisse que a

28. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650, para. 284.

29. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650, para. 278: “The standard of review jurisprudence recognizes that segmentation of a decision is appropriate in order to ascertain the nature of the questions before the tribunal and the degree of deference to be accorded to the tribunal’s decisions on those questions”.

decisão a respeito dos obstáculos criados para os portadores de deficiência física tinha um componente de direitos humanos.³⁰ Ainda mais: sustentou que a opção do legislador de atribuir competência regulatória *também* em relação aos aspectos de direitos humanos envolvidos nas matérias de transporte a uma autoridade administrativa tecnicamente especializada *fortalece* a proteção destes direitos e possibilita sua implementação realista.³¹

1.1.1.2.4 Reflexões sobre a inconsistência jurisprudencial – A Suprema Corte adotou no caso *Council of Canadians with Disabilities* uma posição diversa daquela que adotara nos dois casos anteriores, recusando-se a isolar elementos da decisão da autoridade administrativa, para submetê-los a modelos de controle diverso. Entretanto, parece incerto sustentar que houve uma superação definitiva daquela posição, e que atualmente a Corte entenderia que a segregação é indevida.³² Curiosamente, a Corte nem cita o caso *Retired Judges* – pelo quê é difícil dizer que superou sua posição. O tema ainda não parece bem resolvido.

30. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650, para. 96-97: “It seems to me counterproductive for courts to parse and recharacterize aspects of a tribunal’s core jurisdiction, like the agency’s discretionary authority to make regulations and adjudicate complaints, in a way that undermines the deference that jurisdiction was conferred to protect. By attributing a jurisdiction-limiting label, such as ‘statutory interpretation’ or ‘human rights’, to what is in reality a function assigned and properly exercised under the enabling legislation, a tribunal’s expertise is made to defer to a court’s generalism rather than the other way around. (...). I do not share the view that the issue before the agency was, as a human rights matter, subject to review on a standard of correctness. This unduly narrows the characterization of what the agency was called upon to decide and disregards how inextricably interwoven the human rights and transportation issues are. Parliament gave the agency a specific mandate to determine how to render transportation systems more accessible for persons with disabilities. This undoubtedly has a human rights aspect. But that does not take the questions of how and when the agency exercises its human rights expertise outside the mandate conferred on it by Parliament”.

31. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650, para. 113.

32. Em pesquisa empírica realizada perante os tribunais inferiores canadenses em 2002 (antes, portanto, do caso *Canadian with Disabilities*), William Lahey e Diana Ginn concluíram que a desagregação era totalmente disseminada (“After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), 25 *Dal. L. J.* 259, 272: “We found that the courts used the pragmatic and functional framework, as required by *Pushpanathan*, to determine a standard of review for each question that was answered by the administrative decision-maker, rather than at the level of the decision as a whole. They seemed likewise to be generally aware of the possibility of different standards of review being appropriate for different components of one administrative decision”.

Outra leitura pode explicar as diferentes posições adotadas nos casos acima. Note-se que os elementos apontados pelas partes para pedir a desagregação de uma questão possuíam relevâncias distintas em cada um deles. Talvez a divergência jurisprudencial acima relatada possa ser interpretada como uma mensagem da Suprema Corte no sentido de que a desagregação será realizada quando os elementos da decisão administrativa sejam tão relevantes a ponto de justificá-la. Adotando este raciocínio, entende-se por que a desagregação foi realizada em *Toronto (City)*. Ali o elemento decisório preliminar consistia na compreensão, pela autoridade administrativa, de que ela poderia reavaliar condenação criminal transitada em julgado. Não apenas este juízo atinge uma importante questão constitucional, mas ele constitui também elemento essencial da própria decisão final do árbitro trabalhista. Já, em *Canadian with Disabilities*, embora a decisão da autoridade tenha um “elemento” de direitos humanos, este elemento preliminar não parece ser suficientemente “forte” ou “relevante”, diante da inteireza do conteúdo da decisão, para justificar a segregação.

Como no caso das *diferentes medidas de jurisdiicionalidade* a que se fez referência no caso americano, esta leitura da inconsistência jurisprudencial canadense joga luzes sobre uma circunstância: não apenas uma decisão administrativa possui elementos de diferentes naturezas, como a relevância específica de cada um destes elementos pode variar. A conclusão abre espaço para o próximo ponto: na medida em que se possa falar em “natureza de uma decisão administrativa”, isto demanda que se reflita a propósito da relevância de cada um de seus aspectos e se lhes atribuam diferentes pesos.

1.1.2 O juízo sobre a medida de relevância de um aspecto

Os exemplos acima chamam a atenção para a necessidade de uma ponderação relativa à *medida da relevância* de determinado aspecto. Como se viu no próprio caso *Council of Canadians with Disabilities*, a relevância do aspecto de peculiar sensibilidade jurídica em certa decisão administrativa nem sempre é suficiente para justificar que sobre ela incida controle ilimitado. Assim, quando se fala em uma “questão de natureza jurídica”, parece haver uma decisão implícita de *destacar* um aspecto da decisão, em função de sua relevância para a finalidade buscada na análise ou em função da intensidade com que se apresenta no caso concreto.

Esta necessidade de ponderar a relevância dos diferentes aspectos de uma decisão administrativa pode ser ilustrada por alguns exemplos. A seguir, inicia-se por considerações teóricas. Tomam-se as decisões preliminares à aplicação do direito antitruste – que, no capítulo anterior, foram

caracterizadas como possuindo natureza técnica – para demonstrar que elas envolvem também aspectos políticos e jurídicos (item 1.1.2.1). Depois será a vez de valer-se da jurisprudência francesa para citar exemplos práticos em que esta ponderação parece ter sido promovida, para destacar um dos aspectos da decisão como prevalecente (item 1.1.2.2).

1.1.2.1 Na teoria: ainda as decisões preliminares no direito antitruste

No Capítulo I, item 3, desta Primeira Parte, relativo às decisões administrativas tecnicamente complexas, fez-se referência a decisões preliminares que informam a aplicação do direito antitruste (item 3.2.1.1.1). Afirmou-se que as autoridades antitruste precisam efetuar algumas escolhas prévias a propósito do *grau de certeza e rigor* que aplicarão para identificar os efeitos de condutas empresariais no mercado, ou sua própria materialidade. Sustentou-se que a intervenção judicial – posterior e desinformada a propósito destas decisões – poderia interferir nestas escolhas e, assim, prejudicar a coerência (e eficiência) da política antitruste levada a efeito pela autoridade administrativa. Para evitar este problema, vinha sugerido que os tribunais operassem um controle meramente deferente sobre a aplicação do direito antitruste.

Procedentes como possam ser todas estas considerações, elas são, inegavelmente, *incompletas*. É que, para além destes aspectos técnicos ali destacados, estas decisões também possuem elementos jurídicos e políticos relevantes. E isto significa que, para fins de determinar o controle judicial sobre elas incidente, a atribuição de uma “natureza técnica” a estas decisões preliminares não constitui procedimento *neutro*, mas envolve considerável medida de arbitrariedade e subjetividade para *privilegiar* um aspecto da decisão sobre os demais.

1.1.2.1.1 Os efeitos anticompetitivos de uma conduta e os “erros de tipo 1 e 2” – Tome-se a decisão preliminar a propósito do grau de certeza dos efeitos anticompetitivos de algumas condutas ou operações empresariais. Como já se afirmou no capítulo anterior, a autoridade antitruste precisará, no desempenho de sua missão de protetora da competitividade dos mercados, decidir *qual tipo de erro* prefere cometer: se prefere pecar por excesso ou por insuficiência. No primeiro caso, condutas eficientes serão penalizadas; no segundo caso, condutas anticompetitivas deixarão de ser penalizadas. Na doutrina econômica costuma-se fazer referência ao “erro de tipo 1” (por excesso) e ao “erro de tipo 2” (por insuficiência). Trata-se de decisão inescapável: ela será tomada ainda que implicitamente, como mera

consequência do modo de atuar da autoridade antitruste. Ao que aqui é mais relevante, insta observar que esta decisão é, ao mesmo tempo, tecnicamente complexa e jurídica e politicamente sensível.

Ela é tecnicamente complexa porque envolve ponderações sobre quais doutrinas econômicas utilizar, sobre as necessidades regulatórias de um setor, sobre o estágio da concorrência efetiva etc. Assim, a opção por uma ou outra alternativa informará o modo de atuação de uma autoridade antitruste e consistirá em traço importante da sua política regulatória. A decisão é também, na linguagem do capítulo anterior, “política”, na medida em que veicula uma específica ponderação da autoridade administrativa para dar conta da multiplicidade de competências e funções que o legislador lhe confiou, num cenário de restrições orçamentárias – precisamente as circunstâncias que levaram os tribunais americanos e franceses a consagrar uma orientação judicial deferente em relação à inação administrativa. Naturalmente, a opção pelo cometimento de erros de tipo 1 implica menores gastos orçamentários, já que a aplicação da regra antitruste é feita de maneira menos rigorosa (mais “grosseira”, menos “acurada”) e, portanto, envolve custos menos relevantes.

Acontece que a decisão sobre os erros de tipo 1 e 2 envolve também relevantes e evidentes aspectos jurídicos. A opção pelos erros de tipo 1, por exemplo, apesar de importar a economia dos recursos escassos da autoridade reguladora, pode implicar também a violação dos direitos patrimoniais e de defesa das empresas e dos seus diretores eventualmente sancionados. Afinal, poderá ocorrer de suas condutas penalizadas não terem seu efeito anticompetitivo suficientemente comprovado. Assim, em alguns casos dar-se-ão penalizações não apenas *injustificadas*, como propriamente *injustas*. Aliás, a ocorrência destas hipóteses é, mesmo, *admitida*, e constitui *consequência necessária* da adoção de uma orientação em prol dos erros de tipo 1.

Dados estes múltiplos aspectos, é preciso decidir qual deles é mais relevante, para o fim de identificar a intensidade adequada do controle judicial. Um controle judicial não deferente sobre as avaliações técnicas relativas aos efeitos das condutas em questão tenderá a promover maior proteção dos direitos das empresas e diretores envolvidos. Por outro lado, pode resultar no comprometimento da eficiência da política regulatória, tanto por afetar decisões técnicas da autoridade antitruste a propósito da melhor maneira de regular os mercados como por interferir na ponderação da mesma autoridade relativa à utilização de seus recursos escassos para realizar suas funções públicas. A opção por um controle judicial deferente tem, naturalmente, o efeito contrário: se privilegia a eficiência da regulação antitruste, pode significar proteção insuficiente aos direitos patrimoniais e de defesa das empresas e diretores envolvidos.

1.1.2.1.2 *O limiar probatório nas condenações da autoridade antitruste* – Dilema semelhante informa a questão do limiar probatório também em matéria antitruste. A autoridade administrativa pode levar em conta meros *indícios* do cometimento de uma infração à ordem econômica, para fins de aplicação de uma penalidade? Quão grande deve ser a certeza da materialidade dos fatos, nesta hipótese? Naturalmente, uma exigência de “prova absoluta” seria totalmente respeitadora dos direitos das partes, mas geraria uma política antitruste bastante custosa e ineficiente. A tendência ao resultado oposto é a consequência da opção inversa.

A intensidade do controle judicial não se confunde com o limiar probatório (em Inglês fala-se em *standard of review* e *standard of proof*), mas o primeiro pode interferir no segundo. Em especial, um controle não deferente sobre as provas levantadas pela autoridade administrativa pode comprometer um eventual equilíbrio por ela buscado entre estas finalidades contrastantes (direito de defesa das empresas sancionadas e eficiência regulatória). Mas, fundamentalmente, a quem deve caber a decisão relativa ao limiar probatório?

1.1.2.2 Na prática: exemplos de ponderações na jurisprudência francesa

Para além destes exemplos teóricos desenvolvidos acima, o capítulo anterior está cheio de hipóteses em que as orientações genéricas adotadas para determinada situação cedem espaço a uma orientação divergente em circunstâncias específicas – circunstância que traz implícita uma ponderação concreta sobre a relevância dos distintos aspectos de uma decisão administrativa específica.

Assim, viu-se que o Direito Canadense faz incidir sobre os regulamentos administrativos um controle deferente, por compreender que neles se destaca o aspecto político.³³ Sucede que a deferência cede espaço a uma maior intervenção judicial *nos casos específicos* em que o regulamento envolva sensibilidade jurídica sobressalente, como violação a regras constitucionais ou à Carta canadense sobre direitos e liberdades³⁴ ou questões propriamente jurisdicionais.³⁵ Além disso, a regra da “oportunidade da perseguição”, que leva à indisponibilidade do controle judicial sobre as

33. V. nota de rodapé 75 do Capítulo I desta Primeira Parte.

34. V. *Beauchemin versus Blainville (Town)*, [2003] J.Q. no 10048, 231 D.L.R. (4th.) 706 (C.A.); *Canadian Civil Liberties Assn. versus Ontario (Minister of Education)*, [1990] O.J. N. 104, 71 O.R. (2d) 341 (C.A.).

35. *Enbridge and Union Gas versus Ontario Energy Board* (2005), 74 O.R. (3d) 147 (C.A.).

decisões de não promover sanções administrativas, não prevalece no caso de sanções no direito penal.³⁶ A vítima de um *delito penal* tem garantida a admissão do seu recurso contra a recusa de uma autoridade administrativa de levar o caso à autoridade judiciária competente, para dar início a eventual processo penal. É que, aqui também, a sensibilidade jurídica da questão prevalece sobre o argumento de respeito às considerações políticas da administração.

Mas o recurso à jurisprudência administrativa francesa oferece exemplos originais em que o modelo de controle judicial ao final aplicado revela uma ponderação entre diferentes elementos da decisão administrativa controlada. Encontram-se exemplos em que esta ponderação resultou na prevalência do aspecto jurídico (item 1.1.2.2.1), bem como na sua preterição (item 1.1.2.2.2).

1.1.2.2.1 A prevalência do aspecto jurídico – Uma situação bastante comum é aquela em que o *aspecto jurídico* de uma questão prevalece sobre seus elementos técnicos ou políticos, fazendo incidir um controle judicial não deferente.

Este raciocínio pareceu informar a opção do Conselho de Estado no caso *Société Scoot France*,³⁷ em que se aplicou controle judicial não deferente sobre uma decisão da autoridade reguladora do setor de telecomunicações a propósito da numerotação dos serviços de informação. A *France Télécom*, operadora histórica, ficara com o número tradicional (12), enquanto os demais operadores tinham a possibilidade de concorrer usando números mais longos e menos conhecidos, com quatro dígitos. Todos os operadores que aceitaram o desafio fracassaram. Um deles terminou contestando judicialmente a decisão regulatória, sob o argumento de violação da isonomia.

Tão técnica e complexa era a questão, que o Conselho de Estado requereu a complementação da instrução. Pediu que lhe fossem trazidos elementos de Direito Comparado (para conhecer as opções adotadas por outros Países europeus) e que lhe fossem explicadas as consequências da *eliminação* do número tradicional – uma das soluções regulatórias cogitadas e descartadas após críticas de associações de consumidores. Entretanto, quaisquer que fossem os elementos técnicos ou políticos da decisão da autoridade reguladora, ao menos no momento de decisão a propósito da intensidade do controle judicial, eles não se sobrepuseram à sensibilidade jurídica da questão. Para examinar a violação ao princípio constitucional

36. V. item 2.1.2.2.2 do capítulo anterior.

37. CE, 18.12.2002, *Société Scoot France*, Req. 249300.

da isonomia aplicou-se controle não deferente – e se terminou por anular a decisão administrativa.

Já, no caso *Hollande* o Conselho de Estado examinava decisão da autoridade reguladora do setor audiovisual (CSA).³⁸ A lei que rege a atividade desta autoridade atribui-lhe o poder de determinar as modalidades de aplicação do pluralismo político nas rádios e televisões francesas. Leis posteriores introduziram a obrigação de contagem do tempo de intervenção de personalidades políticas em emissões midiáticas, para garantir um equilíbrio entre as manifestações das correntes políticas diversas.

No ano de 2000 o CSA decidiu estabelecer novo sistema de cálculo destes tempos de intervenção. Optou por não contabilizar as intervenções do Presidente da República, por entender que ele não constituía uma figura partidária ou governamental, mas uma figura de Estado. Contestada judicialmente, esta decisão possuía conteúdo e consequências políticas bastante salientes. A despeito disso, o Conselho de Estado aplicou sobre ela um controle não deferente.

Em suas conclusões, a *Rapporteur Public* Catherine de Salins inicia por ressaltar que o pluralismo político constitui um objetivo de valor constitucional e uma liberdade fundamental. Ela admite que a lei conferiu a competência ao CSA para cuidar da exigência do pluralismo, mas não definiu as suas modalidades.³⁹ Mas esta ausência de indicações legislativas não a leva a sugerir deferência à opção do órgão regulador. Ao invés disso, ela passa a examinar diretamente a mesma questão enfrentada pelo CSA: as intervenções do Presidente da República nas mídias audiovisuais devem ser levadas em consideração para apreciar o respeito ao pluralismo? Sua conclusão é a de que o CSA cometeu um “erro de direito” ao entender que a não contabilização das intervenções presidenciais correspondia a uma decorrência

38. CE, 8.4.2009, *M. Hollande*, Req. 3111136.

39. Conclusões da Comissária de Governo Catherine de Salins no caso CE, 8.4.2009, *M. Hollande*, Req. 3111136: “Le législateur confie au CSA le soin de veiller à l’exigence de pluralisme mais sans en définir toutes les modalités. (...). Selon une dichotomie dégagée par les spécialistes des questions de communication audiovisuelle, l’exigence de pluralisme est envisagée sous deux angles: le pluralisme dit ‘externe’ qui réside dans la diversité des services de radio et de télévision ainsi que de leurs opérateurs et le pluralisme ‘interne’ qui se rapporte au contenu des programmes. La loi est assez précise sur le pluralisme externe, organisant des procédures d’autorisations d’exploitation de fréquences dont l’attribution est notamment fonction du respect du pluralisme et comportant des dispositions en matière de concentrations du capital de ces entreprises. En revanche, elle est presque totalement muette sur la portée du pluralisme interne. Elle n’indique pas en quoi consiste ce principe ni ne donne d’orientations au CSA pour assurer son respect”.

necessária do Estado de Direito – no seu entendimento, esta solução não era constitucionalmente impositiva.⁴⁰

A argumentação desenvolvida pela *Rapporteur Public* revela o afã de destacar os aspectos *jurídicos* da questão, como forma de legitimar a intervenção do Conselho de Estado. Leva-se mais seriamente em consideração a natureza política da questão apenas após sugerir a anulação da decisão do CSA. Então ela questiona se caberia ao Conselho de Estado propor *como* o tempo de intervenção do Presidente da República deveria ser contabilizado, e sugere que esta é uma questão que deve ser resolvida pelo CSA.⁴¹

1.1.2.2.2 A preterição do aspecto jurídico – Em outros casos a sensibilidade jurídica de uma decisão administrativa é claramente superada pelos seus aspectos técnicos ou políticos. Um excelente exemplo é o caso *Touzard*, a propósito do controle judicial de sanções disciplinares a funcionários públicos.⁴² O Comissário de Governo Terry Olson considera explicitamente a possibilidade de abandonar a orientação jurisprudencial (que indicava o modelo restrito⁴³), para adotar um controle não deferente e ampliar a proteção dos funcionários públicos. A hipótese é descartada para privilegiar os aspectos político-administrativos envolvidos no exercício de poder disciplinar.⁴⁴ Curiosamente, o Comissário de Governo ainda compara as sanções

40. Conclusões da Comissária de Governo Catherine de Salins no caso CE, 8.4.2009, *M. Hollande*, Req. 3111136: “En l’espèce, le CSA ne s’est pas borné à indiquer à MM. Hollande et Mathus que la modification du principe de référence n’était pas nécessaire pour garantir le respect du principe de pluralisme. Il a répondu de façon plus radicale que l’état du droit faisait obstacle à toute prise en compte du temps de parole du Président de la République et ne s’est pas écarté de cette position devant vous. Le caractère erroné de ce motif nous paraît faire obstacle à toute interprétation neutralisante du principe de référence et appeler une censure pour erreur de droit de la décision du 3.10.2007”.

41. Conclusões da Comissária de Governo Catherine de Salins no caso CE, 8.4.2009, *M. Hollande*, Req. 3111136: “Si vous nous suivez, vous ne pourrez pas achever l’examen de cette affaire sans vous demander s’il y a lieu d’indiquer comment il convient de prendre en compte les interventions du Président de la République, même si vous n’êtes pas saisi de conclusions à fin d’injonction. (...). Dans le silence de la loi et à moins que le législateur ne s’empare de cette question, c’est au CSA qu’il appartiendra de trancher cette délicate question. (...). Cependant, nous vous invitons en l’espèce à ne vous engager dans cette voie qu’avec la plus grande prudence”.

42. CE, fevereiro/2006, *Touzard*, Req. 271676.

43. CE, Sect., 9.6.1978, *Lebon*, Req. 05911.

44. Conclusões do Comissário de Governo Terry Olson no caso CE, fevereiro/2006, *Touzard*, Req. 271676: “Nous avons tenté de démontrer le réel particularisme de la matière disciplinaire dans la fonction publique. Si vous deviez à court

disciplinares com outras espécies de sanções (como aquelas de natureza penal), para sugerir que nestas últimas o aspecto jurídico é mais saliente, e justificaria solução diversa.

Também é ilustrativa a diversidade de soluções adotadas nas hipóteses em que a administração pública exerce seu poder de polícia. No caso *Librairie François Maspero*, o Comissário de Governo Braibant faz referência à existência de dois regimes judiciais distintos: o regime de liberdade e um regime de polícia.⁴⁵ O primeiro deles aplica-se a situações jurídicas subjetivas consideradas particularmente relevantes (os exemplos que ele cita são a liberdade de reunião e a de imprensa) – e que, portanto, são submetidas a uma proteção judicial reforçada, com a incidência do modelo de controle *normal*. O regime de polícia aplica-se aos casos em que prevalece o caráter político ou administrativo da decisão. Até este caso, esta situação caracterizava a *polícia de estrangeiros* (como a autorização de publicações estrangeiras), que não estava submetida a controle algum.

* * *

Os inúmeros exemplos acima demonstram sobejamente a dificuldade de identificar a natureza específica de uma decisão administrativa para o fim de identificar o controle judicial adequado para incidir sobre ela. A assertiva simples de que “a questões juridicamente sensíveis deve corresponder um controle judicial não deferente” é afetada por dois problemas: (i) de um lado, aspectos de sensibilidade jurídica caracterizam quase todas as questões

ou moyen terme envisager de passer à un entier contrôle en matière de choix des sanctions à l'égard par exemple de personnes exerçant une profession réglementée, une telle évolution ne serait selon nous en rien interdite ou contrariée par l'absence d'un entier contrôle sur le choix des sanctions prises contre le fonctionnaires. Les enjeux sont en effet très différents. Pour les professions réglementées il s'agit de faire respecter une liberté, celle du commerce et de l'industrie et on peut très bien concevoir que le juge exerce un contrôle entier sur le choix d'une mesure par laquelle l'administration s'introduit dans le champ d'une activité privée pour aller jusqu'à interdire à un professionnel de l'exercer et donc de vivre de son travail. Toute autre est la position statutaire et réglementaire du fonctionnaire, tenu au respect du principe d'obéissance hiérarchique quels que soient les droits qui lui sont reconnus. Si l'on osait une formule un peu familière, on pourrait dire qu'en sanctionnant un agent l'administration fait un peu le ménage chez elle, elle met de l'ordre dans ses rangs”.

45. Conclusões do Comissário de Governo Braibant no caso CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, Req. 82590: “Le statut juridique de l'exercice des libertés et des mesures de police se divise en deux grandes catégories: des régimes de liberté dans lesquels la liberté est la règle et l'interdiction l'exception, et des régimes de police, qui donnent au contraire à l'administration des pouvoirs d'interdiction larges et discrétionnaires. Votre contrôle s'exerce de manière différente dans les deux hypothèses”.

administrativas, ainda que de forma menos clara ou em grau menos intenso; (ii) e, de outro lado, uma mesma decisão administrativa pode ser caracterizada por diferentes aspectos, geradores de tendências distintas em relação à intensidade do controle judicial.

O primeiro problema tem a ver com disseminação da “juridicidade”. A dificuldade encontrada pelos tribunais canadenses e americanos para identificar a “natureza constitucional” ou “preliminar/jurisdicional” de distintas decisões administrativas devia-se ao fato de que aspectos constitucionais ou jurisdicionais caracterizam quase todas as questões administrativas, ainda que de forma menos clara ou em grau menos intenso.

Sobre o segundo problema, como o exemplo da “desagregação” das decisões administrativas no Canadá demonstrou, uma mesma decisão administrativa pode ser caracterizada por diversos aspectos. No mais, as tendências geradas por cada um deles no que concerne à intensidade do controle judicial podem ser conflitantes. Esta era precisamente a situação do caso *Council of Canadians with Disabilities*. A decisão levada ao controle dos tribunais continha um elemento de sensibilidade jurídica, na medida em que teria efeito sobre direitos humanos dos usuários do serviço. Entretanto, ao mesmo tempo a decisão era caracterizada por um aspecto técnico, correspondente à identificação de obstáculos para a acessibilidade a um meio de transporte. Enquanto o primeiro aspecto sugere que a questão seria presumivelmente mais bem solucionada pelos tribunais, o segundo sugere vantagens comparativas para a entidade administrativa especializada.

Nestas hipóteses estará aberto um espaço relevante (e adicional) de subjetividade para o agente público responsável pela decisão relativa à intensidade do controle judicial aplicável. Como a segunda parte deste item demonstrou, a atribuição de uma *específica natureza* a uma decisão administrativa frequentemente (ou sempre) envolverá um juízo bastante subjetivo a propósito de *qual de seus elementos* é mais relevante ou saliente. As decisões preliminares para a aplicação do direito antitruste, que no capítulo anterior foram classificadas como técnicas, tiveram, aqui, destacados também seus importantes aspectos políticos e jurídicos. Com recurso à jurisprudência francesa, viu-se que as circunstâncias do caso concreto podem levar ora ao destaque judicial do aspecto jurídico de uma decisão controlada, ora à sua preterição. Em resumo: dizer que uma decisão administrativa é juridicamente sensível é sustentar (argumentar) que sua juridicidade é *particularmente* relevante – ou *mais relevante* do que seus demais aspectos.

O ponto principal que este item procurou demonstrar é precisamente este: a identificação da “natureza” de uma decisão administrativa é um exercício subjetivo. Não há neutralidade neste procedimento. E, se é assim,

parecem comprometidas as funções preditiva e normativa das relações tendenciais apresentadas no capítulo anterior.

1.2 *Natureza de decisões ou atividades?*

O caso das interpretações legislativas

Há um problema adicional em utilizar a natureza de uma decisão administrativa como pressuposto de uma análise institucional comparativa. É que não fica muito claro sobre a natureza do *quê*, exatamente, se está falando. Numa primeira dúvida, estar-se-ia falando da *natureza do juízo* promovido pela administração ou da *natureza das suas consequências*? Ora, não será raro que questões alegadamente sensíveis do ponto de vista jurídico tenham consequências políticas importantes. Também não será infrequente que decisões supostamente técnicas causem consequências jurídicas relevantes. Nestes casos, como enquadrá-las?

Ademais, é possível perceber que a “natureza de uma decisão administrativa” dependerá de como ela seja classificada. Em especial, a natureza poderá variar em função da *especificidade* da classificação. Provavelmente o melhor exemplo desta circunstância é o da classificação das interpretações legislativas promovidas pela administração pública. Como foi visto no capítulo anterior, o Direito Francês adota a concepção de que a interpretação legislativa corresponde à atividade jurídica por excelência, constituindo o domínio mais típico de atuação dos tribunais. Deste modo, entende-se não haver razão para limitar o controle judicial incidente sobre elas quando promovidas pelas autoridades administrativas. Note-se, no entanto, que a orientação francesa leva em conta a natureza *de uma atividade* (a atividade de interpretar uma lei), e não a natureza de uma interpretação específica, num dado caso concreto. Isso significa que o Direito Francês promoveu uma classificação relativamente *genérica*. Seria, mesmo, conveniente atribuir a mesma racionalidade a *todas as interpretações legislativas*? Possuiriam todas elas natureza jurídica semelhante? Ou, ao contrário, seria possível que algumas interpretações legislativas envolvessem juízos mais técnicos ou políticos do que jurídicos?⁴⁶

46. A orientação francesa parece ressaltar a necessidade da expertise jurídica para a interpretação legislativa, mas é fácil compreender que algumas legislações poderão requerer de forma ainda mais relevante uma expertise técnica específica. Sobre o tema, v.: Wade MacLauchlan, “Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 363: “This bird’s-eye view of some theoretical thinking about interpretation leads to several observations. First, the notion that legislative, or any other, texts can be interpreted through a bare reading of the words to discover the author’s intention is

O relato das orientações das demais jurisdições estudadas a respeito do mesmo assunto serve a demonstrar as fragilidades da concepção francesa. Nos Estados Unidos e no Canadá, em especial, a interpretação das legislações administradas por autoridades administrativas é um domínio fértil da deferência judicial, embora possa dar lugar a uma maior intervenção judicial em função da natureza específica da questão interpretada (item 1.2.1). O histórico jurisprudencial recente da Itália, por outro lado, é extremamente curioso. Embora a partir de 2004 tenha adotado oficialmente uma orientação semelhante à francesa, esta solução só foi atingida depois de longa hesitação. Em dois momentos históricos anteriores a jurisprudência italiana aproximou-se dos paradigmas mais deferentes de Canadá e Estados Unidos (item 1.2.2).

1.2.1 *A atenção à natureza do específico termo legislativo interpretado*

No Canadá e nos Estados Unidos a circunstância de uma ação administrativa corresponder à interpretação de um termo legislativo ambíguo não importa necessariamente a incidência sobre ela de um controle judicial não deferente. Nestas duas jurisdições os tribunais atentam para a natureza específica da questão interpretada. Assim, embora a atitude geral seja deferente, há instâncias de maior intervenção judicial quando o termo envolvido se revista de peculiar sensibilidade jurídica.

1.2.1.1 *Canadá: os termos jurídicos “genéricos” e “específicos”*

O caso do Canadá é bastante ilustrativo. Nesta jurisdição as interpretações legislativas promovidas pela administração pública estão submetidas a um teste contextualizado e multifásico para definir a intensidade do controle judicial sobre elas incidente. Este teste, que será mais bem detalhado na Segunda Parte deste livro, era chamado de “análise pragmática e funcional” até 2008, quando passou a ser referido apenas como “análise do modelo de controle judicial”. Ele inclui a ponderação, pelo tribunal responsável pelo

fallacious. The interpretive exercise involves much more. Second, that ‘much more,’ in addition to a careful reading of the text itself, involves a sense of the history and tradition of the text and a fully informed assessment of the practical consequences of competing interpretations. A third observation, if not already apparent, is that the preferred interpreter will be the reader who is best situated to take account of these relevant factors, particularly those of tradition and practice. A fourth observation is that the preferred interpretive approach is similar to that adopted in the best Canadian examples of statutory interpretation, either by courts or by administrators. Conversely, the major criticism of what has been called the conventional style of legal interpretation is that it is not purposive and context-sensitive”.

caso concreto, de diversos aspectos relativos à decisão administrativa e à instituição que a adotou. No que é mais relevante para este capítulo, o mero fato de constituir uma “interpretação de lei” não gera necessariamente uma tendência à adoção de um controle não deferente no modelo de correção (*standard of correction*).

Na realidade, o exame da jurisprudência canadense demonstra uma distinção operada pelas Cortes entre as chamadas “questões jurídicas genéricas” e as “questões jurídicas específicas”. Tomadas de forma ampla, as interpretações legislativas podem enquadrar-se em qualquer uma das categorias. Enquanto as primeiras estão tendencialmente submetidas a um controle não deferente (item 1.2.1.1.1), as segundas tendem a ser submetidas a um controle deferente, de mera razoabilidade (item 1.2.1.1.2).

1.2.1.1.1 As questões jurídicas genéricas e o caso Bibeault – Assim, no caso *Bibeault*, a Comissão Escolar da região de Outaouais rescindira contrato que mantinha com duas empresas prestadoras de serviços de zeladoria cujos empregados haviam entrado em greve.⁴⁷ Após isto, a Comissão contratou uma nova empresa para prestar os mesmos serviços. A questão que se pôs é se estes fatos autorizavam a aplicação de dispositivo do Código de Trabalho segundo o qual a “alienação” ou a “alteração do operador” de empresa prestadora de serviço não invalida eventuais acordos coletivos firmados por ela. Caso este dispositivo fosse aplicável, o mesmo sindicato que representava os empregados das empresas contratadas originariamente continuaria representando os empregados da nova empresa contratada, sendo assegurada a continuidade do acordo coletivo e da greve. As empresas contratadas originariamente e a empresa sucessora não mantinham qualquer relação jurídica. A rigor, não houvera “alienação” ou “alteração do operador” das empresas contratadas originalmente. Apenas o contrato com elas havia sido rescindido. Apesar disso, a autoridade administrativa responsável pela aplicação administrativa do Código de Trabalho (o *Labour Commissioner*, de nome *Réal Bibeault*) acatou a argumentação do sindicato de que o dispositivo legislativo seria aplicável, transferindo as obrigações e os direitos das empresas contratadas originalmente para a empresa sucessora.

Esta decisão administrativa foi reformada pelos tribunais inferiores. Em recurso, o julgamento foi mantido pela Suprema Corte canadense, que entendeu que a autoridade administrativa *errara* na interpretação do dispositivo do Código do Trabalho. Fundamental para a aplicação de um controle judicial no modelo não deferente de “correção” foi o entendimento de que os

47. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048.

específicos termos interpretados não se enquadravam na expertise da autoridade administrativa, constituindo termos jurídicos genéricos, normalmente utilizados no direito civil.⁴⁸ Precisamente por se tratar de interpretação de “termos jurídicos genéricos”, não haveria razão para deferência judicial: os tribunais deveriam ter a última palavra.⁴⁹ A propósito, a Suprema Corte chegou a repreender a autoridade administrativa pela interpretação *incomum* dos termos “alienação” e “operação por outrem”, empregando sentido distante dos significados que estes termos possuem no direito civil.⁵⁰

1.2.1.1.2 As questões jurídicas específicas e o caso Pezim – A decisão da Suprema Corte no caso *Bibeault* pode ser contrastada com a orientação adotada no caso *Pezim*. Tratava-se de controle judicial de decisão tomada por autoridade reguladora do mercado financeiro, a *British Columbia Securities Commission*. A autoridade condenara diretores de uma empresa de capital aberto por violação a deveres regulatórios de divulgação de informações relevantes. A questão específica que se punha era se informações adquiridas pela diretoria que poderiam influenciar o valor das ações (notadamente no que concernia a atividades bem-sucedidas de extração mineral) constituiriam, nos termos da legislação relevante, “mudança material” (*material change*) que implicaria a necessidade de sua divulgação. A condenação administrativa foi anulada por tribunais inferiores, mas restabelecida pela Suprema Corte canadense.

48. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 138-139: “There is another reason why I believe that interpretation of the requirements mentioned in s. 45 is not within the commissioner’s jurisdiction. The decisions of this Court clearly indicate that jurisdictional questions are to be identified by their nature, which is not ordinarily within the expertise of an administrative tribunal. (...). As I shall explain below, the concepts of alienation and operation by another are civil law concepts that require no special expertise on the part of an administrative tribunal. They are concepts which do not call on the labour commissioner’s expertise, as would a decision respecting the representative nature of a petitioning association (s. 32 of the Code) or the description of the appropriate bargaining unit (s. 34 of the Code)”.

49. V. também *Canada (Deputy Minister of National Revenue/M. N. R.) versus Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 SCR 100; e *Gould versus Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 SCR 571. Neste último caso lê-se o seguinte: “I note that we are here once again involved in an issue of statutory interpretation and general legal reasoning (...). On the basis of the foregoing, it is quite clear that the question of what constitutes ‘services to the public’ for the purposes of s. 8(a) of the Yukon Act is a general question of law, one which an appellate court must review on the basis of correctness”.

50. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 180.

Em sua decisão a Suprema Corte repreendeu os tribunais inferiores por terem aplicado o modelo de controle não deferente de “correção” sem examinar as peculiaridades do caso concreto. Aplicando uma versão ainda não totalmente formalizada do teste pragmático e funcional, a Suprema Corte destacou a missão regulatória cumprida pela autoridade controlada, que consistia em proteger o investidor, garantir a eficiência econômica e assegurar que o sistema fosse confiável. Tão importante e complexa tarefa tinha sido atribuída a uma autoridade especializada.⁵¹ Para as questões de interpretação legislativa que se enquadrassem no centro da expertise desta autoridade a deferência judicial seria, portanto, devida: a última palavra nestas questões deveria caber à autoridade administrativa, salvo nos casos de interpretação irrazoável. Assim se dava precisamente em relação à determinação das informações que devem ser divulgadas e à interpretação da expressão legislativa ambígua “mudança material” no contexto da regulação financeira.⁵² A Suprema Corte aplicou, então, o modelo de controle de razoabilidade (*reasonableness*), restabelecendo a condenação administrativa, considerada razoável.⁵³

1.2.1.1.3 Reflexões sobre o caso canadense – O confronto destas duas decisões exemplificativas da Suprema Corte demonstra que no direito

51. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 62-63: “It is important to note from the outset that the Securities Act is regulatory in nature. In fact, it is part of a much larger framework which regulates the securities industry throughout Canada. Its primary goal is the protection of the investor but other goals include capital market efficiency and ensuring public confidence in the system. (...). Having regard to this rather elaborate framework, it is not surprising that securities regulation is a highly specialized activity which requires specific knowledge and expertise in what have become complex and essential capital and financial markets”.

52. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 82-83 e 88: “Both ‘material change’ and ‘material fact’ are defined in s. 1 of the Act. They are defined in terms of the significance of their impact on the market price or value of the securities of an issuer. The definition of ‘material fact’ is broader than that of ‘material change’; it encompasses any fact that can ‘reasonably be expected to significantly affect’ the market price or value of the securities of an issuer, and not only changes ‘in the business, operations, assets or ownership of the issuer’ that would reasonably be expected to have such an effect (...). In summary, having regard to the nature of the securities industry, the Commission’s specialization of duties and policy development role as well as the nature of the problem before the court, considerable deference is warranted in the present case notwithstanding the fact that there is a statutory right of appeal and there is no privative clause”.

53. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 97.

administrativo canadense a interpretação legislativa não é, em si, uma atividade que deve ser necessariamente reservada aos tribunais. A intensidade do controle judicial que recairá sobre as interpretações promovidas pela administração depende da natureza do termo interpretado, à luz da competência institucional da autoridade administrativa em questão.⁵⁴ Para questões jurídicas genéricas, nas quais os tribunais detêm larga expertise, cabe a eles a última palavra, pelo quê incide um controle judicial não deferente.⁵⁵ Esta é a situação prevalecente no caso de interpretações relativas a direito dos estrangeiros⁵⁶ ou direitos humanos,⁵⁷ por exemplo. Ao contrário, no caso de questões mais específicas, que se insiram no âmbito da competência e da experiência da autoridade administrativa, os tribunais canadenses tenderão a deferir para sua interpretação. Assim se dá, via de regra, no caso de interpretação de termos relativos à regulação econômica.⁵⁸

54. Ainda mais contrastante com a orientação francesa (e de modo a demonstrar a sua não obviedade) é a posição de alguns autores canadenses, para os quais a deferência judicial deveria prevalecer *mesmo em casos de questões jurídicas genéricas*, como aquelas envolvendo direito constitucional e direitos humanos. Assim, v.: David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 304; Claire L’Heureux-Dubé, “The ‘ebb’ and ‘flow’ of administrative law on the ‘general questions of law’”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997. Por sua vez, Wade MacLauchlan sugere que deveria haver uma *presunção de prevalência* da interpretação promovida pela autoridade administrativa (cf. o seu “Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?”, cit., 36 *U. T. L. J.* 343).

55. Ainda antes do estabelecimento da orientação jurisprudencial canadense, Wade MacLauchlan sugeria o afastamento da deferência judicial nos casos de interpretação de “legislações genéricas” ou do próprio *Canadian Charter of Rights and Freedom* (“Judicial review of administrative interpretations of Law: how much formalism can we reasonably bear?”, cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 381).

56. Em pesquisa empírica relativa à jurisprudência de tribunais inferiores no Canadá, William Lahey e Diana Ginn examinaram as taxas de reversão das decisões administrativas de acordo com a matéria nelas tratada. A conclusão foi que ela é significativamente mais elevada em casos envolvendo direitos individuais particularmente sensíveis, como o direito dos estrangeiros (“After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal”, cit., 25 *Dal. L. J.* 259, 326).

57. Sobre o tema, v., especialmente, Claire L’Heureux-Dubé, “The ‘ebb’ and ‘flow’ of administrative law on the ‘general questions of law’”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, 1997.

58. Citando Harry Arthurs, Brian Langille revela o raciocínio subjacente a esta opção: “There is no reason to believe that the judge who reads a particular regulatory statute once in his life, perhaps in worst-case circumstances, can read it with greater fidelity to legislative purpose than an administrator who is sworn to uphold that purpose, who strives to do so daily, and is well-aware of the effect upon the purpose

1.2.1.2 EUA: a doutrina *Chevron* e as suas exceções

Nos Estados Unidos a situação é um pouco menos clara. Havia até pouco tempo uma percepção generalizada de que o precedente deferencial de *Chevron* seria dominante nos casos de interpretação legislativa. Mais recentemente, uma decisão da Suprema Corte (*Mead*, em 2001) e alguns estudos demonstraram que outros regimes deferenciais podem incidir ao lado – e, às vezes, independentemente – da regra de *Chevron*. Seja como for, tanto *Chevron* como as demais doutrinas deferenciais cedem espaço para uma maior intervenção judicial nos casos em que o termo legislativo interpretado tenha implicações jurídicas particularmente significativas.

1.2.1.2.1 A célebre decisão de *Chevron* e sua orientação deferencial –

Os Estados Unidos possuem longa tradição de deferência judicial a interpretações promovidas pelas autoridades administrativas da legislação sob sua responsabilidade. Antes de 1984 já era comum que os tribunais deferissem para interpretações legislativas promovidas por autoridades administrativas especializadas.⁵⁹ Esta orientação, no entanto, não era totalmente consistente. Ao lado de decisões judiciais em que a interpretação administrativa era mantida desde que meramente “razoável” ou “permissível”, havia diversos casos em que os tribunais se afirmavam “as autoridades finais no domínio da interpretação legislativa” e substituíam as interpretações administrativas pelas suas, quando elas não fossem coincidentes.⁶⁰ Faltava uma afirmação de princípio clara, que fosse percebida como um precedente claro a ser se-

of the various alternative interpretations” (Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), 17 *R. G. D.* 169).

59. V., por exemplo, *Ford Motor Co. versus NLRB*, 441 U.S. 488 (1979), em que a Suprema Corte afirma que quando uma “construction of the statute is reasonably defensible, it should not be rejected merely because the courts prefer another view of the statute”. Assim também: *Ford Motor Credit Co. versus Milhollin*, 44 U.S. 555, 565 (1980).

60. No sentido do texto, v.: Kenneth W. Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, 3 *Yale J. on Reg.* 283, 292 (1985-1986). V., por exemplo, *FEC versus Democratic Senatorial Campaign Comm.*, 454 U.S. 27, 32 (1981), em que a Suprema Corte afirmou que as “courts are the final authorities on issues of statutory construction. They must reject administrative constructions of a statute (...) that are inconsistent with the statutory language or that frustrate the policy that Congress sought to implement”. No mesmo sentido, cf.: *Alcoa versus Central Lincoln People's Util. Dist.* 467 U.S. 380, 402 n. 3 (1984); *NLRB versus Insurance Agents*, 361 U.S. 477, 499 (1960); *NLRB versus Highland Park Mfg. Co.*, 341 U.S. 322 (1951); *North-east Marine Terminal Co. versus Caputo*, 432 U.S. 249 (1977). Alguns casos defendem explicitamente a possibilidade de substituição judicial do juízo administrativo em questões que envolvem o sentido de um termo legislativo.

guido. Esta ausência foi sanada com a célebre decisão da Suprema Corte no caso *Chevron*, em 1984.⁶¹

61. A referência é a *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), caso em que a Suprema Corte americana defendeu longamente a autorrestrrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas de ambiguidades na legislação por elas administrada. *Chevron* é o caso mais citado da história do direito público americano. Até dezembro/2005 havia sido mencionado cerca de 8.000 vezes nas cortes federais. A marca era muito superior àquela atingida por outros casos importantes, tais como *Brown versus Board of Education* (1.829 vezes), *Roe versus Wade* (1.801 vezes) e *Marbury versus Madison* (1.559 vezes). Era, mesmo, superior à marca destas três decisões tomadas em conjunto (de acordo com Stephen Breyer *et alli*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, 6ª ed., Aspen, 2006, p. 247). Jerry Mashaw sugere, ironicamente, que se deveria demandar à Suprema Corte um estudo de impacto ambiental, dado o número de árvores que tiveram que ser derrubadas para dar conta da volumosa literatura referente a este caso – relativo a uma decisão de uma agência de proteção ambiental (v. “Improving the environment of agency rulemaking: an essay on management, games, and accountability”, 57 *Law & Contemp. Probs.* 185, 229 n. 116 (1994)). Curiosamente, estudos revelam que os membros da Suprema Corte, incluindo aí o Ministro-Relator John Paul Stevens, não imaginavam que o caso teria repercussão particular: pensavam tratar-se de um caso ordinário (v.: Thomas Merrill, “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, New York, Thomson/West, 2006; Robert V. Percival, “Environmental law in the Supreme Court: highlights from the Marshall papers”, 23 *Envtl. L. Rep.* 10606, 10613 (1993)). Nas petições as partes não requisitaram nenhuma mudança jurisprudencial brusca ou a reconsideração de nenhuma questão básica de direito administrativo. Nas discussões internas da Corte não há nada que sugira que o caso seria visto como veículo para uma decisão particularmente importante para o direito administrativo. No artigo citado acima, Thomas Merrill relata ter ouvido do próprio Ministro-Relator John Paul Stevens, em diferentes oportunidades, que ele não pensava estar resolvendo um caso emblemático enquanto redigia a decisão da Suprema Corte. O próprio Merrill examina algumas hipóteses sobre as razões do sucesso inesperado de *Chevron*: (i) seu encampamento e agressiva promoção pelos advogados públicos (responsáveis pelas defesas das interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas e contestadas judicialmente); (ii) seu acolhimento com fervor pelos magistrados apontados pelo governo de Ronald Reagan ao *DC Circuit*; (iii) a migração de juízes do *DC Circuit* (como o hoje Ministro Antonin Scalia) – onde *Chevron* teve forte impacto – para a Suprema Corte. Uma hipótese não cogitada por Merrill, mas que pode ter relevância, é a relativa simplicidade de *Chevron*, que estabelece um teste bifásico facilmente compreensível. Em interessantíssimo estudo empírico, William Eskridge Jr. e Lauren Baer questionam a importância prática de *Chevron* e a percepção de que esta decisão seria um marco do direito administrativo americano (“The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083 (2008), p. 1144). Os autores consultaram todas as 1.014 decisões da Suprema Corte americana entre 1984 (ano da decisão do caso *Chevron*) e 2005 que envolviam controle judicial de

O caso tratava de interpretação conferida pela agência de proteção ambiental americana (*Environmental Protection Agency/EPA*) para a expressão “fontes fixas” (*stationary source*), constante de uma das emendas do *Clean Air Act* de 1977. Estas emendas impunham obrigações para os Estados que não houvessem atingido os níveis de qualidade do ar estabelecidos pela EPA. Nestes casos, eles deveriam estabelecer um programa de licenciamento que regulasse todas as “fontes fixas” de poluição do ar novas ou modificadas. As condições para concessão das licenças nestes casos eram bastante restritas. Em 1981 a EPA emitiu regulação para implementar a concessão das licenças, permitindo que os Estados adotassem uma definição da expressão “fontes fixas” que levasse em consideração a integralidade de uma planta industrial. Assim, uma indústria que contivesse diversos aparelhos poluentes poderia instalar ou modificar uma peça de equipamento sem violar as condições para a concessão da licença, desde que estas medidas não produzissem um aumento no total de emissões da planta industrial. Este raciocínio permitia que todos os aparelhos poluentes dentro de uma mesma planta industrial fossem considerados como uma única fonte poluidora,

interpretação legislativa promovida por uma autoridade administrativa. Chegaram à conclusão de que o regime de *Chevron* só era mencionado em 8,3% delas. Em outros casos a Suprema Corte fazia referência a outros regimes deferenciais, como *Skidmore* e *Seminole Rock*. Ainda mais surpreendentemente, na maioria dos casos (53,6%) nenhum regime deferencial era mencionado – embora houvesse, mesmo nestas hipóteses, uma propensão a deferir para a interpretação da autoridade administrativa. O estudo de Eskridge e Baer tem merecido muita atenção e reverência na doutrina americana. Como os próprios autores reconhecem (v. pp. 1121-1122), no entanto, o fato de que ele tenha sido baseado exclusivamente em decisões da Suprema Corte americana desautoriza conclusões mais amplas a propósito da real importância prática de *Chevron*. É natural que a Suprema Corte se sinta menos compelida a citar e seguir seus próprios precedentes, na medida em que possui autoridade para superá-los. Nos tribunais inferiores a influência de *Chevron* parece menos contestável. No mais, o fato de que a Suprema Corte pode escolher seus casos e uma eventual (e bastante razoável) opção dos litigantes de não recorrer de decisões dos tribunais inferiores (ou, mesmo, não contestar interpretações legislativas), por acreditarem que elas seriam mantidas em função do precedente de *Chevron* (isto é, um efeito dissuasório e pré-judicial de *Chevron*) sugerem alguma parcimônia no que concerne às conclusões a serem tiradas a partir dos resultados deste estudo. Outras pesquisas empíricas anteriores (de alcance mais reduzido no aspecto temporal) haviam demonstrado o aumento no percentual de vitórias das autoridades administrativas (manutenção de suas decisões) nos anos que se seguiram a *Chevron*, nos tribunais inferiores. V., por exemplo: Orin S. Kerr, “Shedding light on Chevron: an empirical study on the Chevron doctrine in the U.S. court of appeals”, 15 *Yale J. on Reg.* 1 (1998); e Peter H. Schuck e Donald Elliott, “To the Chevron station: an empirical study of federal administrative law”, 1990 *Duke L. J.* 984, 1026 (1991). Este último estudo reporta um aumento na taxa de confirmação de 71% para 81%, antes e depois de *Chevron*.

como se ela fosse uma bolha (eis aí o chamado *bubble concept of stationary source*).

Após contestação judicial, a Corte de Apelação anulou a regulação da EPA, por entendê-la contrária ao propósito da legislação relevante, de melhorar a qualidade do ar. O caso chegou à Suprema Corte, que entendeu diversamente. Observando que a legislação em questão veiculava finalidades complexas e contraditórias, de modo que a melhoria das condições ambientais deveria ser realizada sem atrapancar o progresso econômico, considerou o “conceito bolha” da expressão “fontes fixas”, proposto pela EPA, como um razoável compromisso entre estas indicações legislativas conflitantes.⁶² A Suprema Corte inclusive explicou a racionalidade econômica do conceito regulatório: permitir maior flexibilidade para a indústria, para que o controle da poluição se desse de forma mais rápida e barata.⁶³

Fundamentalmente, a Suprema Corte firma o entendimento de que o poder concedido a uma agência para administrar uma legislação necessariamente requer a formulação de políticas públicas e a elaboração de regras para preencher as lacunas deixadas, intencionalmente ou não, pelo Congresso.⁶⁴ A propósito, estabelece um importante teste bifásico que passou a guiar a determinação da intensidade do controle sobre interpretações legislativas das autoridades administrativas. De acordo com este teste, os tribunais deveriam, num primeiro passo, identificar se a legislação oferecia uma resposta clara à questão específica trazida a juízo e objeto da interpretação administrativa. Se o legislador tivesse provido esta resposta clara, então, o caso estaria resolvido: bastaria aos tribunais aplicar esta solução, porque ela seria a única solução cabível no caso concreto. Se a decisão administrativa sob controle houvesse adotado esta solução, ela seria *correta*, e deveria ser mantida; caso contrário a decisão administrativa deveria ser anulada.

62. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 866 (1984): “In these cases the administrator’s interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests and is entitled to deference: the regulatory scheme is technical and complex, the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion, and the decision involves reconciling conflicting policies. Congress intended to accommodate both interests, but did not do so itself on the level of specificity presented by these cases. (...) We hold that the EPA’s definition of the term ‘source’ is a permissible construction of the statute which seeks to accommodate progress in reducing air pollution with economic growth”.

63. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 863 (1984). Para aprofundamentos sobre a racionalidade econômica do “conceito bolha”, v. Thomas Merrill, “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, cit., in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, 2006.

64. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-844 (1984).

O segundo passo do teste de *Chevron* tem lugar precisamente nos casos em que o legislador *não resolveu claramente* a específica questão trazida a juízo. Dito de outro modo: deve o juiz do caso concreto passar ao segundo passo do teste *Chevron* na hipótese em que a legislação for *ambígua* sobre determinada questão. Nestas hipóteses não cabe aos tribunais interpretar diretamente a ambiguidade legislativa, adotando a solução que lhes parecer mais adequada. Ao invés disto, devem apenas julgar se a solução adotada pela autoridade administrativa é *permissível (razoável)*.⁶⁵

Em resumo, parecia possível afirmar que a ambiguidade legislativa *geraria* a deferência judicial – a aplicação de um controle judicial limitado, que implicaria a anulação da decisão administrativa apenas nos casos extremos em que a solução adotada pela administração pública fosse *impermissível (irrazoável)*. A partir do caso *Chevron* a tarefa de resolver a ambiguidade legislativa e a conciliação de interesses conflitantes estaria atribuída à administração, em função de suas vantagens institucionais comparativas,⁶⁶ como maior legitimidade democrática e maior expertise nas questões perti-

65. A doutrina *Chevron* é objeto de literatura extremamente prolixa. Naturalmente, alguns autores saudaram a opção deferencial. V., por exemplo: Richard Pierce Jr., “The role of constitutional and political theory in administrative law”, 64 *Tex. L. Rev.* 469, 486-488 (1985); Peter Strauss, “One hundred and fifty cases per year: some implications of the Supreme Court’s limited resources for judicial review of agency action”, 87 *Colum. L. Rev.* 1093, 1117-1129 (1987); Colin Diver, “Statutory interpretation in the administrative State”, 133 *U. Pa. L. Rev.* 549, 592-599 (1985). Outros se postaram em tom crítico: Clark Byse, “Judicial review of administrative interpretation of statutes: an analysis of *Chevron*’s Step Two”, 2 *Admin. L. J.* 255, 260-261 (1988); Cynthia Farina, “Statutory interpretation and the balance of power in the administrative State”, 89 *Colum. L. Rev.* 452, 475-478 (1989); Cass Sunstein, “Interpreting statutes in the regulatory State”, 103 *Harv. L. Rev.* 405, 444-446 (1989). Os críticos a *Chevron* costumam afirmar que a doutrina contrariaria o *Administrative Procedure Act*, segundo o qual: “To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, and interpret constitutional and statutory provisions” (5 USC § 706 – *Scope of Review*). *Chevron* seria também incompatível com a célebre decisão anterior da Suprema Corte em *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137, 177-178, em que se afirmou que é “*emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*”. Para Keith Werhan a doutrina *Chevron* veicularia, ainda, uma violação à separação dos Poderes e comprometeria o Estado de Direito (“The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, 621 (1992). Thomas Merrill observou que a doutrina põe ênfase no controle político operado pelo Presidente, mas este controle é mais genérico, sobre grandes questões e orientações – as pequenas violações individuais poderiam ficar sem amparo suficiente (“Judicial deference to Executive precedent”, 101 *Yale L. J.* 969, 996-997 (1992)).

66. Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2076.

nentes. Neste sentido, a Suprema Corte afirma expressamente que “os juízes não são *experts* nesta área, [*de regulação ambiental*] e não fazem parte de nenhum poder político do governo [*Legislativo e Executivo*]”.⁶⁷

Mais do que a complexidade técnica, no entanto, a doutrina *Chevron* enfatiza a natureza *política* das decisões administrativas que envolvem interpretações de legislações ambíguas deixadas sob o cuidado de uma autoridade especializada.⁶⁸ Neste sentido, a ambiguidade é considerada índice de uma delegação implícita do Congresso para a promoção de políticas públicas.⁶⁹ Nas palavras de Michael Herz, a deferência é devida não porque

67. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984): “Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices – resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”. A Suprema Corte rejeita, ainda, os argumentos das partes no sentido de que o “conceito bolha” de fontes fixas fosse uma má-política. Afirmar a Corte que estes argumentos deveriam ter sido direcionados unicamente aos legisladores e aos administradores, e não aos juízes: “The arguments over policy that are advanced in the parties’ briefs create the impression that respondents are now waging in a judicial forum a specific policy battle which they ultimately lost in the agency and in the 32 jurisdictions opting for the ‘bubble concept’, but one which was never waged in the Congress. Such policy arguments are more properly addressed to legislators or administrators, not to judges” (*Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 865 (1984)).

68. A própria interpretação de *Chevron* (com o “conceito bolha” de fontes fixas) veiculava uma importante atitude política: reduzir o ônus regulatório incidente sobre as empresas. A opção era consistente com a ideologia de uma nova administração federal (governo de Ronald Reagan), e é frequentemente interpretada como produto seu. Assim: Kenneth W. Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, cit., 3 *Yale J. on Reg.* 283, 286; e Thomas Merrill, “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, cit., in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, p. 410: “Six months later, Ronald Reagan, who had campaigned on a platform of reducing regulatory burdens, was sworn in as the new President. Shortly thereafter, EPA announced that it had decided to rec. insider issues related to the definition of ‘source’ under the nonattainment and PSD new source review programs, as part of ‘a Government-wide reexamination of regulatory burdens and complexities that is now in progress’”.

69. Neste sentido: Thomas Merrill, “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, cit., in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, p. 401;

se entende que a agência tenha uma compreensão superior da legislação, mas porque *não há nada para ser compreendido*.⁷⁰ Desautoriza-se, assim, a atitude frequente das cortes de anular interpretações administrativas de ambiguidades legislativas por uma suposta “violação ao propósito da lei”. A decisão da Suprema Corte reconhece que, porque a legislação normalmente representa uma acomodação entre duas ou mais finalidades públicas divergentes, discernir um propósito único é tarefa artificial e irreal.⁷¹ Nos casos em que não houver uma resposta legislativa explícita a uma questão, mais do que *interpretar*, a agência administrativa estará *criando* o Direito.⁷² Cabe a ela promover a conciliação de interesses conflitantes resultante da

Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567; Douglas W. Kmiec, “Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine”, 2 *Admin. L. J.* 269, 277 (1988); Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/479, Ano II, 2000. V. também o seguinte trecho de *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-844 (1984): “If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency”.

70. Michael Herz, “Deference running riot: separating interpretation and law-making under Chevron”, cit., 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187, 194. Para Keith Werhan, *Chevron* estabeleceria que é a clareza da lei – e não a mera existência da lei – que separa o Direito da política pública (“The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 609-612). Neste mesmo sentido, v. Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/480: “In questa impostazione il ‘Diritto’ coincide con la presenza di norme dettagliate ed univoche e la funzione del giudice si arresta nel verificare il rispetto di norme di questo tipo. Appartiene invece all’ambito delle scelte politiche la decisione di tutti i casi che il legislatore non ha espressamente previsto: qui cessa la competenza del giudice, ed inizia quella delle autorità indipendenti”.

71. Kenneth W. Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, cit., 3 *Yale J. on Reg.* 283, 294.

72. Michael Herz, “Deference running riot: separating interpretation and law-making under Chevron”, cit., 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187, 196: “In contrast, the second justification – agencies’ superior accountability and political legitimacy – is not so much about ‘interpretation’ as it is about law-making. The agency is in a particularly good position to determine not what rule Congress prescribed but which rule is best”.

ambiguidade legislativa.⁷³ E esta atividade, eminentemente política, deve ser atribuída à instituição pública com maiores credenciais democráticas.⁷⁴

1.2.1.2.2 O caso Mead e a “Fase Zero” do teste de Chevron – Os termos da decisão de *Chevron* e principalmente do seu teste bifásico pareciam sugerir que seu regime deferencial dominaria todo o âmbito das interpretações legislativas. Afinal, duas apenas eram as situações possíveis: ou bem a legislação era clara sobre a questão trazida a juízo (e, então, seria o caso de aplicar esta solução evidente), ou bem havia alguma ambiguidade legislativa geradora do controle de razoabilidade sobre a interpretação da autoridade administrativa.

Aos poucos, no entanto, este entendimento foi sendo recusado pela Suprema Corte. O passo crucial foi dado no caso *Mead*, em 2001, sobre o qual se falará de forma detida mais adiante.⁷⁵ Por enquanto é suficiente afirmar que a decisão do caso *Mead* qualificou o teste de *Chevron*, nele inserindo uma “Fase Zero” (*Step Zero*). O regime de *Chevron* e seu teste bifásico só seriam aplicáveis nos casos em que se pudesse identificar uma *delegação legislativa à administração de poderes de produção de normas com força de lei* (*law-making power*). Além disso, *Mead* foi relevante por esclarecer que *Chevron* não eliminara outros regimes deferenciais, em especial o regime de *Skidmore*, segundo o qual, mesmo quando não aplicável o teste de *Chevron*, os tribunais deveriam dar à interpretação administrativa um peso na medida de sua persuasão.

Mead não altera, no entanto, o essencial para este capítulo: a interpretação legislativa segue não sendo considerada nos Estados Unidos campo próprio dos tribunais e âmbito inequívoco de controle judicial não deferente.

73. A ideia de que a ambiguidade legislativa leva à ponderação de interesses públicos conflitantes é marcante em *Chevron* – e na interpretação que se faz desta decisão. Douglas W. Kmiec elogia a opção da Suprema Corte com o seguinte argumento: se a legislação é um processo de balancear interesses conflitantes, naturalmente este balanceamento seguirá sendo necessário no caso de a legislação ser ambígua a propósito de algum ponto (“Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine”, cit., 2 *Admin. L. J.* 269). V., ainda: Kenneth W. Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, cit., 3 *Yale J. on Reg.* 283, 294; Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 617.

74. Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 979 (1992): “Given the rhetoric of Justice Stevens’ opinion, the most apparent objective of this series of presumptions was to maximize the role of democratically accountable institutions in the process of legal interpretation and to restrict the discretion of unelected courts”.

75. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001).

Nas circunstâncias específicas estabelecidas no teste de *Mead*, os tribunais deverão seguir aplicando um controle meramente limitado sobre as interpretações legislativas da administração, nos moldes de *Chevron*. Além disso, mesmo fora destas circunstâncias específicas, outros regimes deferenciais podem ser aplicados.

1.2.1.2.3 Questões juridicamente sensíveis e a maior intervenção judicial – De todo modo, a orientação genérica deferencial⁷⁶ cede espaço a uma maior intervenção judicial em casos de maior sensibilidade jurídica. Assim sucede, por exemplo, quando a legislação interpretada possui natureza criminal. A deferência estabelecida em *Chevron* está relacionada a legislações de natureza regulatória. Por isso mesmo, os tribunais não têm concedido deferência às interpretações legislativas do Departamento de Justiça, por exemplo. A ideia detrás deste posicionamento é a de que os tribunais são os administradores adequados para as leis penais.⁷⁷ Nas instâncias relativas ao direito penal vige a regra da indulgência (*rule of lenity*), que comanda uma interpretação favorável ao réu em casos de ambiguidades legislativas.⁷⁸ Esta orientação termina veiculando uma atitude *não deferencial* dos tribunais em relação às interpretações de ambiguidades promovidas pelas autoridades públicas responsáveis por trazer os casos criminais a juízo.

A atitude não deferencial em função da maior sensibilidade jurídica também pode resultar da aplicação de um cânone de interpretação segundo o qual devem ser evitadas leituras que causem problemas constitucionais

76. Sob a doutrina *Chevron* a deferência é a regra, e o controle judicial não deferente é uma exceção. Assim também Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 977: “The Court’s new framework inverted the traditional default rule. In the pre-*Chevron* period, deference to Executive interpretations required special justification; independent judgment was the default rule. Under *Chevron*, the court must initially establish whether the issue is suitable for independent judicial resolution; if it is not, the court automatically shifts into a deferential mode. As a result, independent judgment now requires special justification, and deference is the default rule”.

77. *Crandon versus United States*, 494 U.S. 152, 177 (1990): “Courts are the proper administrators of federal criminal statutes”.

78. Sobre o tema, v., por exemplo, *Gonzalez versus Oregon* 546 U.S. 243 (2006), que tratava de procedimentos criminais iniciados contra médicos que participavam de casos de suicídio assistido, prescrevendo substâncias medicinais para pacientes terminais, em consonância com uma lei do Estado de Oregon (*Death with Dignity Act*). A Suprema Corte demonstra clara relutância em expandir a responsabilidade criminal, nos termos propostos pelo Departamento de Justiça. Para maiores discussões a propósito da regra de leniência, v. também: *United States versus Aguilar*, 515 U.S. 593 (1995); *United States versus Granderson*, 511 U.S. 39 (1994).

quando a legislação permitir alternativas menos problemáticas (*canon of constitutional avoidance*).⁷⁹ Este cânone pode ser invocado independentemente de *Chevron* ou através do Passo 1 do seu teste bifásico. Nestes último caso o tribunal afirmará, então, que não há ambiguidade legislativa, na medida em que apenas uma alternativa interpretativa é possível em face da Constituição.⁸⁰

Outros exemplos de orientação pouco deferencial dos tribunais em função da natureza ou sensibilidade jurídica de uma questão podem ser citados.⁸¹ Assim, não se aplica a deferência judicial de *Chevron* a interpretações administrativas que contradigam decisão judicial transitada em julgado.⁸² Em *Lechmere* a Suprema Corte afirmou que, embora fosse devida deferência para as interpretações administrativas das previsões genéricas do *National Labor Relations Act*, a situação é diversa para as disposições que já foram objeto de interpretação judicial anterior.⁸³ Além disso, a deferência não tem lugar quando a interpretação em questão corresponde à posição da agência em litigância (em ações em que atua como parte). Neste caso, o autointeresse desaconselha que estas interpretações mereçam o mesmo respeito judicial que decisões que não envolvam interesses próprios da agência.⁸⁴

79. Sobre o *canon of constitutional avoidance*, v. *NLRB versus Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979). Na doutrina, v.: Adrian Vermeule, “Saving constructions”, 85 *Georgetown Law Journal* 1945 (1997).

80. V., por exemplo: *Solid Waste Agency versus Army Corps of Eng’rs*, 531 U.S. 159, 172 (2001); e *Edward J. DeBartolo Corp. versus Fla. Gulf Coast Bldg. & Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988). Sobre o tema, no sentido do texto: Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 988.

81. Uma questão particularmente polêmica diz respeito às chamadas “questões jurisdicionais”, casos em que as autoridades administrativas promovem interpretações em que estão embutidas decisões a propósito dos limites de sua própria competência. Sobre o tema, v. o item 1.1.1.1.1, acima.

82. Cf.: Richard J. Pierce Jr., “Reconciling *Chevron* and stare decisis”, 85 *Georgetown Law Journal* 2225 (1997); Rebecca Hanner White, “The stare decisis ‘exception’ to the *Chevron* deference rule”, 44 *Florida Law Review* 723 (1992).

83. *Lechmere Inc. versus NLRB*, 502 U.S. 527 (1992). Neste caso a Suprema Corte já havia definido como deveria ser interpretado determinado termo legislativo. Não há *impeditio*, no entanto, a que a autoridade administrativa altere uma interpretação sua que tenha meramente sido julgada razoável e mantida pelos tribunais com base na deferência de tipo *Chevron*. Sobre este outro tema, v.: *National Cable & Telecommunications Assn. versus Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005).

84. Cf. *Bowen versus Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204-212 (1988). A Suprema Corte recusou-se a deferir para interpretação do HHS uma disposição do *Medicare Act*, sob o argumento de que ela consistia na posição da agência em seus litígios, “wholly unsupported by regulations, rulings or administrative practi-

1.2.1.2.4 A superada polêmica das “puras interpretações legislativas”

– Por último, merece especial atenção o tema das chamadas “questões de pura interpretação legislativa”, que foi, por algum tempo, objeto de controvérsia no Direito Americano. Em um importante caso decidido pouco após *Chevron* (*Cardoza-Fonseca*, em 1987⁸⁵) a Suprema Corte pareceu sinalizar que a orientação deferencial não prevaleceria nestes casos específicos.

Tratava-se de um caso de imigração, em que a autoridade administrativa argumentava que deveria ser aplicada a deferência da doutrina *Chevron* para sua interpretação a propósito dos requisitos legais para o asilo nos Estados Unidos.⁸⁶ Responsável pela redação da decisão da Suprema Corte, o Ministro John Paul Stevens (o mesmo que redigira a decisão de *Chevron*) afirmou que a deferência seria inapropriada, por se tratar de “pura questão de interpretação legislativa para os tribunais decidirem”.⁸⁷ A passagem sugeria que a doutrina *Chevron* seria aplicável apenas para “aplicação do Direito aos fatos”, e não caberia nas hipóteses de interpretações abstratas de lei.⁸⁸ Ou seja: *Chevron* valeria para questões mistas de fatos e direito, mas não para questões puras de direito. Como se viu no capítulo anterior,⁸⁹ esta

ce” (para. 212). “Congress has delegated to the administrative official and not to appellate counsel the responsibility for elaborating and enforcing statutory commands.”

85. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

86. Até 1980 um estrangeiro poderia pedir para ter seu processo de deportação interrompido nos Estados Unidos apenas quando fosse “more likely than not that the alien would be subject to persecution” no seu País de origem. Em 1980 a legislação foi reformada, autorizando o pedido de asilo no caso em que o estrangeiro tivesse um “well founded fear of persecution”. O *Immigration and Naturalization Service/INS* interpretou a segunda locução como tendo o mesmo significado da primeira, e esta interpretação foi contestada judicialmente (cf. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 423 (1987)).

87. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 446 (1987): “The question whether Congress intended the two standards to be identical is a pure question of statutory construction for the courts to decide”.

88. Thomas Merrill, “The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark”, cit., in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, p. 421. Assim também: Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2084.

89. Por um certo período esta foi também a posição do Professor Cass R. Sunstein (cf. sua intervenção em Kenneth W. Starr, Cass R. Sunstein, Richard K. Willard e Alan B. Morrison, “Judicial review of administrative action in a conservative era”, 39 *Admin. L. Rev.* 353, 370 (1987)): “It goes as follows: you have pure questions of law, and you have mixed questions. You have questions which call for legal skills strictly, and you have questions that call for administrative skills as well. The administrative skills are applicable when the relevant question turns not just on the statute and its history but turns also on an assessment of the facts. Whether benzene causes a

é uma orientação que se aproximaria da posição jurisprudencial francesa. Sucede que ela é dificilmente compatível com o *próprio caso Chevron*, que também tratava de uma “interpretação abstrata de lei”.⁹⁰

O julgamento do caso *Cardoza-Fonseca* deu origem a um período de incerteza nas cortes inferiores a propósito da aplicação da doutrina *Chevron* nestas situações.⁹¹ Contudo, a Suprema Corte tratou de dissipar rapidamente as dúvidas ao aplicar sua orientação deferencial a questões de pura interpretação do Direito já no termo seguinte a *Cardoza-Fonseca*. A leitura “forte” deste caso foi sendo, assim, gradativamente abandonada⁹² – hoje se entende

statutory ‘significant risk’ is an example. The basic line which the best courts I think adopted before *Chevron* involved looking at that issue: Is it a pure question of law or is it a mixed question of law and fact? That’s the line by which you decide how much deference to offer”. A posição de Sunstein foi revista em escritos posteriores. V., por exemplo: Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2094: “There are, however, at least three problems with this approach. First, the resolution of statutory ambiguities may call for the agency’s specialized capacities, even if the issue appears to be purely one of law. It is at least plausible that the agency’s competence is relevant to the question whether a statute regulating carcinogens requires the agency to show a ‘significant risk’. The resolution of the ambiguity might well call for an understanding of the disadvantages and advantages of any requirement of this sort. As we have seen, resolution of ambiguities often calls for an assessment of issues of policy and principle. That assessment is best made by agencies rather than courts. Second, the line between purely legal and mixed questions is extremely thin. In some cases it will be hard to tell on which side of the line a particular question falls. A broader approach to *Chevron*, applying the rule of deference in all cases, has the virtue of simplicity and ease of application. Third, *Chevron* itself quite plausibly involved a pure question of law rather than application of law to fact. The distinction between the two is therefore in some tension with *Chevron* itself. Even in pure questions of law, then, deference is probably due unless there is some independent reason for distrusting the agency”.

90. Foi esta a observação do Ministro Antonin Scalia, em voto separado: “The Court also implies that courts may substitute their interpretation of a statute for that of an agency whenever they face ‘a pure question of statutory construction for the courts to decide’, (...) rather than a ‘question of interpretation [*in which*] the agency is required to apply [*a legal standard*] to a particular set of facts’ (...). No support is adduced for this proposition, which is contradicted by the case the Court purports to be interpreting, since in *Chevron* the Court deferred to the Environmental Protection Agency’s abstract interpretation of the phrase ‘stationary source’” (*INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 454 (1987)).

91. Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 986.

92. Em *NLRB versus United Food & Commercial Workers Union, Local 23*, 484 U.S. 112, 133-134 (1987) o Ministro Antonin Scalia, que havia sido crítico da decisão de *Cardoza-Fonseca*, noticiava que o caso estava sendo ignorado pela Corte. V., ainda, aplicando o teste bifásico e a deferência de *Chevron* a puras interpretações

que se tratou de hipótese em que simplesmente não havia ambiguidade legislativa, tendo sido definida no primeiro passo do teste bifásico de *Chevron*.⁹³ Em definitivo: a jurisprudência americana defere atualmente mesmo em casos de “pura interpretação legislativa”.

1.2.1.2.5 Conclusão sobre o caso americano – A conclusão sobre o caso americano é semelhante à canadense. Em primeiro lugar, não prevalece o entendimento de que a interpretação legislativa constituiria atividade judicial típica, ao menos não no sentido de fazer sobre ela incidir *necessariamente* um controle judicial não deferente. A exemplo dos canadenses, os tribunais americanos parecem consagrar uma orientação geral deferente mas abrem espaço para a aplicação de um controle mais intenso nos casos de particular sensibilidade jurídica. Dá-se, portanto, uma diferenciação do regime aplicável, a depender da natureza da questão interpretada.

Em interessante estudo empírico, William Eskridge e Lauren Baer consultaram todas as 1.014 decisões da Suprema Corte americana entre 1984 (ano da decisão do caso *Chevron*) e 2005 que envolviam controle judicial de interpretação legislativa promovida por uma autoridade administrativa.⁹⁴ Em uma das partes do estudo as decisões foram catalogadas de acordo com a matéria nelas envolvida. As estatísticas levantadas a partir deste estudo demonstram que o percentual de vitória das autoridades administrativas

de lei: *Mead Corp. versus Tilly*, 490 U.S. 714 (1989); *Pittston Coal Group versus Sebben*, 488 U.S. 105 (1988).

93. Michael Herz, “Deference running riot: separating interpretation and law-making under Chevron”, cit., 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187, 222-235: “The issue in Cardoza-Fonseca was ‘pure’ in a second, more relevant way which better explains the Court’s use of that term. It was ‘pure’ in that Congress provided the answer. The Court did not have to go beyond the usual legal materials to resolve it. The distinction is not between issues of law and fact, which does not seem to have much to do with Chevron. The distinction is between issues of law and policy, which is at the core of Chevron. Thus, a ‘pure question’ is a Chevron Step One question. This reading reconciles any tension between Chevron and Cardoza-Fonseca. Both the majority and Justice Scalia agreed that Cardoza-Fonseca was a Step One case. Indeed, where the Court has used the ‘pure question’ language it has equated the ‘pure question’ with the ‘precise question at issue’, a term which is in turn taken from Chevron’s description of the Step One inquiry. Likewise, the ‘traditional tools of statutory construction’ are what resolve ‘pure questions’ under Cardoza-Fonseca and what decide Step One cases under Chevron. A pure question is, then, a Step One case; indeed, defining one by the other is tautological. There is no ‘exception’ for pure questions of statutory interpretation”.

94. William Eskridge, Jr., e Lauren E. Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083.

(isto é, manutenção de suas interpretações) varia drasticamente em função da matéria. Enquanto esta taxa de vitória é sempre superior a 75% em matérias como regulação do setor energético (93,3%), propriedade intelectual (88,2%), regulação empresarial (77,1%), tributos (75,7%), transportes (78,6%), ela é consistentemente reduzida em matérias menos técnicas e mais jurídicas, como direito penal (62,3%), direitos civis (61%) e questões indígenas (51,6%). Os autores sugerem que a Suprema Corte estaria promovendo uma análise institucional comparativa, sentindo-se mais confortável para ir mais fundo no controle e anular mais frequentemente a interpretação administrativa nas matérias em que possui maior domínio substancial.⁹⁵ Além disso, as matérias que respondem pelos mais relevantes percentuais entre os casos em que a Suprema Corte não invoca nenhum regime deferencial são também matérias caracteristicamente jurídicas, como direito processual (18%), direitos civis (13,8%) e direito penal (9,4%).

1.2.2 *O caso italiano: a hesitação jurisprudencial e a atual orientação não deferente*

O caso italiano relativo ao controle judicial de interpretações legislativas é particularmente interessante em função das hesitações e revoluções jurisprudenciais que o caracterizam. Por certo período adotou-se uma orientação deferente, próxima dos modelos americano e canadense. Esta orien-

95. William Eskridge, Jr., e Lauren E. Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1144: “Still, there was wide variation in the win rates among subject areas. One way to make sense of this variation is to think of win rates as a function of the comparative institutional advantage of the Court *vis-à-vis* the relevant agencies in particular subject areas. Table 16 groups the 23 individual subject areas into 6 broader subject groups: foreign affairs and national security; technical or economic regulations; procedural rules; socio-economic regulations; criminal law; and federal governance. Across these groups, the Court’s institutional competence is not uniform. In the area of foreign affairs and national security, where interpretations are often based upon sensitive political calculations, the justices usually see themselves at an institutional disadvantage in comparison to the executive branch. Likewise for the field of technical and economic regulations, agency expertise leaves the justices less equipped to understand the issues than specialized agencies. In the area of procedural rules, in contrast, the justices know as much or almost as much as the agency, usually the Solicitor General’s Office, even when the issues are highly technical. Still, it is only in the areas of socio-economic regulation, criminal law, and federal governance, where the issues are less likely to be highly technical and the justices see themselves as knowledgeable and friendly critics of agency interpretations, that the Court can claim a real (or perceived) institutional advantage”.

tação foi, no entanto, posteriormente reformada, para retomar a concepção tradicional de que a interpretação e a aplicação de indicações normativas imprecisas é tarefa característica dos tribunais.

1.2.2.1 A concepção tradicional: a binariedade vinculação *versus* discricionariedade

Tradicionalmente, na Itália aplica-se um controle judicial deferente para as hipóteses de decisões administrativas adotadas no exercício de competência discricionária e um controle não deferente sobre as decisões adotadas no uso de competência vinculada. A intensidade do controle judicial, portanto, varia em função da natureza da competência administrativa exercida na decisão. Além disso, a compreensão de discricionariedade é bastante restrita: consiste na ponderação, pela administração pública, de interesses públicos múltiplos e conflitantes. Do ponto de vista da estrutura normativa, a discricionariedade corresponde a situações de “vazio normativo”, hipóteses em que o legislador não determina uma conduta específica, mas abre alternativas ou possibilidades ao administrador. Tradicionalmente, não se consideram geradoras de discricionariedade indicações normativas ambíguas ou opináveis no pressuposto normativo.⁹⁶ Consequentemente, a interpretação administrativa de tais termos consiste em decisão adotada no exercício de competência vinculada, e está submetida a um controle não deferente.

Esta concepção tradicional sofreu abalos consideráveis em dois momentos históricos distintos. Estes abalos indicam forte hesitação jurisprudencial na orientação relativa ao comportamento devido diante de interpretações administrativas de termos técnicos ambíguos ou opináveis.

1.2.2.2 O primeiro momento contestador: a “discricionariedade técnica”

A partir especialmente da década de 1980 ganhou força na jurisprudência italiana o conceito de “discricionariedade técnica” para aludir aos casos

96. Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/479: “Sottolinea che nel nostro ordinamento ‘la sussistenza di un merito amministrativo non può essere affidata al mero riscontro di margini di indeterminatezza normativa’”. Neste mesmo sentido: Marco Antonioli, “Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 14.3.2000, n. 1348), *Giust. Civ.* 7-8/2.169, 2000, n. 18.

em que a administração fosse impelida ou autorizada pela legislação pertinente a adotar determinada medida após a identificação de um estado de coisas definido em termos técnicos opináveis.⁹⁷ A “discricionariedade técnica” envolvia, portanto, análises técnicas promovidas pela administração, para as quais não havia apenas uma resposta correta (a chamada “opinabilidade”).⁹⁸ Compreendida neste primeiro momento como uma “espécie” de discricionariedade, estava naturalmente submetida a um controle restrito. As *escolhas técnicas*, consideradas o “mérito” da discricionariedade técnica, viam-se isentas da intervenção judicial. A jurisdição administrativa promovia um controle de razoabilidade e completude destas decisões, examinava se elas estavam bem motivadas e não possuíam contradições, mas não penetrava diretamente no conhecimento dos fatos complexos.⁹⁹ Tratava-se, portanto,

97. Francesco Volpe noticia que o conceito fora mencionado pela primeira vez por Cammeo, em 1914. Seria de Cammeo também a tese de que estas avaliações deveriam ser deixadas para a administração pública (Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, *Diritto Amministrativo* 4/798-799, 2008).

98. Esta “opinabilidade” (*opinabilità*) é característica das avaliações relativas à discricionariedade técnica. Trata-se de questões sobre as quais não cabe falar em respostas corretas ou erradas, mas em respostas razoáveis ou não. A discricionariedade técnica diferenciava-se, assim, dos chamados *accertamenti tecnici* – questões que, não obstante técnicas, comportam uma só solução correta. É o caso, por exemplo, da gradação alcoólica de uma bebida ou do caráter estupefaciente de uma substância (v. Daria de Pretis, “I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica (Nota a Cons. St., Sez. IV, 20.10.1997, n. 1212)”, *Giornale Dir. Amm.* 4/331, 1998; e Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, cit., *Diritto Amministrativo* 4/791-837).

99. O rol de decisões neste sentido é imenso: Cons. St., Sez. IV, 9.1.1986, n. 7; Cons. St., Sez. V, 3.4.1990, n. 326; Cons. St., Sez. IV, 23.10.1991, n. 846; Cons. St., Sez. VI, 24.8.1992, n. 615; Cons. St., Sez. IV, 30.11.1992, n. 986; Cons. St., Sez. V, 4.10.1993, n. 978; Cons. St., Sez. VI, 5.11.1993, n. 801; Cons. St., Sez. II, 15.3.1995, n. 2113; Cons. St., Sez. II, 15.3.1995, n. 1963; Cons. St., Sez. VI, 29.5.1995, n. 518; Cons. St., Sez. IV, 12.3.1996, n. 305; Cons. St., Sez. IV, 25.3.1996, n. 380; Cons. St., Sez. IV, 25.3.1996, n. 365; Cons. St., Sez. VI, 18.7.1996, n. 950; Cons. St., Sez. IV, 27.9.1996, n. 1058; Cons. St., Sez. II, 23.10.1996, n. 3184; Cons. St., Sez. IV, 24.3.1997, n. 298; Cons. St., Sez. IV, 3.6.1997, n. 592; Cons. St., Sez. VI, 20.1.1998, n. 106; Cons. St., Sez. VI, 23.3.1998, n. 358; Cons. St., Sez. V, 22.6.1998, n. 463; Cons. St., Sez. IV, 27.10.1998, n. 1382. O mesmo posicionamento era naturalmente frequente nos tribunais inferiores. Cf., por exemplo: TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 5.6.1991, n. 399; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 4.4.1992, n. 118; TAR Emilia Romagna, Parma, 21.12.1994, n. 406; TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 16.1.1995, n. 13; TAR Molise, 3.2.1995, n. 28; TAR Lazio, Sez. II, 22.6.1995, n. 1093; TAR Lazio, Sez. II, 15.5.1996, n. 944; TAR Lazio, Sez. II, 24.4.1996, n. 897; TAR Toscana, Sez. I, 3.11.1997, n. 458; TAR Toscana, Sez. II, 17.9.1997, n. 596; Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giurisd., 3.9.1997, n. 335; TAR Veneto, Sez. II, 29.10.1996, n. 1801;

de um controle limitado à verificação dos vícios “macroscópicos” relativos ao excesso de poder.¹⁰⁰ Ou seja: um controle semelhante ao que se dá sobre a discricionariedade pura.¹⁰¹

Ao que aqui é particularmente relevante, convém destacar que a aceitação de uma “discricionariedade técnica” e sua submissão a um controle limitado envolvem uma compreensão de que algumas instâncias de interpretação legislativa podem ser reservadas à administração pública. Trata-se de compreensão que contraria a orientação tradicional binária apontada acima, mas que prevaleceu neste período histórico. Termos técnicos opináveis interpretados e aplicados pela administração pública especializada estavam submetidos unicamente a um controle judicial deferente.

Na célebre Decisão 601/1999 o Conselho de Estado resolveu alterar a jurisprudência, passando a considerar a discricionariedade técnica passível de controle judicial. Associa-se, então, à corrente doutrinária que diferenciava discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.¹⁰² Com frases fortes, aparta a “opinabilidade” da “oportunidade”, a discricionariedade técnica do mérito administrativo. E, de forma ainda mais relevante,

Cons. Giust. Amm. Sicilia, 28.1.1998, n. 36; TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 29.7.1998, n. 415.

100. Sobre o tema, v.: Silvia Mirate, “La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 10.2.2000, n. 715), *Giur. It.* 2000, 12.

101. V., por exemplo, esta decisão do *Consiglio di Giustizia Amministrativa della Sicilia*: “La discrezionalità cosiddetta tecnica si differenzia da quella cosiddetta amministrativa (in senso stretto) solo con riferimento al suo oggetto, in quanto la prima attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta tecnica (ritenendo tale, secondo l’uso corrente, qualsiasi giudizio espresso sulla base di una scienza specialistica, ad eccezione delle scienze giuridiche e dell’amministrazione), mentre la seconda attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta di pura opportunità (e cioè formulata esclusivamente in base ai canoni della scienza dell’amministrazione). Nessuna differenza tra i due tipi di discrezionalità sussiste invece quanto ai poteri del giudice amministrativo. Questi non può sindacare né il merito della scelta tecnica né il merito della scelta di pura opportunità; ma ben può sindacare entrambe sotto il profilo della intrinseca logicità e della loro formale congruenza rispetto al fine concreto che l’amministrazione intende perseguire” (Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giurisd., 25.6.1990, n. 186).

102. Para um relato deste impulso doutrinário, v. Daria de Pretis, “Discrezionalità tecnica ed incisività del controllo giurisdizionale”, *Giornale Dir. Amm.* 12/1179-1183, 1999. Em sentido contrário, entendendo haver ponderação de interesses também na discricionariedade técnica – pelo quê seria correto chamá-la de discricionariedade –, v. o interessante artigo de Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, cit., *Diritto Amministrativo* 4/791-837.

aproxima a avaliação técnica de uma “questão de fato”, que constitui o pressuposto da aplicação normativa. Nas palavras do Conselho de Estado: “Uma coisa é a opinabilidade, outra coisa é a oportunidade. A questão de fato, que concerne um pressuposto de legitimidade da medida administrativa, não se transforma – apenas porque opinável – em uma questão de oportunidade”.¹⁰³ Identificar fatos referidos no texto normativo – prossegue o tribunal – é mesmo o “específico” da jurisdição administrativa; não se justificando, assim, que esta atividade seja reservada à administração.¹⁰⁴ A consequência deste raciocínio é que “o controle judicial sobre as avaliações técnicas pode desenvolver-se sobre a base não de um mero controle formal e extrínseco do *iter* lógico seguido pela autoridade administrativa, mas sim de uma verificação direta da plausibilidade das operações técnicas, em relação à sua correção quanto ao critério técnico e ao procedimento aplicativo”.¹⁰⁵

1.2.2.3 O segundo momento contestador: as “avaliações técnicas complexas”

A revolução jurisprudencial parecia restabelecer a orientação tradicional de que interpretações legislativas promovidas pela administração pública se submetem a um controle não deferente. Entretanto, logo após a célebre decisão que anunciou tal revolução o Conselho de Estado exarou importantes pronunciamentos em que deferia para decisões técnicas não discricionárias da administração pública – em especial da autoridade antitruste italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/AGCM*).¹⁰⁶

103. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, item 1: “Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, è la diretta valutazione dell’interesse pubblico concreto relativo all’atto impugnato (Cass., 3.11.1988, n. 5922; 6.4.1987, n. 3309): dunque, del merito dell’atto amministrativo. La c.d. ‘discrezionalità tecnica’, invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l’amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L’applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l’opinabilità, altra cosa è l’opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito”.

104. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, itens 1 e 1.2.

105. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, item 1.2.

106. Faz-se referência, aqui, a uma série de acórdãos prolatados entre os anos 2000 e 2001 relativos a decisões da autoridade antitruste. V., principalmente: Cons. St., Sez. VI, 14.3.2000, n. 1348; Cons. St., Sez. VI, 12.2.2001, n. 652; Cons. St., Sez.

1.2.2.3.1 *O caso Formambiente e o controle judicial “fraco”* – Para explicar estas decisões no caso *Formambiente*, em outubro/2001 o Conselho

VI, 20.3.2001, n. 1671; e Cons. St., Sez. VI, 26.7.2001, n. 4118. No primeiro deles, dito *Italcementi*, a AGCM condenara a empresa *Italcementi* por abuso de posição dominante, aplicando-lhe sanção pecuniária. A acusação era de venda de concreto a preços inferiores ao seu custo variável e de aplicação de sistema de descontos em contratos de fornecimento de concreto firmados com duas outras empresas. Em julgamento à impugnação judicial desta decisão, o TAR Lazio julgou (i) equivocada a delimitação do mercado relevante operada pela AGCM; (ii) equivocada a decisão da AGCM no que concerne à suposta existência de uma dominância da *Italcementi*; (iii) equivocada a decisão da AGCM no que concernia à suposta existência de um abuso nas ações empresariais. Em todos estes pontos o Tribunal regional *refez todo o raciocínio técnico* da AGCM. No que concerne especificamente à delimitação do mercado relevante, o TAR Lazio não se limitou a examinar a razoabilidade da avaliação da AGCM, mas julgou adequado operar uma delimitação autônoma. A AGCM considerara o mercado geográfico relevante como a região da Sardenha. O caso chega, então, ao *Consiglio di Stato*, que o julga de forma surpreendente. Antes de analisar o caso concreto, o máximo Tribunal Administrativo italiano faz algumas declarações de princípio a respeito dos limites do controle. As declarações são fortes e bastante claras, mas contrastam frontalmente com a célebre Decisão 601/1999, que parecia haver deixado para trás a época do controle limitado sobre a discricionariedade técnica. Com efeito, o *Consiglio di Stato* usa o vocabulário típico do controle da discricionariedade administrativa, repreendendo o TAR Lazio por ter estendido sua análise para além do âmbito da legitimidade, atingindo “o mérito das escolhas administrativas”.

Afirma, então, que o controle adequado ao caso concreto poderia “apenas verificar se a medida impugnada parece lógica, congrua, razoável, corretamente motivada e instruída, mas não pode[ria] também substituir as suas próprias avaliações de mérito por aquelas efetuadas da autoridade e a esta reservadas”. Na doutrina italiana, a decisão do *Consiglio di Stato* recebeu críticas pela “opção retrógrada”, que parecia superada pela Decisão 601/1999. Marcella Negri noticia que a decisão “che espressamente circoscrive il sindacato sulla nozione di ‘mercato rilevante’ ai profili meramente estrinseci della logicità, ragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione (ai classici parametri, cioè, dell’eccesso di potere), è stata concordemente giudicata, a fronte della caduta del dogma della insindacabilità della c.d. discrezionalità tecnica e del potenziamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, una ‘opzione di retroguardia’” (*Giurisprudenza e Amministrazione nella Tutela della Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 194). De fato, o Tribunal volta a submeter as avaliações técnicas da administração a um controle restrito, tipicamente aplicado à discricionariedade administrativa. Faz referência ao “mérito das escolhas administrativas”, quando parecia abandonada a compreensão de que a discricionariedade técnica envolvesse “escolhas de mérito”. Limita o controle aos vícios lógicos e de razoabilidade, além dos defeitos de instrução e motivação. Em suma: volta a equiparar as decisões técnicas opináveis da administração à discricionariedade, sem fazer qualquer referência à Decisão 601/1999. Sobre esta contradição, v. Francesco Agnino, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), *Urbanistica e Appalti* 4/448, 2003.

de Estado iniciou por confirmar que a presença do elemento técnico opinável (típico da discricionariedade técnica) em uma decisão administrativa de fato não seria suficiente para limitar o controle judicial (tal como afirmara na Decisão 601/1999). Mas a situação seria diferente quando a decisão administrativa veiculasse uma “avaliação técnica de natureza complexa”.¹⁰⁷ Nestes casos específicos as decisões administrativas deveriam ser submetidas a um *controlle fraco* (*sindacato debole*),¹⁰⁸ em que “os conhecimentos técnicos adquiridos graças ao perito [são] utilizados somente com a finalidade de efetuar um controle de razoabilidade e coerência técnica da decisão administrativa”.¹⁰⁹ Afasta-se a incidência de um controle forte (*sindacato forte*), que se traduziria “em um poder substitutivo do juiz, o qual se estende até mesmo a sobrepor a própria avaliação técnica opinável àquela da administração”.¹¹⁰

O máximo Tribunal Administrativo italiano observa que estas “avaliações técnicas complexas” se caracterizam pela intrínseca conexão entre juízo técnico e ponderação de interesses públicos conflitantes. Nelas há uma confusão *lógica e cronológica* entre os juízos de *oportunidade* e de *opinabilidade técnica*.¹¹¹ Além desta natureza técnico-política, outros elementos

107. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 9.

108. A ideia de controle fraco e controle forte parece ser devida a Gianpaolo Parodi (*Tecnica, Ragione e Logica nella Giurisprudenza Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990).

109. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 8.

110. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 8.

111. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 9: “Sul piano dei limiti del controllo sul rapporto sostanziale, proprio la giurisprudenza di questa Sezione ha aperto una breccia all’interno del consolidato principio fondato sull’equazione concettuale tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, indicando la strada per un sindacato giurisdizionale pieno sulle valutazioni tecniche. In particolare, si dovrebbe distinguere tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici che l’amministrazione è tenuta a formulare con sempre maggiore frequenza ed il profilo della opportunità amministrativa, che involge la determinazione finale: il primo aspetto sarebbe interamente attratto, senza limiti preconcetti, nella cognizione del giudice, che potrebbe pertanto sostituire il proprio giudizio opinabile al giudizio opinabile dell’amministrazione; il secondo, invece, poiché inerisce (solo esso) al merito dell’azione amministrativa, sarebbe del tutto estraneo ai poteri d’indagine del giudice (Cons. St., Sez. IV, n. 601 del 1999). (...). Questo sintetico quadro di principi, però, non consente di sostenere anche che il controllo giurisdizionale sulle valutazioni complesse dell’amministrazione e sull’applicazione dei c.d. ‘concetti giuridici indeterminati’ possa sempre atteggiarsi nelle forme del controllo sostitutivo, di tipo forte. È, invero, frequente riscontrare una linea di demarcazione molto sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell’interesse pubblico, insieme con l’interesse del ricorrente e degli altri interessi in gioco.

caratterizzatori di queste valutazioni sono citati posteriormente, di forma poco sistematica: (i) la oggettiva complessità delle valutazioni; (ii) la caratteristica usualmente prognostica e predittiva;¹¹² (iii) il trattamento di interessi di livello primario, protetti da norme costituzionali.¹¹³ Infine, ancora secondo il discorso del Consiglio di Stato, le valutazioni tecniche complesse sembrano essere normalmente adottate da enti amministrativi indipendenti, autonomi e “neutri”,¹¹⁴ dotati di una legittimazione peculiare in funzione della loro composizione e della loro qualificazione tecnica.¹¹⁵

1.2.2.3.2 Gli aspetti giuridici indeterminati e gli aspetti istituzionali – Come si vede, i due componenti essenziali per questa parte del capitolo sono esplicitamente evidenziati dal Consiglio di Stato per presentare e giustificare il loro posizionamento. Da un lato, la presenza di termini legislativi ambigui o tecnici, che coinvolgono opinabilità e ponderazione di interessi pubblici conflittuali. Con effetto, di forma molto rilevante, il Consiglio di Stato vincola le valutazioni tecniche complesse all'interpretazione e all'applicazione di “concetti giuridici indeterminati” (*concetti giuridici indeterminati*), come, per esempio del Tribunale, abuso di posizione dominante e mercato rilevante.¹¹⁶

Dall'altro lato, l'esistenza di autorità amministrative con caratteristiche istituzionali particolari, che sollevano la questione della loro maggiore apti-

Non solo tra di essi è spesso apprezzabile contestualità cronologica, ma addirittura parziale sovrapposizione concettuale sul piano logico. Accade, insomma, che la valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi, lungi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario; e la difficoltà di separare i due momenti è in larga misura accentuata dallo sviluppo della tecnica e dai mutamenti organizzativi e funzionali dell'azione amministrativa. La stretta connessione tra apprezzamento tecnico opinabile e scelta di merito è un indice dell'esistenza di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione, non già nel senso della preclusione del controllo giurisdizionale, ma nel senso che non è concesso un sindacato con poteri sostitutivi”.

112. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 2.

113. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, items 9-10.

114. L'argomento della neutralità appare in Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

115. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1.

116. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1: “Nella decisione viene sottolineato come la distinzione tra il carattere di opinabilità dei giudizi tecnici (trattati nella cognizione del giudice) e i profili della opportunità (sottratti al sindacato) non è così netta in presenza di valutazioni complesse dell'amministrazione e dell'applicazione dei c.d. ‘concetti giuridici indeterminati’ e che in tali ipotesi deve escludersi il sindacato giurisdizionale di tipo forte (sostitutivo) ed ammettersi solo il sopra descritto controllo di tipo debole”.

dão para dar a palavra final sobre como aplicar estas indicações normativas imprecisas. Neste sentido, o Conselho de Estado mencionou, por exemplo, a exigência constitucional de eficiência e de bom andamento da administração (art. 97), sugerindo que eles seriam mais bem cumpridos pela autoridade administrativa, em vista da sua composição e qualificação técnica particulares, além do seu grau elevado de autonomia e independência.¹¹⁷ Prosseguiu afirmando que as avaliações relativas a uma operação de concentração, por exemplo, constituem “juízos técnicos prognósticos” – observação que parece ter como objetivo compará-los com os juízos feitos pelos tribunais, normalmente *retrospectivos* e *jurídicos* (não técnicos). Além disso, afirmou que as avaliações técnicas complexas envolveriam também uma “escolha de interesses de nível primário”, protegidos por normas constitucionais.¹¹⁸ Finalmente, destacou a “neutralidade” da AGCM, situada “fora do âmbito político” e “em posição de particular independência, no exercício de poderes neutrais”.¹¹⁹ A Autoridade caracterizar-se-ia “não apenas pela qualificação e composição técnica, mas pelo exercício de poderes neutros, cuja independência constitui uma consequência direta da neutralidade”.¹²⁰

Neste específico momento jurisprudencial italiano optou-se por privilegiar as interpretações legislativas destas instituições administrativas, submetendo-as a um controle judicial “fraco”. Note-se como se trata de orientação que se afasta do tradicional posicionamento italiano e se aproxima dos modelos americano e canadense. Ao fazer alusão à “ponderação de interesses públicos conflitantes” existentes no momento de interpretação e aplicação de termos legislativos ambíguos, o Conselho de Estado reconhece a existência de um elemento político na interpretação legislativa, à maneira da jurisprudência americana. Também à moda anglo-saxã, decide por alocar esta decisão à entidade administrativa, a partir de um raciocínio institucional comparativo.¹²¹

117. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1: “L’indice dell’assenza del potere sostitutivo deve ricercarsi soprattutto nelle esigenze di efficienza e buon andamento dell’amministrazione, di cui all’art. 97 Costituzione, e nella rilevanza della materia della tutela della concorrenza, affidata dal legislatore ad una autorità amministrativa, caratterizzata da una particolare composizione e qualificazione tecnica, oltre che da un elevato grado di autonomia e indipendenza”. Sobre esta opção, v. Angelo Lalli, “Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell’autorità garante della concorrenza e del mercato”, *Giornale Dir. Amm.* 4/358, 2003.

118. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

119. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

120. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

121. Posicionando-se de forma elogiosa a esta opção, v.: Maurizio di Cagno, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza”

1.2.2.3.3 *O caso Enel/Infostrada e a ideia de “pressuposto de fato” da norma* – Muito ilustrativo deste posicionamento é, ainda, o caso *Enel/Infostrada*.¹²² Enel (maior grupo atuante no setor italiano de energia elétrica) e France Télécom (sociedade atuante no ramo telefônico na França e outros Países) pretendiam adquirir o controle conjunto da empresa Infostrada, segundo operador italiano de telecomunicações. A autoridade antitruste italiana (AGCM) autorizou a operação, com a imposição de algumas condições.¹²³

Esta decisão administrativa foi contestada pela Enel perante o Tribunal Administrativo Regional de Lazio (TAR Lazio), que acolheu a impugnação por entender que não haveria posição dominante da Enel no mercado de fornecimento de energia elétrica. Para o TAR, a AGCM havia ignorado ou minimizado as alterações da quota de mercado detida pela Enel Trade desde o início da liberalização do setor, no ano 2000. Havia, segundo o TAR, uma concorrência efetiva neste mercado, pelo quê a Enel tinha direito a ver a concentração autorizada sem condições.¹²⁴ Ao que aqui é relevante, cumpre assinalar que o TAR aplicou um controle judicial não deferente sobre a determinação da autoridade antitruste sobre a existência de posição dominante. Assim o fez por entender que a questão consistia em mero “pressuposto de fato” da regra legislativa pertinente, não havendo razão para a limitação do seu controle.

Em apelação, o Conselho de Estado repreendeu o TAR pela aplicação do controle não deferente e por ter se substituído à autoridade administrativa, procedendo a uma “avaliação econômica alternativa”.¹²⁵ Divergiu, ainda, frontalmente da classificação da existência da posição dominante como

(Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), *Urbanistica e Appalti* 4/448, 2003. Francesco Agnino, por sua vez, observa sua semelhança com a orientação dos tribunais europeus (“Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), cit., *Urbanistica e Appalti* 4/448).

122. Cf. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, *Enel/Infostrada*.

123. Na sua análise a autoridade antitruste conclui que, em função da posição dominante de *Enel Trade* no mercado de fornecimento de energia elétrica (liberalizado) e da posição dominante do grupo *Enel* no mercado de geração, comportava o reforço da posição dominante de *Enel Trade*. O grupo *Enel* poderia oferecer uma pacote *multiutility*, ofertando conjuntamente serviços elétricos e de telecomunicações. Isso criaria uma fidelização dos próprios clientes de energia. Em vista deste reforço da posição dominante, a autoridade autorizava a concentração, mas a condicionava à cessão de parte da *Enel* – de ao menos 5.500MW da própria capacidade de geração (cf. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, *Enel/Infostrada*, item 2).

124. Cf. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, *Enel/Infostrada*, item 3.

125. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, *Enel/Infostrada*, itens 6-7.

mero “presupposto de fatto” para a aplicação da norma antitruste.¹²⁶ Afirmar que, na realidade, a identificação de uma posição dominante implica apreciação significativa, que se traduz em uma avaliação técnica complexa.¹²⁷ Como tal, deveria ter sido submetida a um controle fraco e deferente.

1.2.2.4 A retomada da orientação tradicional a partir de 2004

O abrupto retorno ao binarismo foi a forma encontrada pelo Conselho de Estado para responder às críticas de que a jurisprudência relativa às avaliações técnicas complexas estava consagrando um *controlle judicial inefetivo* – e, mesmo, inconstitucional.¹²⁸ Em resumo de um caminho tor-

126. Neste mesmo sentido, v.: Francesco Agnino, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), cit., *Urbanistica e Appalti* 4/448; e Maurizio di Cagno, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), cit., *Urbanistica e Appalti* 4/448.

127. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 6: “Tale essendo il tenore della decisione impugnata, evidente appare l’errore in cui è incorso il primo giudice, e che lo ha portato, sostanzialmente, non a controllare la coerenza e la legittimità delle valutazioni dell’Autorità, ma a sostituire a questa una nuova valutazione economica. Fondati si palesano, pertanto quei motivi dell’impugnazione, con i quali l’AGCM deduce che il Tribunale avrebbe inammissibilmente esaminato il merito del provvedimento. Ed infatti, quello riguardante l’evidenza o meno, di una posizione dominante di una determinata impresa non costituisce un accertamento di mero fatto, né la sussistenza di tale posizione può risolversi in un semplice presupposto di fatto che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica; al contrario, essa implica un apprezzamento significativo che si risolve in una valutazione tecnica complessa, fondata, come è stato osservato, non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull’applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle economiche, ed implica, per di più una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito, come una concentrazione, è destinato ad operare. In nessun caso, pertanto, quello connesso con l’affermazione dell’esistenza di una posizione dominante può essere considerato un mero fatto od un accertamento di fatto; al contrario, esso si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti che sull’applicazione di regole tratte dalle scienze economiche, sia infine, su una valutazione prognostica degli effetti che l’operazione è destinata a produrre sul mercato preso in considerazione”.

128. V., por exemplo, a opinião de: Aldo Travi, “Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia ‘amministrativa’?” (Nota a TAR Lazio Roma, Sez. I, 9.8.2005, n. 6157), *Giornale Dir. Amm.* 3/304, 2006; Silvia Mirate, “La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione (Nota a Cons. St., Sez. IV, 10.2.2000, n. 715)”, cit., *Giur. It.* 2000, 12; Letizia Lombardi, “Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni tecniche tra vecchie e nuove istanze” (Nota a Cons. St., Sez. IV, Sent., 21.5.2008, n. 2404), *Urbanistica e Appalti* 10/1164, 2008.

tuoso, deixou-se, pura e simplesmente, de fazer alusão às tais avaliações técnicas complexas. A partir da decisão do Conselho de Estado no caso *Buoni Pasto*,¹²⁹ em 2004, as decisões administrativas que antes eram enquadradas sob esta categoria passaram simplesmente a ser submetidas não mais a um controle “fraco”, mas, sim, a um controle “pleno e particularmente penetrante”.

Os discursos pré e pós-2004 são não apenas incompatíveis, como claramente opostos.¹³⁰ Enquanto antes se mencionavam argumentos insti-

O tema levou, ainda, a reclamação perante a Corte de Cassação, sob o argumento de que a orientação dos tribunais administrativos constituiria denegação de justiça (falava-se em *arbitraria autorinuncia alla giurisdizione piena di legittimità e merito*). O argumento foi recusado pela Corte de Cassação, que consentiu com a modulação, pela jurisdição administrativa, de seu próprio controle (cf. Cass. Civ., Sez. Unite, 29.4.2005, n. 8882, e os comentários de Paolo Lazzara, “Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust”, *Giornale Dir. Amm.* 2/179, 2006).

129. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, *Buoni Pasto*. Tratava-se de condenação imposta pela autoridade antitruste italiana a diversas empresas do mercado de vale-refeição acusadas de participarem de um cartel na licitação promovida pela Consip (empresa estatal) para a aquisição de tickets para os funcionários da administração pública. As empresas teriam promovido acordos para fixar o nível de descontos e a repartição dos lotes licitados.

130. É esta também a leitura de Paolo Lazzara, “Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust” (Nota a Cass. Civ., Sez. Unite, 29.4.2005, n. 8882), cit., *Giornale Dir. Amm.* 2/179. O novo discurso surgiu na decisão *Buoni Pasto* (Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926). Oficialmente, esta decisão não pretende “superar” o posicionamento anterior, mas apenas explicá-lo. Assim, afirma-se que é necessário conceder “precisões adicionais” sobre a natureza do controle. Entretanto, a despeito deste discurso de “explicação e precisão adicional”, o *Consiglio di Stato* traz trechos que não parecem compatíveis com o discurso anterior. Fala-se, então, em “controle particularmente penetrante”, em “reavaliações das escolhas técnicas” e em “aplicar a *corretta* interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados à *fattispecie* concreta”. No ponto mais importante, pretendia-se “explicar” que o controle fraco é apenas um controle não substitutivo. Mas acaba-se abandonando esta noção de controle fraco, que era criticada por impedir um controle judicial efetivo. Embora a decisão do caso *Buoni Pasto* inserisse frases e trechos que não pareciam compatíveis com o discurso anterior, esta decisão também mantém trechos importantes seus. Principalmente, é ainda dito nesta decisão que o controle judicial das decisões da AGCM é um controle de razoabilidade. O *Consiglio di Stato* volta a afirmar que, “se o juiz considera que as avaliações da Autoridade são corretas, razoáveis, proporcionais e confiáveis, não deve ir tão longe até expressar próprias escolhas autônomas, porque de outro modo assumiria ele a titularidade do poder”. O fato de que se trata de um controle de razoabilidade é ainda confirmado com a referência ao modelo europeu. Com efeito, o *Consiglio di Stato* confirma que, como no modelo italiano, o controle da Corte Europeia de Justiça exercitado sobre as avaliações econômicas complexas “foi expressamente limitado à verificação da

tucionais (como a neutralidade, autonomia e independência das autoridades reguladoras) para justificar a deferência, a partir de 2004 se faz uso dos mesmos argumentos para justificar um controle irrestrito (tais autoridades, por se situarem fora do âmbito político, já estão subtraídas deste tipo de controle).¹³¹ Enquanto antes se falava de um controle limitado em função da interpretação de “conceitos jurídicos indeterminados”, a partir de 2004 se afirma explicitamente um controle pleno *também* em relação a eles.¹³² Enquanto antes se falava de um controle de razoabilidade, a partir de 2004 se afirma que os tribunais podem “*reavaliar* as escolhas técnicas operadas”.

Em resumo, supera-se a orientação deferencial anterior. O controle judicial deferente volta a ser aplicado tão somente às decisões administrativas adotadas no exercício de *discrezionalità amministrativa pura* (não técnica).

* * *

observância das normas de procedimento e de motivação, além da exatidão material dos fatos, da insubsistência de erros manifestos de avaliações e de desvio de poder”. A menção ao “erro manifesto de avaliação” é semelhante à ideia de razoabilidade. A Decisão 926/2004, portanto, é uma decisão contraditória. Mantém o discurso anterior, incorporando um discurso novo – sendo que os dois não são totalmente compatíveis; ou, ao menos, é difícil entender *como* eles são compatíveis. A alteração jurisprudencial fica muito mais clara *após* esta decisão. Nos casos seguintes o *Consiglio di Stato* simplesmente elimina todo o discurso anterior e adota apenas a parte do discurso novo. Quer dizer: opera uma deturpação da Decisão 926/2004, escolhendo cuidadosamente os trechos que interessam. Todos os trechos que indicam a existência de um mero controle de razoabilidade são eliminados. Todos os trechos que indicam um controle “forte, pleno, efetivo” são mantidos. Assim, por exemplo, as decisões: Cons. St., Sez. VI, 3.2.2005, n. 280; Cons. St., Sez. IV, 8.2.2007, n. 515; e Cons. St., Sez. VI, 17.12.2007, n. 6469.

131. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3.

132. Cf. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3; Cons. St., Sez. VI, 3.2.2005, n. 280, item 2.1; Cons. St., Sez. VI, 8.2.2007, n. 515, item 4. Nesta última decisão lê-se: “Infatti, con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. ‘concetti giuridici indeterminati’, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione (Cons. St., Sez. VI, n. 2199/2002 *RC Auto*; n. 5156/2002, *Enel/Infostrada*). Il sindacato del giudice amministrativo, è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall’autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame (Cons. St., Sez. VI, n. 926/2004, *Buoni Pasto Consip*)”. Ao contrário do que as menções às decisões de 2002 fazem crer, elas não dão suporte às afirmações ali expostas.

A aplicação de um modelo de controle judicial a uma *atividade jurídica* em função de sua suposta natureza é ainda mais problemática do que a adoção deste procedimento em relação a uma específica *decisão administrativa*. Sob certo ângulo, é possível afirmar que nesta hipótese as dificuldades apontadas no item anterior se engrandecem e ficam ainda mais claras.

O recurso ao exemplo da atividade de interpretação legislativa buscou ilustrar esta realidade. A orientação francesa, que a submete a um controle judicial usualmente não deferente (e, na hipótese específica da “interpretação abstrata”, *invariavelmente* não deferente) por entendê-la como “atividade jurídica”, foi confrontada com as orientações mais nuançadas, especialmente, de Canadá e Estados Unidos. Nestes dois Países mesmo a interpretação abstrata da legislação (e não apenas a aplicação da lei aos fatos) por autoridades administrativas pode ser submetida a controle judicial deferente. Isso ocorrerá no caso canadense quando a interpretação envolva (ou requeira) conhecimentos técnicos – detidos em maior medida pelas autoridades administrativas especializadas do que pelos juízes generalistas.¹³³ Já, no caso americano entende-se que a interpretação legislativa pode dar lugar a juízos de ordem política.¹³⁴ Nos casos em que a lei não tenha sido clara sobre determinada questão não haveria uma *interpretação certa*.¹³⁵ Estaria

133. A atenção à expertise técnica é uma das razões apontadas por Stephen Breyer para a deferência à administração pública no âmbito da interpretação legislativa; “one might believe that judges should pay special attention to the agency because the agency knows more about the particular area of the law than does the court. This answer, in part, treats agency lawyers like expert tax lawyers or real estate lawyers to whom judges sometimes listen with particular attention when they must decide a difficult and complex case. In the context of administrative law, this jurisprudential answer may rest upon a particularly important, highly relevant legal fact, namely, the likely intent of the Congress that enacted the statute. The agency that enforces the statute may have had a hand in drafting its provisions. It may possess an internal history in the form of documents or ‘handed-down oral tradition’ that casts light on the meaning of a difficult phrase or provision. Regardless, its staff, in close contact with relevant legislators and staffs, likely understands current congressional views, which, in turn, may, through institutional history, reflect prior understandings. At a minimum, the agency staff understands the sorts of interpretations needed to ‘make the statute work’. It is virtually always proper for a court to assume Congress wanted the statute to work and, at least, did not intend a set of interpretations that would preclude its effective administration” (Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, 38 *Admin. L. Rev.* 363 (1986)).

134. Circunstância que, conforme já se afirmou, costuma ser negada pelos tribunais, que afirmam apenas “aplicar o Direito”. Sobre o tema, v. Aharon Barak, “La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della Giustizia”, *Politica del Diritto* 1/3-17, ano XXXIV, março/2003.

135. H. Wade MacLauchlan, “Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?”, cit., 36 *U. T. L. J.* 343, *pas-*

aberto o caminho para que a autoridade administrativa decida ela mesma, pondere autonomamente os interesses públicos conflitantes envolvidos na questão. A ambiguidade legislativa em relação a uma questão é entendida sob a doutrina *Chevron* como uma delegação implícita do Congresso à autoridade administrativa.

As orientações de Canadá e Estados Unidos revelam que a interpretação legislativa pode envolver aspectos de complexidade técnica ou sensibilidade política não negligenciáveis. Eles chamam a atenção para o fato de que, ainda que se admita haver um componente jurídico em toda interpretação legislativa, este componente pode não ser o mais relevante. Neste sentido, eles desaconselham a adoção de uma solução imutável.

O caso italiano revela uma hesitação entre as duas orientações, mas constitui prova adicional de que *não há soluções óbvias*. Em definitivo, se já é difícil supor que a “natureza específica” de uma decisão administrativa poderá definir automaticamente o controle sobre ela incidente, é ainda mais difícil fazê-lo levando em consideração à “natureza” de uma atividade. Na prática, toda decisão administrativa e toda atividade administrativa envolvem uma série de elementos e aspectos substanciais relevantes, e a decisão de ressaltar um deles é, inegavelmente, uma *opção*.

sim: “Most of our thinking about statutory interpretation has been controlled by two simplistic but related assumptions. First, texts have plain meanings; (...). Second, the legislature is the source of all law; (...). But these twin propositions and the simplistic interpretive process to which they give rise are belied on several counts. (...). The bottom line is that there is a decision to be made. Whether the mandate be to grant a certificate of public convenience and necessity or to classify imported goods, the designated official has to make a choice, first a choice between acting and not acting, and then a choice as to the terms on which the mandate will be carried out. Sometimes the choice will be closely conditioned by statutory language and by the overall context of the statute; sometimes there will be virtually no constraint imposed by the text. But one would be hard-pressed to point to a text in Canadian administration which is so clear on its face, so straightforward, that only one ‘correct’ interpretation, that being the one intended by the legislature, will be available (...). To move from a jurisprudence which says that interpretations are either right or wrong (and that some decision-makers have the right to be wrong) to a policy recognizing that texts ‘bristle with ambiguity’ or that interpretations can fall within a range of reasonableness is to admit a fundamental shift in attitudes towards statutory interpretation, a shift from positivistic analysis to a more open-textured, hands-on interpretive process. This opening up of attitudes towards interpretation combines with a second element, the recognition of the comparative expertise of the administrative decision-maker, to constitute the heart of the ‘policy’ behind new deferential standards. In effect the exercise of curial deference recognizes a superior interpreter, an interpreter who conforms with the policy-oriented, context-related model of statutory interpretation proposed earlier in response to the question of ‘how’”.

2. *Razões da aplicação de controle diverso do apontado na relação tendencial*

No item 1 deste capítulo buscou-se demonstrar que a efetivação das relações tendenciais apresentadas anteriormente pode ser comprometida pelo fato de que a suposta “identificação da natureza da decisão administrativa controlada” é, na realidade, um procedimento complexo e bastante subjetivo. Neste item deixa-se de lado a polêmica relativa à efetiva natureza de uma decisão: ela é considerada constante, para fins de argumentação. Ainda que não se discuta a natureza de uma decisão controlada, no entanto, o controle sobre ela aplicado não coincidirá necessariamente com aquele apontado pelas relações tendenciais. As razões são duas: a aplicação de um diferente modelo de controle pode revelar a intenção da promoção de finalidades diversas daquelas consagradas nas relações tendenciais (item 2.1); as características concretas do tribunal e da autoridade administrativa envolvidos numa hipótese específica de controle judicial podem destoar daquelas que informam as análises institucionais comparativas subjacentes às relações tendenciais (item 2.2).

2.1 *A consagração de finalidades diversas daquelas consagradas nas relações tendenciais*

O Professor americano Jerry Mashaw faz alusão a três espécies de *accountability*: política, jurídica e gerencial.¹³⁶ A ideia permite referir os aspectos distintos do manejo do direito administrativo nas mais diversas jurisdições. Este ramo do Direito visa a garantir que a ação administrativa seja (i) lícita, (ii) politicamente legítima e (iii) eficiente. Num caso concreto, a promoção de um destes aspectos ou finalidades pode comprometer a promoção de outro deles. Assim, por exemplo, a preocupação com a licitude da ação administrativa pode fundamentar que se erijam regras e salvaguardas jurídicas que prejudicam a eficiência administrativa. Do mesmo modo, esforços para promover a legitimidade política podem ameaçar tanto a licitude quanto a eficiência da ação administrativa. No primeiro caso, pense-se, por exemplo, em obrigações de transparência que poderiam violar direitos dos cidadãos em suas relações com a administração. No segundo caso, pense-se na consagração dos direitos de participação ou de deveres administrativos de motivação, que podem muitas vezes levar a uma “paralisia administrativa”. Não é possível desenvolver neste curto espaço toda a riqueza deste

136. Jerry Mashaw, “Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability,” *Revista Direito GV* 1/153-170 (edição especial), 2005.

tema. Aqui, é suficiente apontar as implicações desta realidade para a determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre uma ação administrativa.

Pois o fato é que, embora sejam muitas vezes apresentadas no discurso jurídico e político como neutras, as relações tendenciais do item 1 veiculam, na realidade, uma específica ponderação entre finalidades conflitantes do direito administrativo. No fundo, a opção por um controle judicial não deferente nos casos em que a decisão administrativa seja marcada por um aspecto juridicamente sensível revela uma intenção de salvaguardar direitos individuais ou promover valores tipicamente jurídicos, como a lisura e a isonomia na administração. Por outro lado, a alternativa de um controle judicial deferente para questões políticas traduz a intenção de favorecer a legitimidade política; enquanto a mesma solução no caso de questões técnicas destina-se principalmente a proporcionar a eficiência administrativa.¹³⁷

Sucedo que, ao tempo em que consagram estas opções de promover uma das finalidades, as soluções acima estarão veiculando também a preterição das demais. Quer dizer: na escolha pela aplicação de um específico modelo de controle judicial há uma *opção política subjacente* de privilegiar ou favorecer uma entre as finalidades conflitantes do direito administrativo. Esta circunstância torna-se particularmente visível após se ter demonstrado, no item 1 deste capítulo, que as decisões administrativas não possuem uma *natureza única*, mas são marcadas por diferentes aspectos. Assim, no caso das decisões ditas de “natureza técnica”, a aplicação de um controle judicial deferente de fato privilegiará a eficiência administrativa, ao terminar por alocar as responsabilidades regulatórias para a instituição mais adaptada a exercê-la. Mas não se poderá perder de vista que esta solução terminará por desassistir o necessário aspecto jurídico da decisão. Assim, é possível que fiquem insuficientemente protegidos os direitos das empresas ou dos cidadãos objeto da regulação.

Este item vale-se do exemplo de questões que foram qualificadas como políticas ou técnicas no item anterior, para demonstrar como pode ser plenamente justificável que se aplique sobre elas um controle judicial não

137. Para Dominique Custos, em alusão à doutrina *Chevron*, “la préférence donnée aux agences par rapport au juge, en matière de régulation quotidienne d’un secteur donné, reflète un choix d’efficacité. Au juge généraliste, livrant au gré des recours contentieux une casuistique immanquablement en retard sur les faits, a été substitué un organe spécialisé, apte à définir les orientations du long terme, comme à concocter les ajustements circonstanciels” (“L’interprétation de la loi aux États-Unis: le triomphe de l’expertise administrative sur le stare decisis”, *Droit Administratif* 10, outubro/2006, crhon. 2).

deferente – ou seja, um controle mais intenso do que aquele que se propugna nas relações tendenciais ali apresentadas.

2.1.1 *A hipótese intuitiva:*

a garantia da lisura de decisões políticas e técnicas

Na hipótese mais intuitiva, a aplicação de um controle não deferente a decisões administrativas qualificadas anteriormente como técnicas ou políticas traduzirá opção por um balanceamento diferente daquele que se veiculava nas relações tendenciais: haveria maior valorização da proteção de direitos e de valores jurídicos, em detrimento da promoção da legitimidade política e da eficiência administrativa.¹³⁸

2.1.1.1 A especialização do regulador como fator de risco à lisura administrativa

As mesmas características institucionais que fazem as autoridades reguladoras tão adaptadas para a promoção de uma regulação adequada geram alguns problemas que poderiam ser (ao menos marginalmente) corrigidos através da intervenção judicial. O mais óbvio efeito positivo da intensificação do controle judicial sobre a regulação econômica está na maior proteção de direitos e na promoção da lisura no agir administrativo. Em sentido semelhante, a Suprema Corte canadense já apresentou como grande desafio do controle judicial da administração pública o enfrentamento do dilema entre a eficiência da administração e a proteção de direitos.¹³⁹ Neste raciocínio,

138. Cass R. Sunstein, “On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action”, 1989 *Duke Law Journal* 522, 522: “The most obvious goal, or ‘benefit’, of judicial review is to increase the incidence of legality. (...). If legality is the goal of judicial review, active judicial review might well be desirable. There are good reasons to believe that courts have a comparative advantage over agencies in deciding what the law is”.

139. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 64: “On the one hand, there is the desire to respect legislative intention to create administrative bodies which can deal with issues in an economically efficient and expeditious fashion. There is a certain value in ‘finality’, and the economic value in such systems may be reduced where appeals through the courts are readily available. Further, administrative bodies may develop valuable expertise in dealing with particular issues (...). On the other hand, there is a great variety and diversity among administrative bodies, and not all administrative bodies are specialized or have equal expertise. Since some administrative bodies have a greater potential than others to impact on personal rights and freedoms, it may not be desirable to have one unilateral standard of deference. Further, there is a need to ensure that economic efficiency does not come at the expense of the vulnerable. Finality is a hollow victory where

enquanto o controle não deferente promoveria maior proteção de direitos, a deferência judicial normalmente serviria à eficiência administrativa.

As vantagens institucionais dos tribunais nos aspectos jurídicos devem-se inicialmente à sua própria expertise, que os faz mais aptos a aplicar o Direito e a identificar limites constitucionais e infraconstitucionais à ação administrativa. Para além disso, contudo, outras vantagens comparativas resultam precisamente da principal característica institucional que dificulta sua atuação regulatória: os tribunais têm atuação genérica e estão imunes aos *vícios* (objetivo e subjetivo) da especialização.

2.1.1.1.1 A especialização e o viés subjetivo – O capítulo anterior destacou a maior adequação institucional das autoridades administrativas para regular em função (também) da sua proximidade com o setor e a indústria regulada. A atuação cotidiana no setor faria as autoridades administrativas familiarizadas com seus problemas. A proximidade com seus atores tenderia a reduzir o problema da assimetria informacional, na medida em que a autoridade tenderia a receber inúmeros influxos seus. Estes influxos são constantes e encorajados também pela informalidade da atuação das agências em comparação à dos tribunais. Sucede que precisamente estas características institucionais que tornam as autoridades administrativas mais bem informadas e especializadas podem impactar negativamente a imparcialidade e a lisura da sua atuação, gerando um *viés subjetivo* consistente no favorecimento regulatório de alguns atores específicos.¹⁴⁰

Como demonstraram economistas ligados à Escola de Chicago, este viés beneficia com maior frequência a indústria regulada, que tende a “capturar” o regulador. A eficácia das investidas empresariais resulta de duas razões principais.¹⁴¹ Em primeiro lugar, interesses compactos e organizados

obtained in a manner not according with principles of fundamental justice. In order to maintain public confidence in administrative systems, there is also the need to guard against potential administrative abuse of authority”.

140. Harold H. Bruff, “Specialized courts in administrative law”, 43 *Admin. L. Rev.* 329, 345 (1991): “Administrative law displays a basic ambivalence about adjudicative neutrality – the benefits of obtaining knowledgeable decision-making are gained at the risk of introducing unacceptable levels of bias or interest. This tension between expertise and bias has existed for centuries”.

141. A referência é à chamada “Teoria da Regulação Econômica”, que teve início com um artigo em que George J. Stigler aplica a racionalidade econômica às condutas políticas, assumindo que os agentes políticos são, eles também, maximizadores de seu próprio interesse pessoal. Portanto, poderiam os grupos de interesse influenciar suas ações ao satisfazer seus interesses (“The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2/3-21, n. 1, 1971). A teoria ganhou elaborações mais precisas posteriormente, com

tendem a prevalecer sobre interesses difusos em disputas políticas, tendo em vista o menor custo de sua mobilização. Isso importa uma tendência a que os interesses das empresas reguladas prevaleçam sobre aqueles dos consumidores na “competição pela regulação”.¹⁴² Em segundo lugar, tomada a regulação como um bem adquirível no mercado político, há uma tendência a que ela seja obtida pelo grupo que a valorar mais intensamente – e este é o caso das empresas reguladas, afetadas de modo geralmente mais intenso e concentrado pelas políticas regulatórias do que a massa de consumidores.¹⁴³

As características tradicionais dos tribunais fazem-nos comparativamente menos sujeitos a este viés subjetivo. Em função de sua atuação genérica, os tribunais têm menor contato com uma indústria específica, o que gera menor risco de conformação cotidiana e de propensão para beneficiar partes específicas ou, mesmo, passar a ver as questões trazidas a juízo de maneira enviesada. É, assim, de se esperar que as intervenções judiciais sejam *mais neutras*, refletindo uma ponderação mais equilibrada dos interesses envolvidos em uma disputa.¹⁴⁴

as contribuições aportadas por: Sam Peltzman, “Toward a more general Theory of Regulation”, *Journal of Law and Economics* 19/211-240, n. 2, “Conference on the Economics of Politics and Regulation”, 1976; e Gary Becker, “A theory of competition among pressure groups for political influence”, *The Quarterly Journal of Economics* 98/371-400, n. 3, 1983. Fundamentalmente, estes dois autores adicionam à análise de Stigler o aspecto de equilíbrio ou dinamismo: a cada conquista de um grupo de interesse no mercado político a situação se altera, abrindo espaço para novas e diferentes transformações do *status quo*. De acordo com Becker: “(...) a change in the influence of any group that affects its taxes and subsidies must affect the subsidies and taxes, and hence the influence, of other groups. Therefore, groups do not entirely win or lose the competition for political influence because even heavily taxed groups can raise their influence and cut their taxes by additional expenditures on political activities. This contrasts with the all-or-nothing outcomes implied by many other formal models of political behavior, where the ‘majority’ clearly wins and the ‘minority’ clearly loses”.

142. Sam Peltzman, Michael E. Levine e Roger G. Noll, “The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation”, *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics* 1989, p. 14.

143. Estudos de setores regulados nos Estados Unidos demonstraram que as medidas regulatórias públicas em geral promovem os interesses da indústria regulada. V., a propósito: Thomas Gale Moore, “The beneficiaries of trucking regulation”, *Journal of Law and Economics* 21/327-343, n. 2, 1978; William A. Jordan, “Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation”, *Journal of Law and Economics* 15/151-176, n. 1, 1972.

144. Neil Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994, p. 128: “From a social standpoint, the greater insulation of judges from the various pressures, produced in part by the presence of all the formalities, provides an important

A formalidade da atuação e do acesso aos tribunais contribui para ampliar esta vantagem institucional comparativa para a *imparcialidade*. As formas de acessar o tribunal são mais institucionalizadas e normalmente exigem a abertura de igual oportunidade para a manifestação da parte contrária, em atenção ao princípio do contraditório. Como resultado, há uma espécie de equiparação (ao menos ao nível formal) de armas entre as partes envolvidas numa disputa específica, para os fins de influenciar a decisão final dos tribunais. A formalização destes influxos gera, portanto, uma redução da possibilidade de captura. O resultado é que, se a intervenção regulatória dos tribunais tende a ser *tecnicamente menos qualificada*, também é verdade que ela tende a ser *mais imparcial e neutra*.

Naturalmente, não é frequente que os tribunais justifiquem a aplicação de um controle mais intenso sobre decisões regulatórias com base nestes argumentos. A *maior propensão a um viés subjetivo* é um argumento institucional sensível, na medida em que sugere que uma entidade pública tenha cedido a pressões muitas vezes escusas, afastando-se de um modelo mais aconselhável de “neutralidade pública”. Em algumas situações, no entanto, é possível supor que tais considerações tenham sido relevantes.¹⁴⁵ Pense-se, por exemplo, no célebre caso *State Farm*, em que a Suprema Corte analisou a revogação, pela *National Highway Traffic Safety Administration*/NHTSA, de regulação sua.¹⁴⁶

Esta regulação, adotada em 1977, exigia a instalação de algum mecanismo *automático* de segurança cujo funcionamento não dependesse de ação humana (*passive occupant restraints systems*). Em 1982 ela foi revogada pela NHTSA, sob o argumento de que não mais se verificavam benefícios significativos à segurança dos ocupantes dos automóveis. As companhias automobilísticas haviam optado pela instalação quase exclusiva de cintos de segurança automáticos – fato que contrariava a previsão inicial feita pela NHTSA à época da emissão da regulação, segundo a qual *airbags* seriam instalados em 60% dos veículos. A NHTSA observava que em sua maioria

source of comparative advantage for the adjudicative process. This independence provides judges with the opportunity to shape social decisions without some of the biases and pressures that distort other institutions”.

145. Thomas Merrill menciona casos em que o *DC Circuit* pareceu ter intensificado o controle por preocupações ligadas à captura (“The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, cit., in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, p. 405.

146. *Motor Vehicle Manufacturers Ass’n versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

estes cintos por meio de cuja instalação as companhias cumpriam o requerimento regulatório podiam ser fácil e permanentemente desativados. Por esta razão, a NHTSA concluiu que a regulação impunha custos desnecessários à indústria automobilística e aos seus consumidores, sem produzir benefícios consideráveis para a segurança dos viajantes – tratava-se de exemplo de regulação inefetiva, que deveria ser eliminada. Na motivação apresentada pela autoridade administrativa para justificar a revogação eram constantes as menções às “dificuldades da indústria automobilística” e aos custos que a regulação lhe impunha.¹⁴⁷

A partir de contestação judicial realizada por uma companhia de seguros (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*) em litisconsórcio com a associação nacional de seguradores independentes, a Suprema Corte terminou por anular a revogação da regulação, julgando-a arbitrária, por ausência de fundamento adequado.¹⁴⁸ Para a Suprema Corte a inefetividade da regulação poderia ter sido remediada através da imposição de instalação de *airbags* ou, mesmo, de cintos de segurança não destacáveis. Estas possibilidades não haviam sido consideradas pela NHTSA.¹⁴⁹

Se, como se disse acima, é raro que os tribunais justifiquem a aplicação de um controle mais intenso com fundamento no viés subjetivo, este argumento é bastante contraditório na doutrina para explicar significantes movimentos jurisprudenciais em direção a um recrudescimento do controle judicial. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos o movimento da *Hard Look doctrine* (que propõe uma intensificação do controle *procedimental* operado sobre autoridades administrativas) é ligado por diversos autores à

147. *Motor Vehicle Manufacturers Ass’n versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 38 (1983).

148. Há, em geral, uma tendência à intensificação do controle em hipóteses de desregulação. A circunstância poderia ser explicada precisamente pelo receio dos tribunais de que a desregulação tenha sido objeto de pressão da indústria (e não, simplesmente, de políticas bem-intencionadas). Sobre o tema, v.: Cass R. Sunstein, “Deregulation and the hard-look doctrine”, 1983 *Sup. Ct. Rev.* 471, p. 182: “The technocratic rationality required by State Farm and similar decisions should be understood as a device, admittedly highly imperfect, for reducing the risk that agency decisions will result from ‘political’ considerations that are sometimes illegitimate and that at any rate ought not to be concealed. In this respect, the emphasis of the hard-look doctrine on careful identification of goals and detailed explanation of how various alternatives might achieve those goals is in tension with a conception of the administrative process not as a search for the public interest but as a struggle among competing interest groups for economic welfare. Justice Rehnquist’s reference to the political orientation of the new administration highlights the point”.

149. *Motor Vehicle Manufacturers Ass’n versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 46-47 (1983).

difusão das preocupações relativas ao fenômeno da captura especialmente nos anos 1960 e 1970.¹⁵⁰

2.1.1.1.2 A especialização e o viés objetivo (o tunnel view) – A especialização institucional causa também uma espécie de viés que aqui se denomina “objetivo”. Este vício consiste numa limitação cognitiva ou propensão a encarar os problemas sempre sob a ótica de sua competência ou expertise, negligenciando seus demais aspectos relevantes. Na doutrina de língua inglesa costuma-se fazer referência a uma “visão de túnel” (*tunnel view*).¹⁵¹ Do ponto de vista jurídico a “visão de túnel” é problemática, porque pode levar entidades especializadas a ignorar aspectos jurídicos impositivos na busca da realização de seus objetivos institucionais. É possível que este procedimento leve, por exemplo, a violações a normas ou direitos constitucionais. Nestes casos, a incidência do controle judicial pode ser auspiciosa: a generalidade dos tribunais (“especialistas em serem não especialistas” – na expressão de James Freedman¹⁵²) os faria particularmente adaptados para velar pela *integridade* do sistema jurídico,¹⁵³ eventualmente comprometida por atores setorizados.¹⁵⁴

150. Neste sentido: Cass R. Sunstein, “Law and administration after Chevron”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2082: “It is ironic but true that this insistence became particularly pronounced in the 1960s and 1970s, a period in which those enthusiastic about regulation were especially dissatisfied with administrative autonomy. In this period, agencies appeared unenthusiastic about their mandates. The phenomenon of ‘capture’ received widespread attention, and judicial controls seemed to be an important part of the project of ensuring that regulatory statutes, especially in the environmental area, would produce change in the real world”.

151. Fazem referência à *tunnel view* ou *tunnel vision* como razão para fundamentar o controle judicial, entre outros: Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, cit., 38 *Admin. L. Rev.* 363, 371; Richard A. Posner, “Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework”, in Daniel P. Kessler (ed.), *Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, p. 20; James O. Freedman, “Expertise and the administrative process”, 28 *Admin. L. Rev.* 363, 377 (1976). Um desenvolvimento particularmente sofisticado do argumento da visão de túnel (embora sem referência a esta expressão) pode ser encontrado em Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/485 e ss.

152. James O. Freedman, “Expertise and the administrative process”, cit., 28 *Admin. L. Rev.* 363, 377.

153. Louis L. Jaffe, “The right to judicial review I”, 71 *Harv. L. Rev.* 401, 409 (1957); David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, 55 *U. Toronto L. J.* 691, 710-711 (2005).

154. Richard A. Posner, “Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework”, cit., in Daniel P. Kessler (ed.), *Regulation Versus Litigation:*

O tema remete ainda uma vez à polêmica *desagregação* de uma questão em seus diversos aspectos.¹⁵⁵ Acima se deu o exemplo do caso *Council of Canadians with Disabilities*,¹⁵⁶ no qual a Suprema Corte canadense dividiu-se em função da complexidade objetiva da questão, que possuía componentes técnicos (o exame e a identificação da existência de obstáculos indevidos em um veículo de transporte) e jurídicos (consistentes na avaliação da acessibilidade e infração dos direitos dos cidadãos portadores de deficiência física). Esta “múltipla natureza” de determinada questão está longe de ser uma exceção. A rigor, o que parece variar é a importância de cada um de seus aspectos. No caso *Council of Canadians with Disabilities* a sensibilidade jurídica da questão não era tão imediata ou substancial: embora a acessibilidade a portadores de deficiência física envolva considerações jurídicas, ela era solucionável de forma relativamente fácil a partir de um juízo *técnico*. Quer dizer: a avaliação impacta direitos fundamentais, mas de forma pouco peculiar. Esta circunstância pode ser útil para explicar por que a Suprema Corte optou por “privilegiar” o aspecto da tecnicidade da questão, submetendo-a a um controle de razoabilidade.

Mas, como também se viu acima, no caso *Toronto (City)* a conclusão da Suprema Corte foi diferente.¹⁵⁷ Nele, um árbitro trabalhista ordenou a reintegração de funcionário demitido por justa causa após condenação por crime sexual. A reintegração foi ordenada após o árbitro trabalhista reexaminar as provas dos autos do processo criminal e concluir que o crime não havia ocorrido. A questão que se pôs era se o árbitro do trabalho, responsável pela avaliação da existência de justa causa, pode refazer esse julgamento já procedido pelo Judiciário. Aplicando o enfoque pragmático e funcional, a Suprema Corte entendeu que dois modelos de controle incidiam no caso. O modelo de irrazoabilidade manifesta incidia sobre a determinação do árbitro trabalhista sobre se houvera, ou não, justa causa. O modelo de correção, no entanto, era aplicável para examinar a decisão do árbitro no sentido de que ele não estava vinculado à decisão criminal transitada em julgado.¹⁵⁸ Ao

Perspectives from Economics and Law, p. 20: “Courts bring to the table an outsider’s perspective on issues that regulators, afflicted with tunnel vision, might botch. Judges are less mission-oriented than regulators. Being generalists and coming from diverse professional as well as personal backgrounds, they are less likely to identify with particular policies and therefore bring a more balanced approach to issues than regulators committed to a particular policy do”.

155. V. item 1.1.1.2, acima.

156. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650.

157. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77.

158. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 15.

final, o raciocínio empregado pela Corte foi o de que a *incorreta* determinação preliminar a propósito da vinculação à condenação criminal fez com que a decisão a propósito da existência de justa causa para a demissão fosse prejudicada e fosse considerada manifestamente irrazoável.¹⁵⁹

Note-se que, aqui, a “visão de túnel” da autoridade administrativa (o árbitro trabalhista) a fez negligenciar uma importante questão jurídica: a existência de coisa julgada sob um aspecto de decisão que teria que tomar. Como forma de contrapor este viés objetivo, a Suprema Corte optou por segregar a decisão administrativa, destacando seu aspecto jurídico e chamando para si a responsabilidade de resolvê-lo. Esta atitude da Suprema Corte canadense ilustra perfeitamente o ponto que se quer destacar. Ainda que a autoridade administrativa pertinente fosse mais adaptada para enfrentar a questão regulatória, sua especialização a fez ignorar um relevante aspecto do problema que fugia à sua expertise. Nesta hipótese, a intervenção de uma instituição de atuação genérica (como os tribunais) pode contribuir para corrigir este viés.¹⁶⁰

159. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 60.

160. Em um trabalho anterior o autor tratou de uma interessante expressão do viés objetivo no âmbito do direito antitruste (v. Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições Regulatórias à Concorrência*, Belo Horizonte, Fórum, 2009). Em algumas jurisdições as autoridades antitruste têm buscado limitar os problemas da regulação pública anticompetitiva através do combate ao *lobby* empresarial. Sanções têm sido impostas para punir os esforços empresariais voltados a convencer entidades governamentais a promulgar regulações que as favoreçam, através da restrição da concorrência. Do ponto de vista da proteção à concorrência a questão é importante, porque muito do impacto anticompetitivo da regulação estatal deriva desta atuação lobista. A pressão política perante o regulador é uma das alternativas à disposição dos interessados em reduzir a competitividade dos mercados. Disso resulta um óbvio interesse das autoridades antitruste em coibir estas atividades. Sucede que estas atuações empresariais são política e juridicamente sensíveis. O *lobby* é manifestação de liberdades políticas fundamentais à democracia. Assim, ao menos *a priori*, é uma atividade não só *lícita* como desejável, essencial à eficácia social de um regime político representativo. A expressão de interesses pelos cidadãos é condição para que os políticos possam exercer o poder em seu nome. Nos Estados Unidos a opção tem sido por privilegiar os direitos de manifestação e pressão política, em detrimento da proteção da concorrência. A atuação política das empresas privadas perante o Poder Público para a elaboração de regulações com efeitos anticompetitivos, como proteção aos seus interesses particulares, é disciplinada pela chamada *Noerr-Pennington doctrine*. Esta teoria cristaliza o posicionamento da Suprema Corte no assunto, fixado a partir dos casos *Eastern Railroad Presidents Conference versus Noerr Motor Freight*, 365 U.S., e *United Mine Workers versus Pennington*, 381 U.S. 657, de onde deriva seu nome. Seu princípio condutor é o de garantir o desinibido acesso dos particulares aos agentes públicos responsáveis pelas decisões governamentais. Seu fundamento principal reside na Primeira Emenda à Constituição americana, que estabelece uma proibição

2.1.1.2 O risco de violação a direitos na ponderação de interesses públicos

No caso de questões políticas, o controle judicial não deferente foi desaconselhado no Capítulo I desta Primeira Parte, porque poderia terminar por veicular uma transferência de competências para uma instituição politicamente menos legítima. No entanto, em algumas situações pode-se entender que os riscos a violações de direitos individuais ou outros valores jurídicos são tão elevados, que justificam a intervenção judicial. O Direito Francês oferece interessante ilustração desta orientação. Como foi visto, os tribunais franceses costumam reconhecer a necessidade de aplicação de um controle deferente sobre as ponderações de interesses públicos conflitantes operadas pelas autoridades reguladoras. Mas para as ponderações administrativas realizadas por ocasião de desapropriações os tribunais administrativos não limitam sua intervenção. Assim, permitem-se proceder a um balanceamento autônomo das vantagens e desvantagens sociais das medidas administrativas, anulando-as quando este *bilan* não é considerado positivo.

2.1.1.2.1 O contrôle du bilan nas declarações de utilidade pública para desapropriações – O Conselho de Estado utilizou pela primeira vez o *contrôle du bilan* no caso *Ville Nouvelle Est*, em 1971. Tratava-se de um grande projeto de construção de uma vila universitária e de uma rodovia na cidade de Lille, no Norte da França. Para viabilizá-lo previa-se um elevado número de desapropriações. O projeto foi alvo de protestos e contestações públicas, mas ainda assim foi declarado de utilidade pública pelo Ministro de Obras Públicas e Habitação. Uma associação de pessoas afetadas levou a questão à Justiça. A ação envolvia uma série de argumentos relativos a vícios no procedimento participativo que antecedeu a declaração de utilidade

a que a legislação federal atente contra algumas liberdades fundamentais, como a liberdade de credo, de expressão, de imprensa, de associação e de petição ao Poder Público. De acordo com a Suprema Corte, as leis federais americanas (em especial o *Sherman Act*, principal legislação antitruste) não poderiam ser interpretadas de modo a impedir que as empresas levassem aos agentes públicos suas manifestações, tentando influenciá-los a agir em seu favor. Desta forma, a *Noerr-Pennington doctrine* provê uma espécie de imunidade antitruste dirigida a atos anteriores à elaboração de uma política ou decisão regulatória específica. Esta imunidade atinge atos de petição ao Governo sob múltiplas formas, como *lobby* político, processos administrativos e litígios processuais. A orientação da Corte americana pode ser criticada, mas é ilustrativa dos riscos associados ao viés objetivo que podem assolar as autoridades especializadas. Na busca pelo fomento da finalidade social específica que lhe incumbe, pode acontecer que a autoridade afete direitos fundamentais e regras constitucionais relevantes. Para proceder a este julgamento e corrigir estes desbordamentos juridicamente sensíveis, os tribunais parecem instituições adequadas.

pública do projeto. Aqui interessa particularmente a questão mais substancial, da declaração de utilidade pública do projeto. A associação sustentava, fundamentalmente, que a destruição de mais de uma centena de casas era um preço muito elevado para pagar por sua realização.

Até esta decisão a jurisprudência do Conselho de Estado adotava o entendimento de que a escolha do terreno para a implantação de um projeto consistia em juízo de oportunidade, estando excluído de qualquer controle judicial.¹⁶¹ O Comissário de Governo Braibant propõe uma alteração desta jurisprudência, levando a uma nova definição, “mais completa e mais refinada”, da noção de utilidade pública. Ele sustenta que a realidade da desapropriação foi sendo alterada com o tempo – o que antes envolvia apenas “o interesse geral” *versus* “o interesse privado” passou a muito frequentemente envolver “diversos interesses públicos”. Disso resultaria que já não seria suficiente analisar se um projeto em si mesmo apresentaria uma utilidade pública: seria preciso “colocar na balança os seus inconvenientes com as suas vantagens, seu custo com o seu benefício”.¹⁶² Em relação ao custo que deve ser levado em consideração para decidir sobre a validade jurídica de um projeto, o Comissário de Governo é claro em afirmar que “não se trata somente do custo financeiro (...) mas também aquilo que se poderia chamar de uma maneira geral de seu custo social”.¹⁶³ Sugere, em seguida, que estas vantagens e desvantagens a serem ponderadas pelo juiz incluirão considerações ambientais, patrimoniais, culturais, em projetos para construção de aeroportos, estradas e estações de Metrô.¹⁶⁴

161. CE, Ass. 30.6.1961, *Groupement de Défense des Riverains de la rive ouest de l'Estérel*; CE, 27.2.1970, *Chenu*.

162. Conclusões do Comissário de Governo Braibant no caso CE, A, 28.5.1971, *Ville Nouvelle Est*, Req. 78825.

163. Conclusões do Comissário de Governo Braibant no caso CE, A, 28.5.1971, *Ville Nouvelle Est*, Req. 78825: “Ce n'est pas seulement le coût financier de l'opération qui doit être pris en considération, mais aussi ce que l'on pourrait appeler d'une façon générale son coût social”.

164. Conclusões do Comissário de Governo Braibant no caso CE, A, 28.5.1971, *Ville Nouvelle Est*, Req. 78825: “A un moment où il est beaucoup question, et à juste titre, d'environnement et de cadre de vie, il faut éviter que des projets par ailleurs utiles viennent aggraver la pollution ou détruire une partie du patrimoine naturel et culturel du Pays; la tentation est grande de sacrifier la tranquillité des habitants d'une banlieue à un aéroport, la forêt de Fontainebleau à une autoroute ou les pavillons de Baltard à une station de Métro. Il importe que, dans chaque cas, le pour et le contre soient posés avec soin, et que l'utilité publique de l'opération ne masque pas son éventuelle nocivité publique (...). C'est cette solution que nous vous proposons aujourd'hui de consacrer et généraliser”.

Numa formulação um pouco menos específica, mas igualmente ampla, o Conselho de Estado parece ter acatado a proposição do seu Comissário de Governo, ao afirmar que “uma operação só pode ser legalmente declarada de utilidade pública se as violações à propriedade privada, o custo financeiro e eventualmente os *inconvenientes de ordem social* que ela comporta não são excessivos em relação ao interesse que ela apresenta”.¹⁶⁵ Dá-se, portanto, uma ponderação autônoma, pelos tribunais administrativos, das “vantagens e desvantagens” gerais do projeto. A princípio, nenhuma circunstância deve fugir à análise dos tribunais. Um projeto só deverá ser declarado de utilidade pública e dar ensejo a desapropriações regulares quando seus “benefícios sociais” (aí incluídas vantagens culturais, industriais, econômicas, políticas, ambientais etc.) superarem seus “inconvenientes sociais” (também entendidos neste sentido amplíssimo). Para promover este tipo de juízo o tribunal deverá contrapor interesses públicos conflitantes e balanceá-los de forma independente.

O Comissário de Governo Braibant não ignora as objeções que poderiam ser feitas a um controle deste tipo. Ele faz menção expressa a duas delas: (i) a tese de que o juiz administrativo estaria ingressando em questões de oportunidade; (ii) a tese de que o juiz administrativo ingressaria em apreciações técnicas difíceis, que excederiam suas aptidões. O enfrentamento das objeções, no entanto, é bastante decepcionante. Após afirmar que as objeções são “sérias, mas não definitivas”, o Comissário de Governo limita-se a observar que um exame tão ou mais complicado do que aquele que seria necessário para proceder ao *contrôle du bilan* já era feito em outros âmbitos (como as ameaças à ordem pública em matéria de poder de polícia) e mesmo em anteriores casos de controle de declaração de utilidade pública.¹⁶⁶

165. CE, A, 28.5.1971, *Ville Nouvelle Est*, Req. 78825: “Sur l'utilité de l'opération: – cons. Qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs au égard à l'intérêt qu'elle présente”.

166. A propósito, o Comissário de Governo Braibant cita o caso CE, 4.4.1964, *Dame veuve Borderie*, em que o Conselho de Estado havia anulado declaração de utilidade pública de um projeto de construção de centro hípico em Saint-Médard-en-Jalles porque “la commune était dans l'incapacité, eu égard à son importance et à son activité, de réaliser les objectifs sportifs qu'elle invoquait”. Por outro lado, o Conselho de Estado admitiu a utilidade pública da extensão de um hipódromo em Cagnes-sur-Mer em consideração ao interesse para o desenvolvimento econômico e turístico da região (CE, 10.2.1958, *Bô et Autres*). Com estas citações o Comissário pretendia demonstrar que o exame da validade jurídica da declaração de utilidade pública já não era meramente “abstrato”, e envolvia apreciação das circunstâncias específicas do caso concreto.

Quer dizer: o argumento único do Comissário de Governo se traduz em uma reivindicação do não ineditismo do *contrôle du bilan*. Não houve, portanto, um enfrentamento mais profundo nem direto a propósito da questão substancial: a conveniência de uma avaliação que pode terminar transferindo a autoridade para promover juízos políticos para uma entidade com menor legitimidade democrática. O risco é evidente, não apenas pela subjetividade das avaliações promovidas, mas também pela sua amplitude.¹⁶⁷ A liberdade da apreciação a ser realizada pelos tribunais é quase absoluta.¹⁶⁸

O fato de que esta solução tenha sido adotada para o caso específico dos procedimentos administrativos de desapropriação talvez permita sugerir que a solução visa a reforçar a proteção dos direitos de propriedade envolvidos nestas grandes operações. Note-se, a propósito, que o chamado *contrôle du bilan* foi criado para a solução de um contexto social extremamente complexo e polêmico. De um lado, um projeto político de grandes proporções. De outro, situações jurídicas subjetivas por ele gravemente afetadas. Talvez a mensagem seja precisamente a de que decisões políticas com implicações muito relevantes na esfera jurídica subjetiva de um grande número de cidadãos só podem ser admitidas em circunstâncias muito particulares – quando estas restrições sejam totalmente justificáveis.

167. Grégory Kalfèlèche, “Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives”, *LPA* 46/46, 5.3.2009.

168. Se a aplicação do chamado *contrôle du bilan* implica um grande risco teórico, é preciso admitir que, na prática, o Conselho de Estado tem sido bastante cauteloso em suas intervenções. Assim, também: Didier Truchet, *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, PUF, 2010, p. 217. No próprio caso *Ville Nouvelle Est*, após longa argumentação para justificar este tipo de controle, o controle efetivamente promovido foi bastante superficial. Na análise mais longa promovida pelo Comissário de Governo, ele basicamente afirmou que o projeto consistia na desapropriação de cerca de uma centena de habitações para alojar em seguida 20 mil novos habitantes e 30 mil estudantes. Destacou, ainda, que a própria administração já promovera algumas alterações no projeto, de modo a sacrificar o menor número de habitações possível. Finalmente, descartou a alternativa da Federação recorrente de que o projeto deveria ser realizado no Interior, pois havia o inconveniente de separar os estudantes do meio urbano e do resto da população. Acatando esta argumentação, o projeto foi mantido pelo Conselho de Estado em uma fundamentação bastante sucinta. A primeira vez que este Tribunal Administrativo anulou um projeto de grande porte com base no *contrôle du bilan* deu-se quase três décadas após sua criação, em CE, Ass., 28.3.1997, *Ass. Contre le Projet d'Autoroute Transchablaisienne*, RFDA 1997, p. 739, concl. Denis-Linton. O custo da operação foi considerado extremamente elevado para os benefícios que dela decorreriam. Outro caso de anulação com base num *bilan* negativo foi CE, 10.7.2006, *Association Interdépartementale et Intercommunale pour la Protection du Lac de Sainte-Croix*.

2.1.2 A hipótese contraintuitiva: legitimidade e eficiência através dos tribunais

Como foi dito anteriormente, a aplicação de um controle judicial não deferente também nas hipóteses de questões técnicas ou políticas se justifica intuitivamente como forma de reforçar a proteção a direitos individuais ou valores jurídicos como a lisura e a isonomia da ação administrativa. Uma questão adicional é se a incidência deste modelo de controle poderia terminar por favorecer também as demais finalidades do direito administrativo. Seria possível ampliar a legitimidade democrática e a eficiência administrativa *através* do controle judicial? A hipótese é contraintuitiva, por todas as razões apontadas no capítulo anterior. Apesar disso, ela é às vezes levantada no discurso justificativo ou propositivo da intensidade do controle judicial. Cumpre, aqui, examinar os méritos destes argumentos.

2.1.2.1 Legitimidade através do reforço da transparência e da *accountability*

Numa primeira aproximação, a ideia de um reforço da legitimidade democrática da administração através do controle judicial parece óbvia. Afinal, parte da legitimidade das autoridades administrativas advém principalmente do fato de que elas estão submetidas a este controle.¹⁶⁹ Quer dizer: a *mera disponibilidade* do controle judicial em caso de excessos contribuiria para legitimar o exercício da força pela administração pública.¹⁷⁰

Mas o argumento da ampliação da legitimidade das autoridades administrativas através do controle judicial é particularmente frequente no que se refere às autoridades reguladoras. Estas autoridades são criticadas por apresentarem um suposto “déficit de legitimidade”, circunstância nor-

169. Cass Sunstein, “On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action”, cit., 1989 *Duke Law Journal* 522, 525. Peter Cane fala da “importância simbólica” do controle judicial (v. o seu “Understanding judicial review and its impact”, in Marc Hertogh e Simon Halliday (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 41).

170. Nos Estados Unidos a doutrina destaca que, historicamente, se admitia a delegação de poderes para as autoridades administrativas *precisamente porque* elas estariam submetidas a um controle judicial. Trata-se de circunstância que se vê abalada pela doutrina *Chevron* (cf. Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 997; Michael Herz, “Deference running riot: separating interpretation and law-making under *Chevron*”, cit., 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187, 189; Patrick M. Garry, “Judicial review and the ‘hard-look’ doctrine”, 7 *Nev. L. J.* 151).

malmente associada à sua independência da administração central (aspecto subjetivo) e à complexidade da matéria sobre a qual incide sua atuação (aspecto objetivo). Cada um destes aspectos afeta um elemento da *accountability* destas autoridades. No primeiro caso há um comprometimento da sua *responsividade*; no segundo, da *transparência*.¹⁷¹ O argumento, aqui, é precisamente o de que o controle judicial contribuiria para gerar ganhos de legitimidade democrática, ao compensar sua baixa responsividade política¹⁷² (item 2.1.2.1.1) e contribuir para ampliar a transparência de suas decisões (item 2.1.2.1.2).

2.1.2.1.1 Independência institucional e baixa responsividade – Para garantir uma regulação tecnicamente adequada e imune a influências políticas, as entidades a tanto competentes costumam assumir a forma de *autoridades administrativas independentes*.¹⁷³ Esta “independência” consiste, usualmente, na detenção de uma série de características. De um lado, possuem autonomia organizacional (as autoridades não estão submetidas à ingerência de um ministério) e financeira (seu orçamento não está vinculado ao da administração central). De outro, seus membros possuem mandato fixo (não demissíveis *ad nutum*, à conveniência das forças políticas contextuais) e escalonado (evitando que a cada nova administração mudem todos os membros e sua orientação ideológica). Estas características, que se destinam a isolar as autoridades reguladoras de uma influência política, geram um “déficit de *accountability*”, em especial no elemento da “responsividade” (*responsiveness*). As autoridades reguladoras são pouco sensíveis aos anseios da população, que não possui mecanismos eficientes para sancioná-las (por exemplo, via destituição) na hipótese de sua atuação desagradar. Em

171. De acordo com Jonathan Koppel, são cinco as “dimensões” da *accountability*: “transparency, liability, controllability, responsibility, responsiveness” (“Pathologies of accountability, ICANN and the Challenge of ‘multiple accountabilities disorder’”, *Public Administration Review* 65(1)/94-107).

172. Martine Lombard, por exemplo, sugere que o controle judicial sobre as autoridades administrativas na França deve ser mais intenso do que nos Estados Unidos, porque apenas neste último País haveria uma supervisão efetiva do Presidente da República. Quer dizer: o controle judicial serviria a compensar esta falta de controle político (“Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *AJDA* 2005, p. 530).

173. Nas palavras de Jacques Chevallier: “Il est donc nécessaire que la régulation incombe à des instances ‘neutres’ et objectives’, non seulement dégagées de tout lien d’allégeance à l’égard des gouvernants mais aussi déconnectées du reste de l’appareil, et de ce fait capables de définir les conditions d’un ‘juste équilibre’ entre les intérêts sociaux de toute nature, intérêts publics compris” (“La régulation juridique en question”, *Droit et Société* 49/839, Paris, 2001).

alguns Países, discutiu-se longamente a questão da legitimidade democrática destas instituições.

Na Itália este déficit de *accountability* foi explicitamente referido pelo Conselho de Estado para justificar a necessidade de aplicar um “controle judicial pleno” sobre as autoridades reguladoras. Na decisão em que superou sua posição até então deferente, abandonando os conceitos de “avaliação técnica complexa” e “controle fraco”, o máximo Tribunal Administrativo italiano afirmou que “o fato de que se trate de uma autoridade situada fora do âmbito político torna ainda mais necessário que o controle do juiz seja pleno”.¹⁷⁴

O caso italiano é ainda mais relevante, porque esta independência política, geradora de uma “neutralidade” institucional, fora anteriormente considerada pelo Conselho de Estado como uma razão para justificar o tal controle fraco, limitado a hipóteses de irrazoabilidade.¹⁷⁵ Ou seja: houve uma total mudança de orientação, talvez explicável precisamente por uma alteração na finalidade pública perseguida através do controle judicial: antes se buscava promover a eficiência administrativa/regulatória, depois se passa a atentar mais profundamente à reduzida legitimidade democrática das autoridades. Neste sentido, o “controle judicial pleno” seria uma forma de colmatar este déficit de *accountability*.

O raciocínio é compreensível: se as autoridades reguladoras *já fogem ao controle político*, ao menos deveriam submeter-se a um controle judicial,

174. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3: “Il fatto che si tratti di un'autorità posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico rende ancor più necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all'autorità nell'esercizio del potere ad essa spettante”.

175. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9: “L'organizzazione concreta del sindacato giurisdizionale è stata, così, correttamente collegata, da una parte alle peculiari caratteristiche di tali valutazioni complesse, e, dall'altra, alla speciale rilevanza della garanzia che la legge ha inteso assicurare agli interessi presi in considerazione da tali valutazioni, anche in relazione al principio del buon andamento di cui all'art.97 Cost., attraverso la predisposizione di strutture amministrative, dotate di particolari legittimazione e competenze. (...). Queste, infatti, si caratterizzano per il fatto che la valutazione dell'interesse pubblico concreto connesso con il provvedimento viene realizzata, considerato il modo in cui la legge ha configurato l'autorità, i suoi poteri ed i suoi provvedimenti, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali. Sotto questo profilo, cioè che assume particolare rilievo è l'affidamento della tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi, ad un'autorità che si caratterizza non soltanto per la qualificazione e la composizione tecnica, ma per l'esercizio di poteri neutrali, la cui indipendenza costituisce una diretta conseguenza della neutralità”.

sob pena de agirem de forma totalmente irresponsável. Não se perca de vista, contudo, que a legitimidade política dos tribunais é *ainda menor* do que a das autoridades reguladoras. Todas as características politicamente problemáticas das autoridades reguladoras são compartilhadas pelos tribunais: autonomia organizacional e financeira, exercício de funções permanentes e não demissíveis *ad nutum* à conveniência das forças políticas contextuais.

Sucedem que outras características exclusivas dos tribunais fazem-nos ainda menos responsivos à população em geral. É que os juízes gozam de mandato vitalício e normalmente acedem aos seus cargos por meio de concurso público. Contrariamente, os membros das autoridades reguladoras são normalmente apontados pelo governo central e possuem mandato com duração fixa. Assim, os membros das autoridades reguladoras tendem a ser mais responsivos aos anseios do governo central (e, por via de consequência, aos seus eleitores), na medida em que dependem dele para chegar ao cargo ou para ser a ele reconduzidos. Em resumo: a independência das autoridades reguladoras é menor do que a das cortes; e seu déficit de *accountability* também.

Isto tudo importa que, se o controle efetuado pelos tribunais sobre a regulação for *substancial* e *substitutivo*, a estratégia de colmatação da legitimidade democrática terá sido ineficaz. Decisões regulatórias importantes estarão sendo tomadas por entidades detentores de uma *accountability* ainda mais reduzida do que a das autoridades administrativas independentes.

2.1.2.1.2 Complexidade técnica e pouca transparência – O déficit de accountability que atinge as autoridades reguladoras não resulta apenas de suas características institucionais e de sua independência (aspecto subjetivo): ele também deriva da complexidade da matéria sobre a qual se dá sua intervenção (aspecto objetivo). É que, precisamente em função da sua impenetrabilidade, a regulação está livre das restrições democráticas e políticas tradicionais. Estas restrições tradicionais consistem na compreensão, pelos cidadãos, dos méritos de uma medida pública, com as consequentes respostas eleitorais. No caso da regulação, o alcance e as consequências de dada medida regulatória fogem à compreensão dos cidadãos comuns, fugindo também ao seu controle.¹⁷⁶

176. Este é precisamente o argumento de Michael Kohl: “Economic regulation is highly complex and therefore likely to escape normal democratic controls. Thus, it must be subject to court scrutiny to ensure constitutionally required democratic accountability” (“Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality”, in Giuliano Amato e Lauraine Laudati (eds.), *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 419).

A rigor, esta circunstância indica mais uma necessidade de reforço no controle *procedimental* do que no controle *substancial*. A técnica ideal para enfrentar a inescrutabilidade de decisões regulatórias consiste em exigir do regulador motivações mais extensas e didáticas ou requerer a utilização de procedimentos participatórios.¹⁷⁷ Esta estratégia tenderia a transferir discussões substanciais para o fórum político ou contribuir para jogar luzes sobre decisões regulatórias.¹⁷⁸ O capítulo anterior (item 2.2.2) relatou passos neste sentido que teriam sido tomados especialmente na Itália e nos Estados Unidos.

2.1.2.2 A intensificação do controle para uma maior eficiência administrativa

O argumento de que a intensificação do controle judicial poderia produzir benefícios (ainda que marginais) à própria eficiência regulatória é menos frequente¹⁷⁹ e também menos persuasivo. Ele compreende duas ideias distintas, ora ressaltando um suposto efeito *direto*, ora um suposto efeito *indireto* do controle judicial. Na primeira hipótese sugere-se que o controle judicial poderia “corrigir” decisões equivocadas das autoridades administrativas (item 2.1.2.2.1). Na segunda hipótese afirma-se que a *mera incidência ou possibilidade de incidência* de um controle judicial terminaria por produzir uma atuação administrativa de maior qualidade, na medida em que tenderia a gerar maior esmero das autoridades, receosas de ver suas decisões judicialmente anuladas (item 2.1.2.2.2).

2.1.2.2.1 O frágil argumento da “correção de erros” – O primeiro modo em que isto poderia acontecer seria através da “correção de erros” pelos tribunais. Embora surpreendentemente encontradiço em discussões

177. V. o exemplo de Pascale Idoux sobre a anulação de decisões da autoridade reguladora de telecomunicações na França por falta de transparência (“Juger la régulation, c’est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)”, *Revue du Droit Public* 6/1643, 1.11.2005).

178. Peter Cane sugere que uma das funções do controle judicial pode ser precisamente a de *publicizar* determinado tema ou inseri-lo na agenda política (“Understanding judicial review and its impact”, cit., in Marc Hertogh e Simon Halliday (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, p. 33).

179. V., por exemplo, Jean-Marc Sauvé, *Le Rôle des Cours Suprêmes en Matière Economique*, intervention dans le cadre du colloque organisé au Conseil Economique, Social et Environnemental par la *Regulatory Law Review* et les Editions Lextenso le Lundi 25 Janvier 2010 (disponível em <http://www.conseil-etat.fr>).

relativas à intensidade do controle judicial sobre a administração pública,¹⁸⁰ o argumento é extremamente frágil. Em primeiro lugar, porque será quase sempre simplista pretender que há decisões regulatórias “erradas” e “corretas”.¹⁸¹ Além disso, ainda que assim não fosse, não se haveria de negar que, do mesmo modo que os tribunais poderiam “corrigir erros” cometidos pelos reguladores, também poderiam “desfazer seus acertos”, anulando indevidamente algumas de suas decisões. Uma vez que ambas as hipóteses são teoricamente possíveis, a questão passa a ser qual delas é mais *provável*. E, então, será impossível fugir uma vez mais de uma análise institucional que demonstraria a maior adaptação institucional das autoridades administrativas: elas estão menos propensas a “errar”.

2.1.2.2.2 O aumento da eficiência regulatória por via indireta – Um segundo modo através do qual a aplicação de um controle judicial não deferente poderia gerar uma eficiência regulatória seria por via *indireta*. O acréscimo na qualidade regulatória corresponderia, então, a uma consequência da supervisão judicial veemente. Para evitar o risco de anulação de suas medidas, os reguladores tenderiam a se acautelar, realizando mais estudos e esforçando-se para produzir uma regulação de maior qualidade e mais imune a intervenções judiciais posteriores.¹⁸² Como se disse acima, esta é uma visão diametralmente oposta à que vincula à intensa intervenção judicial uma *perda de qualidade* da regulação, em razão do comprometimento de sua dinâmica peculiar.

180. Pierre Delvolvé afirma que é o *recuo* do juiz que lhe permite identificar erros manifestos de apreciação que passariam despercebidos aos administradores (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 287: “Comment une erreur manifeste peut-elle apparaître au juge administratif, non spécialiste, alors que l’expert averti qu’est l’administrateur, en adoptant la mesure contestée, ne l’a pas vue? Comment le moins compétent peut-il dire que le plus compétent s’est trompé? C’est le recul du juge qui lui permet de censurer l’erreur manifeste de l’administrateur ou du législateur. L’un et l’autre sont plongés dans l’action, administrative ou politique; le parti pris peut les tromper sur les mesures à prendre; la passion peut leur faire perdre toute raison et commettre ainsi une erreur manifeste”.

181. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 412.

182. Assim: Jim Rossi, “The hard-look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry”, 1994 *Wis. L. Rev.* 763 (1994); Thomas Sargentich, “The critique of active judicial review of administrative agencies: a reevaluation”, 49 *Admin. L. Rev.* 599 (1997); Mark Seidenfeld, “Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking”, 75 *Tex. L. Rev.* 483 (1997); Patricia M. Wald, “Judicial review in the time of cholera”, 49 *Admin. L. Rev.* 659 (1997).

Assim, Cass Sunstein argumenta que nas áreas de comunicações e radiodifusão um Poder Judiciário agressivo ajudou a assegurar a alta qualidade da programação, assim como sua diversidade, o controle local e a sensibilidade aos interesses de grupos minoritários.¹⁸³ Patricia Wald sugere que o controle judicial pode contribuir para gerar uma melhor alocação, pela autoridade administrativa, de seus próprios recursos escassos.¹⁸⁴ Finalmente, seria possível cogitar da atuação dos tribunais como “superagências reguladoras”, reduzindo problemas de inter-regulação e otimizando a coordenação entre esforços regulatórios policêntricos.¹⁸⁵

* * *

O direito administrativo visa a garantir que a ação administrativa seja, a um só tempo, (i) lícita, (ii) politicamente legítima e (iii) eficiente. No entan-

183. Cass R. Sunstein, “On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action”, cit., 1989 *Duke Law Journal* 522, 528.

184. Patricia M. Wald, “Judicial review in the time of cholera”, cit., 49 *Admin. L. Rev.* 659, 664.

185. Nos Estados Unidos esta função é cumprida por uma outra autoridade administrativa, denominada *Office of Information and Regulatory Affairs/OIRA*. Richard Pierce destaca as vantagens desta opção: “OIRA has significant advantages over courts in performing this review function. Its advantages lie in four areas: expertise, resources, flexibility, and political accountability. The first two advantages are functionally related. OIRA is staffed by an interdisciplinary team of social and natural scientists. Its reviewers know how to read and interpret conflicting studies and analyses. By contrast, generalist judges and their bright young law clerks typically know virtually nothing about the disciplines relevant to the policy disputes resolved in a major rulemaking. They are easily led to believe that a minor dispute is a major dispute or that an inherent uncertainty with respect to a factual or scientific predicate for a rule could be eliminated if the agency just thought about it a little more. OIRA also can devote more resources to the review process than can a federal court. On average, a federal circuit judge can devote less than one day to each case he decides. Even allowing for the likelihood that judges devote more time to review of major rulemakings than to most other types of cases, it seems unlikely that any judge ever gets very far into the 10,000 to 250,000 page record of a major rulemaking. Judges necessarily rely on the briefs of the parties and the selected excerpts from the record submitted by the parties as their near-exclusive basis for obtaining a picture of the rulemaking. The lawyers that represent petitioners in rulemaking review proceedings are experts at distorting that picture by focusing exclusively on the few issues they have identified as the basis for their claim that the agency reasoning process was inadequate. (...). OIRA’s flexibility advantage inheres in its ability to engage in expeditious, two-way communications with a rulemaking agency. If a court has a serious question or reservation about the adequacy of an agency’s treatment of an issue, it can communicate that concern only by holding the agency action arbitrary and capricious, typically a year or more after the agency issued the rule” (“Seven ways to deossify agency rulemaking”, 47 *Admin. L. Rev.* 59, 69-70 (1995).

to, estes objetivos são conflitantes, e a promoção de um deles pode significar a preterição de outro(s). Esta circunstância tem consequências significativas no âmbito da determinação da intensidade do controle judicial. A opção por um específico modelo de controle judicial envolve (necessariamente) uma escolha relativa à finalidade do direito administrativo que se quer privilegiar. As relações tendenciais apresentadas no Capítulo I desta Primeira Parte não fogem a esta regra: elas trazem embutida uma específica ponderação: favorecem a lisura administrativa no caso de decisões juridicamente sensíveis e privilegiam a eficiência administrativa e/ou a legitimidade democrática no caso de decisões técnicas ou políticas.

Sucedem que estas soluções não são inexoráveis. É totalmente plausível que determinada jurisdição, em determinada época, resolva privilegiar a proteção de direitos – em detrimento da eficiência administrativa e da legitimidade democrática – também no que concerne a decisões técnicas ou políticas. Esta opção poderá ser fundamentada em uma série de considerações não autoexcludentes, tais como: (i) um histórico recente de abusos administrativos;¹⁸⁶ (ii) uma tradição de apreço social à intervenção judiciária;¹⁸⁷ (iii) uma particular desconfiança da expertise;¹⁸⁸ etc. Por todas ou cada uma destas circunstâncias, uma jurisdição pode simplesmente decidir que nela (ou em determinada época sua) é socialmente mais importante reforçar a proteção da lisura do que ampliar a eficiência administrativa, por exemplo.

Esta parte do capítulo demonstrou precisamente que esta opção pode ser totalmente plausível e justificável mesmo a partir de uma análise institucional comparativa. Com recurso ao exemplo de decisões administrativas técnicas e políticas, a análise evidenciou razões substanciais para que um controle não deferente lhes seja aplicado. Sugeriu, ainda, e finalmente, que a incidência de um controle judicial neste âmbito técnico e político não é totalmente contrária às finalidades de eficiência administrativa e legitimidade

186. Pense-se nos Países recém-saídos de regimes políticos não democráticos, como ditaduras militares.

187. Seria o caso dos Estados Unidos, na opinião (bastante controversa) de Louis L. Jaffe: “Yet there is in our society a profound, tradition-taught reliance on the courts as the ultimate guardian and assurance of the limits set upon executive power by the constitutions and legislatures” (“The right to judicial review I”, cit., 71 *Harv. L. Rev.* 401, 403).

188. James O. Freedman relata que um tal sentimento se verificou nos Estados Unidos nas décadas que se seguiram ao *New Deal*. O resultado foi um recrudescimento do controle judicial procedimental, com a criação do movimento denominado *hard-look doctrine* (James O. Freedman, “Expertise and the administrative process”, cit., 28 *Admin. L. Rev.* 363, 366-369).

democrática e pode, ainda que marginalmente, contribuir para realizá-las. Trata-se de um argumento adicional relativo à plausibilidade desta solução diversa das relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo.

Por ainda mais esta via, a conclusão é a de que as relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo devem ser vistas com parcimônia, e não como indicativas de uma necessária solução ótima, aplicável a todas as jurisdições, independentemente de suas particulares circunstâncias históricas e sociais.

2.2 *As características específicas das instituições envolvidas no caso concreto*

Mesmo quando mantidas constantes as ponderações finalísticas apontadas no capítulo anterior, é possível que, *num específico caso concreto*, as características institucionais tanto da autoridade administrativa controlada quanto do tribunal responsável pelo controle *destoem* daquelas características tradicionais que informam as tendências ali apresentadas. Nestas hipóteses, as novas características institucionais poderão recomendar a aplicação de uma diferente intensidade do controle judicial. É que, a rigor, a análise institucional comparativa relevante é aquela que leva em consideração as *características concretas* das instituições comparadas (item 2.2.1). Aliás, frequentemente (embora não necessariamente) inovações institucionais são aportadas por reformas voltadas a possibilitar um controle judicial diferente daquele que se aplicaria na hipótese da incidência da relação tendencial (item 2.2.2). Ou seja, constituem resultado de esforços propositais para dar maior embasamento institucional às escolhas finalísticas apresentadas no subitem anterior.

2.2.1 *A necessária atenção às características concretas das instituições comparadas*

As relações apresentadas no primeiro capítulo entre a natureza de uma decisão administrativa e o controle judicial sobre ela incidente decorrem de uma análise institucional comparativa *genérica*. Os resultados ali apresentados levam em consideração as características *tradicionais, usuais, mais frequentes*, dos tribunais e das autoridades administrativas, para avaliar suas aptidões para enfrentar determinado tipo de questões. Naturalmente, nos casos em que as características concretas da específica autoridade administrativa e o específico tribunal envolvido num caso de controle judicial não correspondam a estas descrições genéricas, haverá menor razão para aplicação do modelo de controle previsto nas tais relações tendenciais. A seguir

dá-se o exemplo de autoridades administrativas *especializadas no tratamento de questões juridicamente sensíveis* (item 2.2.1.1), para demonstrar, em seguida, que uma análise institucional comparativa realmente útil é aquela que leva em consideração as características *concretas e comparativas* das instituições em concorrência (item 2.2.1.2).

2.2.1.1 A especialização de autoridades administrativas em matérias jurídicas

Os Direitos Francês e Canadense fornecem exemplos de criação de autoridades administrativas especializadas em questões juridicamente sensíveis.

2.2.1.1.1 Os fundamentos da criação da CNIL na França – Um primeiro e rápido exemplo é o da *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés/CNIL*, autoridade administrativa independente responsável pelo manuseio dos dados pessoais dos cidadãos na França. A CNIL foi criada pela Lei 78-17, de 6.1.1978, tendo sofrido modificações relevantes por Lei de 6.8.2004. A concepção de uma autoridade administrativa independente para este propósito deveu-se a duas razões principais: (i) o isolamento destes dados sensíveis da administração central, responsável pelas funções de polícia administrativa;¹⁸⁹ e (ii) a ampliação da eficácia da proteção da vida privada e das liberdades públicas e individuais, que passam a ser objeto de atenção de uma instituição específica.¹⁹⁰

Naturalmente, a criação de uma instituição específica para a proteção de liberdades individuais levanta a questão relativa à necessidade de aplicar sobre suas decisões um controle judicial não deferente.

2.2.1.1.2 As autoridades especializadas em direitos humanos no Canadá – Uma ilustração adicional é particularmente relevante para esta questão. Viu-se no capítulo anterior (item 1.2.2) que no caso de questões relacionadas a direitos humanos há uma tendência geral no Direito Canadense à adoção de um controle não deferente, no modelo de correção. Fez-se referência aos casos *Mossop* e *Pushpanathan*, que estabeleceram esta orientação. Neles

189. A autoridade foi concebida a partir da comoção pública criada pela revelação, em 1974, de um projeto governamental de nome *SAFARI* (*Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus*). Seu objetivo era identificar cada cidadão francês por um número, para facilitar a identificação, pela administração, de todos os dados a ele relativos que estivessem à sua disposição.

190. Conseil d'État, "Rapport Public 2001, Les autorités administratives indépendantes", *Études et Documents* 52/257, La Documentations Française, 2001.

a Suprema Corte canadense recusou-se a deferir para a interpretação da administração questões relativas a direitos humanos. Mas há uma diferença fundamental entre os dois casos. Em *Pushpanathan* tratava-se de controle judicial de decisão de uma autoridade administrativa que se ocupava de assuntos de imigração, tocando em questões de direitos humanos apenas *subsidiariamente*. Já, em *Mossop* a Suprema Corte reavaliou decisão de uma autoridade administrativa *especializada* em adjudicar questões relativas a direitos humanos. Daí por que, em dissenso, a *Justice L'Heureux-Dubé* sugeriu a aplicação de um controle limitado. Argumentou que o *Canadian Human Rights Tribunal* detinha expertise acumulada pela sua atuação exclusiva e diuturna com questões desta natureza. Também se referiu à estrutura da atuação da autoridade, que envolvia a consideração e a ponderação de uma variedade de necessidades e objetivos sociais conflitantes, sugerindo que nisso ela se diferenciaria dos tribunais, que normalmente atuam em estrutura bipolar.¹⁹¹

A sugestão da Ministra não foi aceita pela maioria no caso *Mossop*, mas não passou em vão.¹⁹² No julgamento de *Pushpanathan*, cinco anos depois, a Suprema Corte admitiu, em *dicta*, que mesmo questões estritamente jurídicas podem submeter-se a controle judicial deferente. Ponderou, no entanto, que a autoridade responsável por assuntos relacionados à imigração “possuía uma expertise nas questões relacionadas a direitos humanos bem menos desenvolvida do que as autoridades especializadas em direitos humanos”.¹⁹³

191. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 90: “As for the Commission itself, Parliament unquestionably intended to create a highly specialized administrative body, one with sufficient expertise to review acts of Parliament and, as specifically provided for in the act, to offer advice and make recommendations to the Minister of Justice. In the exercise of its powers and functions, the Commission would inevitably accumulate expertise and specialized understanding of human rights issues, as well as a body of governing jurisprudence. The work of the Commission and its tribunals involves the consideration and balancing of a variety of social needs and goals, and requires sensitivity, understanding, and expertise”.

192. A Ministra voltou ao tema alguns anos depois, em artigo doutrinário em que sustentava não haver razão para que a orientação deferencial não fosse estendida também às interpretações que autoridades administrativas especializadas no trato com direitos humanos fazem das legislações que administram (Claire L'Heureux-Dubé, “The ‘ebb’ and ‘flow’ of administrative law on the ‘general questions of law’”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 322.

193. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 47: “But the Board’s expertise in matters relating to human rights is far less developed than that of human rights tribunals. The expertise of the Board is in accurately evaluating whether the criteria for refugee status have been met and, in particular, assessing the nature of the risk of persecution faced by the applicant if returned to his or her country of origin. Unlike the situation of a human

Neste sentido, foi observado que a lei exigia apenas que 10% dos membros da autoridade possuísem formação jurídica, além de não haver exigência legal de que um deles esteja presente em todos os julgamentos.

Após a criação do modelo de controle de razoabilidade simples (*reasonableness simpliciter*, um modelo intermediário entre dois extremos então existentes), o germe da reforma implantado pela Ministra L'Heureux-Dubé produziu resultados efetivos. A Corte adaptou sua posição, passando a deferir mais frequentemente para autoridades responsáveis pela interpretação e aplicação de legislações relativas a direitos humanos.¹⁹⁴

2.2.1.2 A natureza “comparada” e “concreta” da análise institucional devida

Estes exemplos sugerem duas importantes características que devem marcar a análise institucional voltada a determinar a intensidade do controle judicial incidente sobre determinada decisão administrativa. A análise institucional deve ser *comparada*, no sentido de levar em consideração as características das *duas (ou mais) instituições* envolvidas (item 2.2.1.2.1); e *concreta*, de modo a ponderar as circunstâncias específicas e *efetivas* das instituições comparadas (item 2.2.1.2.2).

2.2.1.2.1 *A análise institucional “comparada”* – O relato acima ilustra a insuficiência da análise institucional simples, não comparativa. Ainda que seja compreensível a concessão aos tribunais da última palavra nos casos relativos a direitos humanos, os méritos desta opção são (no mínimo¹⁹⁵) menos claros quando a autoridade administrativa em questão seja *especializada*

rights tribunal, the relationship between the expertise and the provision in question here is remote. Only 10% of the members of the Board are required to be lawyers (s. 61(2)) and there is no requirement that there be a lawyer on every panel”.

194. Sobre o tema, v. Sheila Wildeman, “A fine romance? The modern standards of review in theory and practice”, in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, pp. 241-242.

195. Nos exemplos dos Direitos Francês e Canadense é razoável concluir que as particularidades institucionais destoantes dos modelos genéricos apresentados no capítulo anterior ainda não são suficientemente relevantes para sugerir a aplicação de um controle não deferente. Afinal, apesar da especialização das autoridades administrativas, os tribunais seguem possuindo características institucionais que sugerem vantagens comparativas para tratar destas questões (em especial, as regras relativas ao recrutamento e ao desempenho das atividades dos membros das autoridades). Mesmo assim os exemplos chamam a atenção para a possibilidade de que alterações institucionais ainda mais relevantes possam terminar por reverter as tendências genéricas.

no tratamento desta matéria e tenha sido cuidadosamente desenhada para este fim. As observações da Ministra L'Heureux-Dubé no dissenso do caso *Mossop* permitem jogar luz sobre esta realidade.

Dito muito claramente: para proceder a uma análise institucional comparativa deve-se ter claro que a opção por uma ou outra entidade levará *sempre* em consideração méritos *relativos*, avaliados em função da alternativa institucional existente. Tratar-se-á, no mais das vezes, de comparação de alternativas *imperfeitas*. Ocorrerá de se optar por uma solução *ruim* quando a alternativa seja ainda pior. Do mesmo modo, soluções *boas* não serão necessariamente as mais adequadas.¹⁹⁶

Estas podem parecer observações óbvias – e assim, em teoria, o são. Entretanto, a análise institucional simples, não comparativa (em Inglês, *single institutional analysis*), é bastante mais comum do que se poderia imaginar. Não é raro que proposições de reforma ou de realocação de competências públicas levem em consideração apenas as características de *uma* instituição (normalmente, daquela de que se pretende retirar a competência em questão).

2.2.1.2.2 *A análise institucional “concreta”* – Além de “comparada”, uma análise institucional será tanto mais adequada quanto mais *concreta* ela for. Por “concreta” se entende uma ponderação das *características efetivas* das instituições sob comparação, e não apenas das características gerais da categoria na qual se inclui. As observações do dissenso da Ministra L'Heureux-Dubé no caso *Mossop* chamam a atenção para o fato de que a maioria estaria focando apenas nas características gerais e abstratas “dos tribunais” e “da administração pública”. A questão que se punha no caso, no entanto, envolvia *uma entidade administrativa específica*, com características que não eram totalmente coincidentes com o modelo abstrato e geral tomado em conta pela maioria.

Nas relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo levaram-se em consideração características institucionais mais ou menos genéricas. Isto se fez precisamente para apontar relações *tendenciais*, apriorísticas. No caso concreto será sempre mais adequado considerar as características

196. Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, cit., p. 7: “Whether, in abstract, either the market or the political process is good or bad at something is irrelevant. Issues at which an institution, in the abstract, may be good may not need that institution because one of the alternative institutions may be even better. In turn, tasks that strain the abilities of an institution may wisely be assigned to it anyway if the alternatives are even worse”.

institucionais efetivamente verificáveis.¹⁹⁷ Naturalmente, a “concretude” da análise é tanto mais relevante quanto menos uniforme for a administração pública. Eis por que, especialmente nos Países de tradição civilista, estas considerações assumem ainda maior importância no contexto das últimas décadas, em que se testemunhou um processo de pluralização das autoridades administrativas.

Uma observação final é a de que a “concretude” de uma análise naturalmente não é isenta de custos. Antes, quanto mais concreta e específica for uma análise institucional, maiores são seus custos e sua complexidade. Este fato explica e justifica, em alguns casos, a opção por análises mais ou menos genéricas. Esta opção é muitas vezes feita conscientemente: o grau de complexidade do modelo de controle judicial é reduzido para ampliar sua operacionalidade. A este tema voltar-se-á adiante, no Capítulo I da Segunda Parte.

2.2.2 *As reformas institucionais para facilitar o controle judicial da regulação*

De um lado, já parece demonstrado que os modelos de controle judicial podem servir à consagração de diferentes finalidades públicas. As relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo trazem em si uma específica ponderação destas finalidades – as quais não necessariamente serão as mais convenientes para todas as jurisdições, em todas as matérias e em todas as épocas. De outro lado, também já parece claro que a existência de instituições administrativas ou judiciais com características distintas das tradicionais pode sugerir a limitação da validade das recomendações veiculadas nas relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo.

A junção destas duas ordens de considerações sugere que uma jurisdição que esteja interessada em promover finalidades distintas daquelas consagradas nas relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo pode valer-se de reformas institucionais. Estas reformas, ao alterar as configurações tradicionais de autoridades administrativas ou de tribunais, possibilitariam o rearranjo e o balanceamento ótimo das finalidades conflitantes do direito administrativo. O mais rico exemplo é o das reformas institucionais voltadas a ampliar a adequação dos tribunais para promover o controle judicial de decisões administrativas no âmbito da regulação econômica.

197. Antonio Bertoldini, “La consulenza tecnica d’ufficio nella giurisdizione del Consiglio di Stato, la ricerca della prova attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell’azione amministrativa”, *Foro Amministrativo: CDS* 2003, p. 229.

O Capítulo I desta Primeira Parte demonstrou que as *características tradicionais* do Poder Judiciário fazem-no pouco adaptado para a resolução de questões regulatórias complexas. Alguns dos principais problemas resultam de que as questões regulatórias demandam expertise e agilidade, características dificilmente preenchidas através da atuação genérica e bastante formalizada dos tribunais. Em algumas jurisdições a constatação e o reconhecimento destas circunstâncias geraram reformas institucionais para limitar sua importância (item 2.2.2.1). Estas reformas visaram a aparelhar o Poder Judiciário para fazer face a estas dificuldades. O problema é que, ao adaptar os tribunais neste sentido, as reformas podem também terminar por eliminar algumas características judiciais socialmente benéficas – e que poderiam ser utilizadas também no contexto regulatório (item 2.2.2.2). Dito de outra forma: “o cobertor é curto”, a cobertura de um aspecto pode implicar a exposição de outro.

2.2.2.1 As inovações judiciais para o controle da regulação

As jurisdições estudadas – e, em especial, o Direito Francês – fornecem rica ilustração dos esforços para reduzir os problemas relacionados à aplicação de um controle judicial pouco deferente da regulação econômica. As inovações ali promovidas destinam-se principalmente a agilizar a atuação judicial (item 2.2.2.1.1); adaptar substancialmente o controle às peculiaridades da regulação (item 2.2.2.1.2); aparelhar os tribunais para o enfrentamento de questões regulatórias complexas (item 2.2.2.1.3).

2.2.2.1.1 A agilização do controle judicial da regulação econômica – Um dos principais problemas relacionados com o controle judicial de decisões administrativas regulatórias reside no fato de que a intervenção judicial pode causar delongas e comprometer a eficácia da medida pretendida. A dinamicidade do mercado exige soluções expeditas,¹⁹⁸ às vezes imediatas,

198. Cf. Frédérique Dupuis-Toubol, “Le juge en complémentarité du régulateur”, *LPA* 17/17, 23.1.2003: “Dans cette concurrence entre organes de règlement des litiges, s’il est un facteur qui est essentiel, c’est la durée nécessaire à l’obtention d’une décision. Il s’agit en effet d’un élément déterminant, car dans la plupart des affaires de régulation économique, il ne s’agit pas seulement pour le demandeur de gagner, mais aussi de gagner dans un délai très court. Les économistes ne cessent de rappeler aux juristes qu’une part de marché perdue est très difficile à reconquérir. (...) Par exemple, dans la bataille que se livrent actuellement les opérateurs de télécommunications pour conquérir le marché de l’accès à Internet et en particulier le marché d’accès Internet à haut débit via les solutions A.D.S.L., on observe que Luxembourg Télécom gagne chaque semaine près de 15.000 nouveaux clients. Ainsi, il est clair que dans le règlement des litiges que suscitent les pratiques de Luxem-

ao passo que as formalidades típicas do procedimento judicial tomam tempo e exigem alguma parcimônia.¹⁹⁹ Com a finalidade de adaptar os tribunais para promover um controle judicial menos deletério a esta realidade dinâmica, diversas medidas visaram precisamente a conferir-lhe maior agilidade.

2.2.2.1.1.1 A criação de ritos judiciais diferenciados: Uma destas medidas consiste em estabelecer *ritos judiciais diferenciados* para causas que possuam maior sensibilidade temporal. Esta medida foi adotada pelo legislador italiano, que instituiu no ano 2000 um rito acelerado (*rito abbreviato*) para algumas matérias específicas.²⁰⁰ A abreviação do rito realiza-se através da redução dos prazos processuais à metade, com a exceção do prazo para propor a ação. A previsão atinge os casos de controle judicial das autoridades administrativas independentes (como a autoridade antitruste, as autoridades de regulação de telecomunicações e energia etc.).²⁰¹

Na França o Conselho de Estado mostra-se sensível à necessidade de soluções rápidas em questões regulatórias. Assim, tem acelerado os procedimentos judiciais a elas relativos.²⁰² É comum que as decisões relativas a operações de concentração que sejam contestadas perante este Tribunal alcancem sua solução final em período inferior a um ano.²⁰³ As jurisdições

bourg Télécom dans ce domaine, seules les décisions qui seront rapidement rendues auront un effet utile”.

199. Pascale Idoux, “Juger la régulation, c’est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)”, cit., *Revue du Droit Public* 6/1643.

200. Art. 4º da Lei 205, de 21.7.2000. O tema está hoje codificado no art. 119 do Código de Processo Administrativo italiano.

201. Houve alguma discussão doutrinária sobre a aplicabilidade deste rito para a revisão de atos regulamentares. O *Consiglio di Stato* resolveu pela aplicabilidade (Cons. St., Sez. VI, 15.4.2003, n. 1945).

202. Um exemplo é o caso CE, Sect., 9.4.1999, *Sté. The Coca-Cola Co.*, que foi protocolado no Conselho de Estado em 17.11.1998 e decidido menos de seis meses depois, em 9.4.1999. Outro bom exemplo é a decisão CE, 24.7. 2009, *Société Orange France et SFR*, sobre a legalidade de uma decisão da autoridade reguladora de comunicações eletrônicas e postais (ARCEP) que definia o enquadramento tarifário da telefonia móvel. A decisão foi prolatada menos de seis meses após sua contestação judicial – quando a decisão contestada ainda nem havia produzido efeitos (cf. Jean-Marc Sauvé, *Le Rôle des Cours Suprêmes en Matière Économique*, intervention dans le cadre du colloque organisé au Conseil Économique, Social et Environnemental par la *Regulatory Law Review* et les Éditions Lextenso le Lundi 25 janvier 2010, disponível em <http://www.conseil-etat.fr>).

203. A circunstância é enfatizada pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado, Jean-Marc Sauvé, “Quels contrôles pour les concentrations d’entreprises? Bilan, actualité et perspectives”, *Les Entretiens du Palais-Royal* 20.6.2008 (disponível em <http://www.conseil-etat.fr>). No mesmo sentido, v. o relato de Jean Massot, “The

ordinárias, por sua vez, fazem uso dos mecanismos processuais de *procédures à bref délai ou à jour fixe* para emitir provimentos judiciais sem maiores delongas.²⁰⁴

2.2.2.1.1.2 *A previsão de saltos de graus jurisdicionais*: Outra solução consiste em eliminar graus de jurisdição, para evitar que o pronunciamento judicial final só se dê após diversas fases recursais.²⁰⁵ Esta medida foi implementada no Direito Francês. De acordo com o art. 311-1 do Código de Justiça Administrativa, o Conselho de Estado (órgão máximo da jurisdição administrativa francesa) é competente para conhecer em primeira e última instância dos recursos dirigidos contra as decisões adotadas por 13 autoridades reguladoras, a título de sua missão de controle ou de regulação.²⁰⁶ Estão aí incluídas as autoridades reguladoras mais importantes (AMF, ARCEP, CRE, CSA).²⁰⁷ Suas decisões estão, portanto, submetidas unicamente ao controle do Conselho de Estado. Isto significa que as contestações das decisões tomadas por estas autoridades “a título de sua missão de controle ou de

powers and duties of the French administrative judge”, in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, pp. 422-423.

204. Frédérique Dupuis-Toubol, “Le juge en complémentarité du régulateur”, cit., *LPA* 17/17.

205. Marcello Clarich, “Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario”, *Foro Amministrativo: TAR* 2002, p. 3858.

206. As autoridades mencionadas no dispositivo legislativo são as seguintes: *Agence Française de Lutte Contre le Dopage; Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles; Autorité de la Concurrence; Autorité des Marchés Financiers; Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes; Autorité de Régulation des Transports Ferroviaires; Autorité de Sûreté Nucléaire; Commission de Régulation de l'Énergie; Commission Bancaire; Comité des Établissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement; Conseil Supérieur de l'Audiovisuel; Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés; Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité*.

207. Esta nova redação do art. 311-1 foi estabelecida pelo Decreto 2010-164, de 22.2.2010, relativo às competências e ao funcionamento das jurisdições administrativas. Anteriormente o dispositivo submetia à competência original e final do Conselho de Estado as decisões tomadas por “organismos colegiados de competência nacional”. Tratava-se, portanto, de regra mais genérica, que não fazia referência a autoridades específicas. A disposição havia sido estabelecida com vistas às decisões das ordens profissionais. De todo modo, o Conselho de Estado já havia entendido que, por sua força, e tendo em vista os termos da disposição, era também competente em primeira e última instância para controlar decisões tomadas por autoridades administrativas independentes (cf. CE, 8.7.1987, Req. 47192, *Cie. Européenne d'Études et Recouvrement*; CE, 28.7.2000, Req. 210311, *M. Troyon*; CE, 19.1.2009, Req. 301148, *Sté. Saint-Martin Câble TV FWT*).

regulação”²⁰⁸ não passam pelo crivo de tribunais inferiores – são decididas diretamente pelo órgão máximo da jurisdição administrativa francesa.²⁰⁹

2.2.2.1.1.3 Os provimentos judiciais de urgência: O terceiro e último exemplo de medida voltada a agilizar a prestação jurisdicional é o estabelecimento ou aprimoramento dos procedimentos de urgência. Este trabalho já relatou no capítulo anterior as reformas promovidas nos Direitos Francês e Italiano para tornar mais efetivos os procedimentos de urgência. Para não repetir as considerações ali tecidas, o autor se limita a remeter o leitor àqueles trechos.²¹⁰

2.2.2.1.2 A adaptação substancial do controle às peculiaridades da regulação – Para além das medidas para acelerar a atuação judiciária, as jurisdições apostam também na *adaptação substancial* de suas técnicas e mecanismos de controle, para fazê-los mais harmonizadas às peculiaridades da regulação.

2.2.2.1.2.1 Ainda o salto jurisdicional: outras consequências: Uma primeira ilustração desta realidade pode derivar novamente da previsão de saltos jurisdicionais. Acima se afirmou que esta medida contribui para a celeridade da atuação jurisdicional, uma vez que a solução final do Poder Judiciário não dependerá de que sejam exauridos vários graus de jurisdição. Mas há duas consequência adicionais desta medida que serviriam a mitigar alguns dos problemas do controle judicial da regulação, apontados no capítulo anterior.

Em primeiro lugar, note-se que na França a previsão de salto jurisdicional opera uma concentração do contencioso da regulação no Conselho de Estado. Esta concentração jurisdicional elimina os riscos de “fragmentação geográfica” da política regulatória.²¹¹ Se o controle judicial de uma autoridade reguladora nacional é todo promovido por apenas um tribunal, também de alcance nacional, não há a possibilidade de que a política regulatória seja geograficamente segmentada.

208. Estão excluídas desta regra, portanto, as decisões referentes à gestão interna das autoridades, que ficam submetidas à competência do Tribunal Administrativo de Paris (art. R. 312-1 do Código de Justiça Administrativa).

209. Na Itália, por exemplo, em função da ausência de previsão legislativa semelhante, as contestações judiciais de decisões das autoridades reguladoras devem passar em primeiro lugar por um tribunal administrativo regional, chegando ao Conselho de Estado apenas em grau de recurso.

210. V. item 3.2.1.1 do capítulo anterior.

211. Cf. item 3.2.1.2.1 do capítulo anterior.

Em segundo lugar, a previsão de salto jurisdicional tende a levar a solução dos conflitos regulatórios a uma formação colegiada. Esta circunstância gera duas consequências positivas.²¹² De um lado, reduz os problemas decorrentes da complexidade da matéria. Naturalmente, é de se esperar que a dinâmica e a cooperação coletiva tenderiam a minimizar limitações cognitivas individuais. De outro lado, abrandam-se os riscos de imposição de vieses ideológicos ou idiossincráticos dos magistrados. Diversos estudos empíricos demonstram que a saliência de vieses pessoais é significativamente reduzida em dinâmicas decisórias coletivas. A presença de magistrados de diferentes inclinações ideológicas tenderia a produzir um efeito neutralizador,²¹³ que alguns autores americanos denominam *whistleblowing effect*.²¹⁴ Na medida em que se entenda que a regulação possui um componente político e que o poder decisório a ele relativo não deveria ser transferido ao Poder Judiciário, trata-se de consequência auspiciosa.

2.2.2.1.2.2 A adaptação da substância do controle: Também ocorre que os tribunais adaptem a própria substância do seu controle, para fazê-lo mais adequado às peculiaridades da regulação.²¹⁵ Assim, por exemplo, para evitar a circunstância que o capítulo anterior denominou “fragmentação substancial” da política regulatória (item 3.2.1.2.2), o Conselho de Estado francês tem demonstrado preocupação em alinhar a aplicação de algumas teorias

212. Harold H. Bruff resume estes efeitos em uma só frase: “Multi-member panels dampen the idiosyncrasy or incompetence of a single judge” (“Specialized courts in administrative law”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 329).

213. Jean Massot ressalta este efeito neutralizador dos julgamentos colegiais (“The powers and duties of the French administrative judge”, cit., in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, p. 416. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Terceira Parte.

214. Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”, 107 *Yale L. J.* 2155 (1998): “We suggest that the prospect of a *whistleblower* on the court – that is, the presence of a judge whose policy preferences differ from the majority’s and who will expose the majority’s manipulation or disregard of the applicable legal doctrine (if such manipulation or disregard were needed to reach the majority’s preferred outcome) – is a significant determinant of whether judges will perform their designated role as principled legal decision-makers. We do more than merely propose this theory; we test it empirically and find substantial support for our claim”.

215. De forma mais genérica, muitos autores têm destacado a necessidade de adaptar os conceitos do controle judicial às circunstâncias da regulação. V., por exemplo: Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/469-489; Vincent Tchen, “Contrôle par le juge administratif des attributions de fréquence décidées par le Conseil Supérieur de l’Audiovisuel (CSA)”, *AJDA* 1994, p. 74.

econômicas à orientação de outros centros decisórios. Em suas conclusões no caso *Société EDA*, o então Comissário de Governo Jacques Henri-Stahl ressaltou a necessidade de evitar uma “concepção excessivamente autônoma [sic] das noções do direito da concorrência”, em contradição àquelas adotadas pela autoridade antitruste, pela Corte de Apelação ou pelas autoridades europeias.²¹⁶ Ele sugeria ao Conselho do Estado a “observação de uma estrita ortodoxia no manuseio de conceitos da concorrência e a se cercar, a este respeito, de sólidas precauções”.²¹⁷ Do mesmo modo, a aplicação de teorias como *failing firm*²¹⁸ e efeitos do portfólio (*effet de portefeuille*)²¹⁹ é feita com atenção à orientação correspondente das autoridades antitruste francesas e europeia.²²⁰

Outra preocupação relevante diz respeito às nefastas consequências da eventual anulação de uma medida regulatória relevante ou sistêmica. Imagine-se, por exemplo, a anulação judicial de um regulamento e as incertezas decorrentes de uma *vacatio* regulatória daí decorrente. Nos Estados Unidos os tribunais estabeleceram algumas possibilidades, como a adoção de regras temporárias (*interim rules*) ou o reenvio da questão à autoridade reguladora sem anulação da medida previamente adotada (*remand without vacation*).²²¹

216. Conclusões do Comissário de Governo Jacques-Henri Stahl no caso CE, 26.3.1999, *Sté. EDA*: “Nous croyons qu’il vous faut prendre garde à ne pas développer en jurisprudence administrative une conception par trop autonome des notions de droit de la concurrence. S’il faut concilier la prise en considération du droit de la concurrence avec les autres intérêts publics dont l’administration a la charge, nous pensons que cette conciliation doit avoir lieu en aval et ne doit pas emprunter la voie d’une traduction administrative des concepts du droit de la concurrence (...). Nous vous invitons à observer une stricte orthodoxie dans le maniement des concepts de la concurrence et à vous entourer, à cet égard, des plus solides garanties”.

217. Esta busca pelo alinhamento é destacada pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado francês, Jean-Marc Sauvé (“Quels contrôles pour les concentrations d’entreprises? Bilan, actualité et perspectives”, cit., *Les Entretiens du Palais-Royal* 20.6.2008, disponível em <http://www.conseil-etat.fr>).

218. CE, 6.2.2004, *Société Royal Philips Electronic et Autres*, Req. 249267.

219. CE, 9.4.1999, *Société The Coca-Cola Co.*, Req. 201853.

220. Cf. Jean-Yves Chérot, “Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence”, *AJDA* 2000, p. 687.

221. Sobre o tema, v. Richard J. Pierce Jr., “Seven ways to deossify agency rulemaking”, cit., 47 *Admin. L. Rev.* 59, 73-78: “Until the 1990s, a reviewing court routinely vacated and remanded an agency rule if the court held the rule arbitrary and capricious because of the agency’s failure to comply with the duty to engage in reasoned decision-making. Courts departed from use of the vacation and remand remedy only in unusual circumstances, e.g., a court would decline to vacate a rule that was scheduled to expire by its terms in a few months anyway. In the 1990s, however, the DC Circuit began to make much greater use of the alternative remedy of remand

Na França o Conselho de Estado passou a modular no tempo os efeitos de uma decisão de anulação sua.²²² Derrogava-se, assim, a regra de retroatividade das anulações pronunciadas. Esta jurisprudência foi utilizada em caso em que se controlava uma decisão da autoridade reguladora de telecomunicações sobre a oferta tarifária de referência da *France Télécom*. O Conselho de Estado considerou que a autoridade reguladora não fundamentou a totalidade da sua decisão sobre os métodos de avaliação que ela mesmo havia publicado anteriormente, pelo quê sua decisão seria parcialmente ilegal. Para evitar problemas regulatórios “manifestamente excessivos”,²²³ no entanto, afastou-se o efeito retroativo da anulação.²²⁴

Em outro caso relativo a controle de medidas regulatórias no domínio das telecomunicações tratava-se de regulamento que fixava condições para renovação da autorização para exploração de frequências da telefonia móvel.²²⁵ O Comissário de Governo Frédéric Lenica sugere ao Conselho de Estado que se afaste das amarras tradicionais do controle de legalidade (por *excesso de poder*), que exigem que o juiz se coloque no momento da edição do ato contestado. De acordo com Lenica, estas configurações clássicas impedem o juiz administrativo de “capturar todas as dimensões de um litígio de regulação”.²²⁶ Acatando a sugestão, o Conselho de Estado examinou a regularidade do ato na própria data em que se deu sua intervenção.

without vacation. (...). The DC Circuit now remands a rule without vacating the rule when: (1) the rule is held arbitrary and capricious because of an agency failure to fulfill the duty to engage in reasoned decision-making; (2) ‘there is at least a serious possibility that the agency will be able to substantiate its decision on remand’; and (3) ‘the consequences of vacating may be quite disruptive’.”

222. Cf. CE, Ass., 11.5.2004, *Association AC!*. Sobre as técnicas disponíveis antes da decisão do caso *AC!*, cf. : Bertrand Seiller, “L’illégalité sans l’annulation”, *AJDA* 2004, p. 963; Olivier Dubos e Fabrice Melleray, “La modulation dans le temps des effets de l’annulation d’un acte administratif”, *Dr. Adm.* agosto-setembro/2004, p. 8.

223. CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866.

224. Pascale Idoux, “Juger la régulation, c’est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)”, cit., *Revue du Droit Public* 6/1643: “À ce titre notamment, cet arrêt illustre la capacité d’adaptation de la juridiction administrative au contrôle de la légalité des décisions d’un régulateur indépendant, chargé d’assurer l’établissement progressif d’une concurrence équilibrée sur un marché”. No mesmo sentido Jean-Claude Bonichot (“L’arrêt AC!: évolution ou révolution?”, *AJDA* 2004, Éditorial, p. 1049): “Toutes les transformations récentes de la justice administrative ‘ont eu pour but de faire en sorte que le juge administratif soit de son temps (...) un temps où le juge de l’administration doit plus que jamais jouer son rôle: celui d’un arbitre serein, puissant et compétent’”.

225. CE, 27.4.2009, *Bouygues Télécom*, Req. 312741.

226. Conclusões do Comissário de Governo Frédéric Lenica ao caso CE, 27.4.2009, *Bouygues Télécom*, Req. 312741.

Um quarto e último exemplo das adaptações substanciais é o uso pelos tribunais de técnicas, instrumentos e mecanismos típicos do regulador. O Conselho de Estado francês abriu espaço a uma ampla intervenção de interessados em um procedimento em que viria a decidir se seria legítimo o bloqueio dos provedores de acesso à Internet a *sites* com conteúdos racistas.²²⁷ Numa espécie de consulta pública, buscou amearhar informações e opiniões antes da tomada da sua decisão.²²⁸

2.2.2.1.3 O aparelhamento dos tribunais para enfrentar questões complexas – Ao lado de medidas para agilizar a prestação jurisdicional e para adaptar as próprias técnicas de controle judicial encontram-se, ainda, aquelas voltadas a reduzir o problema da ausência de expertise técnica dos tribunais, circunstância que os torna menos aptos a compreender e enfrentar as questões regulatórias complexas. Duas são as medidas principais adotadas para este fim: a especialização de câmeras ou tribunais (item 2.2.2.1.3.1) e a previsão legislativa do recurso a um perito do juízo (item 2.2.2.1.3.2).

2.2.2.1.3.1 A especialização judiciária: A especialização judiciária visa a destacar alguns tribunais ou câmeras para o enfrentamento de uma matéria. Harold Bruff lista seus benefícios: (i) a redução da carga de processos nos tribunais ordinários; (ii) a tendência a que os magistrados atuantes no tribunal especializado se transformem em experts na matéria e compreendam mais amplamente todas as dimensões dos seus problemas; (iii) a eficiência promovida pela divisão do trabalho, que tende a gerar decisões mais expeditas; (iv) a eliminação dos conflitos substanciais existentes entre diferentes tribunais.²²⁹

Nos Estados Unidos vários foram os casos de especialização de tribunais para tratar de matérias específicas. Assim, por exemplo, a *Commerce Court*, criada em 1910 para rever as decisões da *Interstate Commerce Commission*, ou a *Tax Court*, ou a *Emergency Court of Appeals*, criada para controlar as contestações às regulações de preços vigentes durante a II

227. Cf. Frédérique Dupuis-Toubol, “Le juge en complémentarité du régulateur”, cit., *LPA* 17/17.

228. Assim também, note-se a generosa admissão da intervenção da sociedade *Free* como terceiro processual no caso CE, 27.4.2009, *Bouygues Télécom*, Req. 312741. A empresa ainda não era operadora de telefonia celular, mas tinha interesse em candidatar-se a tanto.

229. Harold H. Bruff, “Specialized courts in administrative law”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 329, 330.

Guerra Mundial.²³⁰ Estes tribunais, no entanto, eram criaturas da legislação infraconstitucional – não se confundiam com os tribunais estabelecidos pela Constituição americana. Durante as décadas de 1980 e 1990 houve alguma discussão doutrinária a propósito da conveniência da criação de uma jurisdição administrativa, a exemplo do que sucede na França e na Itália.²³¹ A ideia era que tribunais administrativos seriam mais adaptados para promover um controle mais substancial de matérias administrativas e regulatórias.²³²

Em que medida a criação de uma jurisdição administrativa é, já em si, um mecanismo de especialização suficiente para permitir o controle da matéria regulatória é matéria para o último capítulo deste trabalho. Mas, já aqui, é preciso sinalizar que na França boa parte da matéria regulatória está atribuída à jurisdição ordinária. E nestes casos há lugar para uma especialização diferente, destacando uma câmara judicial específica. Tome-se o caso do controle judicial operado sobre as decisões da autoridade antitruste. Ele foi atribuído à jurisdição ordinária pela lei que criou o Conselho da Concorrência em 1987, e foi mantido pela lei que criou a Autoridade da Concorrência, em 2008.²³³ O controle judicial desta autoridade está atribuído à

230. Para maiores detalhes sobre estes tribunais especializados, v. Harold H. Bruff, “Specialized courts in administrative law”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 329.

231. V., sobre o tema: Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, cit., 38 *Admin. L. Rev.* 363, 395-396.

232. No Canadá, John Willis, reconhecido crítico da intervenção excessiva dos tribunais ordinários, sugeria, já na década de 1930, que um controle não deferente só poderia ser aplicado por um tribunal especializado – ou talvez uma jurisdição administrativa propriamente dita: “An independent body, composed of persons trained in the practice of the whole law pertaining to administration, would have sufficient special knowledge of the legislation which is to be put into force to decide upon evidence submitted to it what in the particular case it is best to do. A review of a discretion other than upon a question of law or of jurisdiction necessarily postulates the existence of a court of review whose members are trained in a field wider than that of pure law. (...). Once more the question is raised, who is fitted to interpret a statute which was passed against a certain background and designed to carry into effect a certain policy? The answer would seem to be, a person who knows the background and has the means of discovering the policy. This conclusion rules out the judges of the ordinary courts who know nothing of the problems of administration and are debarred by the rules of interpretation from discovering the purposes which the statute is designed to effect. (...). Existing conditions, then, no less than the proposals for the future, call for the constitution of a special court” (“Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” (1935/1936), 1 *U. T. L. J.* 53, 80).

233. Até 2008 as competências antitruste na França estavam divididas entre o Conselho da Concorrência (que cuidava de condutas anticoncorrenciais) e o Ministério da Economia (responsável pelo julgamento de concentrações econômicas). Em

Seção H da 1ª Câmara da Corte de Apelação de Paris. Este Tribunal tem a reputação de possuir juízes especializados em matérias relativas à regulação econômica e ao direito da concorrência, e já atuava em casos comerciais, criminais e cíveis que envolviam o direito da concorrência.²³⁴ Outro exemplo é a especialização da 8ª Câmara do Tribunal de Comércio de Paris em questões ligadas à tecnologia da informação.²³⁵

2.2.2.1.3.2 *A previsão de recurso ao perito do juízo*: Na Itália o legislador interveio através da Lei 205, de 21.7.2000,²³⁶ para generalizar a possibilidade de o juiz administrativo recorrer a um perito do juízo (*consulenza tecnica d'ufficio*).²³⁷ Esta possibilidade fora prevista anteriormente apenas para alguns casos, como aqueles ligados ao funcionalismo público (art. 35 do Decreto Legislativo de 31.3.1998, n. 80).

A rigor, o juiz administrativo já dispunha, mesmo antes destes diplomas legislativos, do mecanismo processual denominado “verificação” (*verificazione*), previsto no art. 26 do *Regio Decreto* 17.8.1907, n. 641. Mas a verificação difere da perícia, na medida em que a primeira é requisitada a um funcionário ou órgão da administração pública, o que a torna menos imparcial.²³⁸ O art. 63 do Código italiano de Processo Administrativo parece

2008 criou-se a Autoridade da Concorrência, que concentrou ambas as competências antitruste.

234. Desde 2006 alguns tribunais de primeira instância têm também competência para julgar questões relativas aos arts. L.420-1 até L.420-5 (v. art. 420-7 do Código de Comércio francês). A Corte de Apelação seguiu com competência exclusiva para julgar os recursos contra as decisões do Conselho da Concorrência e contra as decisões destes tribunais de primeira instância.

235. Frédéric Dupuis-Toubol, “Le juge en complémentarité du régulateur”, cit., *LPA* 17/17.

236. A Lei 205/2000 absorveu o Decreto Legislativo 80/1998, que havia sido declarado parcialmente inconstitucional por excesso de delegação (v. Corte Cost., Sent. 292/2000).

237. O processo administrativo sempre teve uma menor riqueza de instrumentos instrutórios em relação ao processo civil. Tradicionalmente, os meios de prova constituíam-se na requisição de documentos. Atualmente os meios de prova estão previstos no art. 63 do Código de Processo Administrativo.

238. Monica Delsignore, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato” (Nota a Cons. St., 9.4.1999, n. 601, Sez. IV), *Dir. Proc. Amm.* 1/185, 2000: “Qualora il giudice amministrativo decida di disporre una verificazione, tale mezzo istruttorio sarà esperito sempre da un soggetto facente parte della pubblica amministrazione, mentre nel caso della consulenza tecnica ausiliario del giudice è un soggetto che deve essere, in virtù del dettato legislativo, terzo rispetto alle parti in causa. Manca, nel caso delle verificazioni, l'imparzialità del consulente, qualità che sembra essere essenziale ai

estabelecer uma excepcionalidade do recurso ao perito e uma preferência pelo procedimento da verificação. Com efeito, afirma-se que o perito deve ser utilizado apenas em situações de “indispensabilidade”. Além disso, a requisição tanto do perito como da verificação só pode ser feita colegialmente.

2.2.2.2 Levando as reformas a sério: a análise de seus méritos

A análise dos méritos destas reformas institucionais revela que, se, por um lado, é verdade que as medidas adotadas contribuem para mitigar os problemas do controle judicial sobre decisões técnicas da administração, elas podem terminar por reduzir também algumas vantagens institucionais dos tribunais, antes apontadas.

2.2.2.2.1 Ainda a importância da análise comparativa e “específica”

– Preliminarmente, é importante observar como tais reformas que visam a aparelhar ou adequar o Poder Judiciário ao enfrentamento de seus desafios confirmam uma afirmação feita no item anterior. Uma análise institucional comparativa será tanto mais eficaz e útil quanto mais concretas e específicas forem as características levadas em consideração das instituições comparadas. As reformas acima apresentadas reforçam os riscos de uma análise abstrata, fundada em características genéricas dos tribunais e da administração pública. Quaisquer que fossem os méritos ou deméritos da aplicação de um controle não deferente às decisões técnicas da administração *antes* destas alterações institucionais na França e na Itália, eles certamente já não serão os mesmos posteriormente. Os méritos da *reforma em si*, em função da medida de sua adequação para a realização dos objetivos a que se propõe, é toda uma outra história, a cujo exame se passa em seguida. Mas não se haverá de negar a *relevância* da atenção a estas novas características jurisdicionais se se pretender uma análise comparativa institucional séria.

2.2.2.2.2 *O preço da agilização do controle judicial* – Há poucos reparos a serem feitos à *adequação* das medidas apresentadas acima com o objetivo de agilizar o controle judicial. Tanto a adoção de um rito acelerado como a previsão de saltos de graus jurisdicionais e o estabelecimento de procedimentos de urgência efetivamente reduzem o tempo que a decisão administrativa contestada passará no âmbito do Poder Judiciário, até que a decisão final seja adotada. Assim, reduzem também os riscos que a intervenção judicial pode causar à efetividade regulatória. No contexto

pós-reforma, portanto, os *efeitos* gerados pela adoção de um modelo de controle judicial não deferente para contestações judiciais adicionais são *menos* problemáticos.

Esta redução da problematidade, entretanto, não é gratuita. Naturalmente, ao passo em que se reduzem prazos e graus jurisdicionais, eliminam-se também garantias jurídicas. Na França não há recursos substanciais contra os pronunciamentos do Conselho de Estado sobre as decisões das autoridades reguladoras. Na Itália os prazos das partes que se sentem lesadas pelas autoridades reguladoras para aduzir suas considerações em juízo (e mesmo das próprias autoridades, para se defender de semelhantes acusações) são mais exíguos.

No caso dos procedimentos de urgência os efeitos colaterais são ainda mais relevantes. Em primeiro lugar, a formação normalmente monocrática adotada nestas hipóteses eleva os riscos de imposição de vieses pessoais ou ideológicos, menos salientes em formações colegiadas, tal como se afirmou acima. Em segundo lugar, a exiguidade dos prazos para pronunciamento dos magistrados amplia os problemas da complexidade técnica da matéria controlada. Se já é difícil entender complexas questões regulatórias com tempo hábil para se dedicar a elas, tanto pior será enfrentá-las de forma açodada. Por isso mesmo, aumentam os riscos de intervenções judiciais indevidas. Em terceiro e último lugar, os procedimentos de urgência podem afetar até mesmo a própria dinâmica regulatória, se encarada sob outro ângulo. Ora, sob a perspectiva daquele que se diz violado por uma medida regulatória e argumenta que não pode esperar para ver-se aliviado deste ônus, o provimento judicial liminar pode ser uma dádiva. No entanto, sob a perspectiva do regulador – que pode ter sua medida regulatória suspensa e que tampouco poderia esperar para vê-la efetivada – a facilitação da concessão de liminares pode ser dramática.

Ainda uma vez, tudo isso significa que não há soluções *melhores* ou *piores* em abstrato, mas apenas com referência a alguma finalidade específica. Também significa que as decisões de adotar medidas de agilização do Poder Judiciário envolvem necessariamente a ponderação de finalidades públicas conflitantes. Retomando o exemplo da ampliação dos procedimentos de urgência, ela pode servir para proteger direitos individuais, mas ao risco de comprometer a eficiência administrativo-regulatória e sua legitimidade democrática.

Não há como fugir destes dilemas, embora eles possam ser enfrentados de forma mais ou menos consciente, e através de uma análise mais ou menos precisa.

Há mais: a adoção destas medidas para “beneficiar” o contexto regulatório levanta, naturalmente, a questão do porquê de reservá-las a este domínio, e não a outros igualmente – ou mais – sensíveis.

2.2.2.2.3 Vantagens e desvantagens da especialização judiciária – Deve-se, em primeiro lugar, admitir que a especialização judiciária reduz os problemas relacionados com a “generalidade temática” do Poder Judiciário. Uma câmara ou seção de tribunal que enfrente recorrentemente os intrincados temas relativos à regulação econômica tende a capacitar-se para compreendê-los e para dar-lhes solução mais adequada. A regulação setorial ou antitruste exige, de fato, conhecimentos econômicos e políticos que, notadamente nos Países de tradição civilista, não se incluem de forma significativa na formação jurídica típica. Estes conhecimentos, no entanto, não são inacessíveis a quem a eles se dedique. Se os advogados e demais profissionais jurídicos do setor estão capacitados a dominá-los, não há razão para supor que os membros do Poder Judiciário não o estariam.²³⁹

Dito isto, é preciso observar que o problema da assimetria informacional que atinge o Poder Judiciário e afeta sua aptidão para atuar no domínio da regulação econômica não deriva apenas da *complexidade* da matéria. Este problema é também causado pelas próprias características institucionais dos tribunais: em especial, pela maneira formal através da qual eles recebem informações da indústria regulada e pelo princípio judicial da inércia, que termina por fazer com que os tribunais só tenham acesso e possam se pronunciar sobre *uma fração* das questões regulatórias de um setor – aquelas que lhes são trazidas por alguma parte interessada. Estas características (especialmente a segunda delas) não parecem ser afetadas pela medida de especialização judiciária. E isto sugere a *limitação* desta estratégia.

Para além disso, considerações semelhantes às que se fizeram acima a propósito do “preço” cobrado pela agilização judiciária e pelas ponderações que ela envolve podem ser direcionadas também para a especialização judiciária. Esta medida tende a reduzir algumas vantagens institucionais dos tribunais que justificariam uma sua intervenção mais intensa. Primeiro, tribunais especializados tendem a ser progressivamente afetados pela sua vocação monotemática, circunstância que reduziria sua aptidão institucional para compensar o *tunnel view* que caracteriza as autoridades reguladoras.²⁴⁰

239. Neste mesmo sentido: Frédérique Dupuis-Toubol, “Le juge en complémentarité du régulateur”, cit., *LPA* 17/17; Jean-Yves Chérot, “Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence”, cit., *AJDA* 2000, p. 687.

240. Harold H. Bruff, “Specialized courts in administrative law”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 329, 331: “A primary cost of specialization is loss of the generalist

Segundo, a especialização dos tribunais tende a torná-los mais sensíveis aos anseios da indústria regulada e mais suscetíveis às suas pressões. Dito de outro modo: a especialização gera uma intensificação do relacionamento entre controladores e controlados, aumentando também os riscos de captura.²⁴¹ O maior exemplo é o da curta vida da *Commerce Court*, mencionada acima. Estabelecida em 1910 para revisar as decisões da *Interstate Commerce Commission*, ela foi desativada apenas três anos depois, sob inúmeras críticas no sentido de que favoreceria empresas ferroviárias.²⁴²

Sob certo ângulo, a especialização aproxima institucionalmente as autoridades reguladoras e os tribunais. Ao fazê-lo, prejudica a complementariedade de tarefas que poderiam ser realizadas por cada um deles, levando a uma sobreposição de funções. Marcello Clarich vai na direção contrária do raciocínio segundo o qual a especialização judiciária permitiria um con-

perspective. A premise of our nation's usual resort to courts of general jurisdiction is that sound decision-making results from exposure to a wide range of problems, rather than from initiation into an arcane set of mysteries”.

241. No mesmo sentido, cf. a opinião de Neil Komesar (*Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, cit., p. 145): “Second, and more important, specialization increases the potential for the bias associated with substituting ‘expert’ judges for ‘general’ judges. Like the substitution of administrative agencies for inexperienced judges discussed earlier, specialized courts substituted for general courts are more likely to be subject to long-term influence by information provision and even by replacement than general courts. Courts become more attractive targets for special interest groups as their jurisdiction is narrowed. Investment in either propaganda or replacement is more productive for these interest groups when these efforts can be focused on a more narrowly defined group of judges. Where the conditions for serious minoritarian bias (or even majoritarian bias) are present, the movement from general to expert decision-makers can come at significant social cost”.

242. Cf. Harold H. Bruff, “Specialized courts in administrative law”, cit., 43 *Admin. L. Rev.* 329: “The ‘Banquo’s ghost’ at any discussion of specialized courts is the Commerce Court, which had a brief, unhappy life from 1910-1913. Citing needs for expertise, expedition, and uniformity, President Taft proposed a court to review decisions of the Interstate Commerce Commission. Even as Congress complied, however, charges emerged that the court would favor the railroads. The court soon found itself in a political maelstrom, without allies – not even the railroads, which were supposed to have captured it. (...). Although comparison of the court’s reversal rate of ICC orders with those of other courts does not support charges of capture by the railroads, perception carried the day, and the court passed into history. (...). Nevertheless, the enduring warning is that no specialized court should be created to oversee a single agency that deals with a single powerful interest group. Even if the court did not in fact favor the railroads, the speed with which it lost public confidence is instructive. Indeed, had the court survived, the railroads would have had every incentive to try to capture it”.

trole mais intenso da administração pública. Este autor italiano observa que, quanto mais os tribunais se aproximam das características institucionais das autoridades administrativas (e vice-versa), menor razão há para justificar a incidência do seu controle, na medida em que ela constituiria mera repetição de atividade já cumprida. Dito de outro modo: os méritos do controle judicial podem residir precisamente nos traços que distinguem os tribunais da administração pública.²⁴³

2.2.2.2.4 Os limites do aparelhamento técnico judiciário – Cumpre, por fim, analisar a utilidade do recurso ao perito técnico do juízo. O caso italiano – em que a inclusão legislativa desta possibilidade teve efeitos jurisprudenciais relevantes – é bastante ilustrativo.

Naturalmente, a utilidade e a adequação do recurso ao perito técnico do juízo variam bastante em relação a cada um dos tipos de atividade administrativa técnica apresentados no capítulo anterior. Evidentemente, cumpre fazer menção apenas às atividades que envolvam *alguma* tecnicidade, de modo que as atividades de verificação de fatos simples (*accertamento di fatti semplici*) e de discricionariiedade administrativa pura (*discrezionalità amministrativa pura*) não têm, aqui, maior interesse.

O domínio menos polêmico e mais amplo da atuação de um perito é certamente o das verificações técnicas (*accertamento tecnici*).²⁴⁴ Tratando-se, aqui, de uma avaliação técnica *pura e objetiva*, o procedimento efetuado pelo perito corresponderá exatamente àquele realizado pela administração pública. Voltando ao exemplo dado no item 3 do Capítulo I desta Primeira Parte, o perito técnico pode certamente avaliar a *correção* da gradação alcoólica de uma bebida tal qual identificada pela administração pública.

O recurso ao perito é mais problemático e polêmico nas atividades administrativas técnicas que envolvem alguma opinabilidade: aquelas que, na Itália, se convencionou chamar *discricionariiedade técnica* e *avaliações técnicas complexas*. Nesse País a inserção da possibilidade de recorrer ao perito teve influência substancial na mudança da jurisprudência relativa ao controle incidente sobre a discricionariiedade técnica. Até 1999 esta atividade administrativa estava submetida a um controle de mera razoabilidade, lógica e coerência, exatamente como a discricionariiedade administrativa pura. A partir de então, quando o recurso ao perito já era permitido para decisões relativas a algumas áreas, como o funcionalismo público, o Con-

243. Marcello Clarich, “Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario”, cit., *Foro Amministrativo*: TAR 2002, p. 3858.

244. Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, cit., *Diritto Amministrativo* 4/833.

selho de Estado resolveu alterar sua orientação, afirmando um controle não deferente.²⁴⁵

O fato de que a alteração jurisprudencial em direção a um controle mais intenso tenha sido efetuada na esteira da inserção legislativa de possibilidade de recurso ao perito poderia sugerir uma importância substancial desta figura no controle não deferente da discricionariedade técnica. Não parece adequado, no entanto, reconduzir ao perito técnico a *totalidade da matéria* que fora examinada pela administração pública, no contexto de avaliações técnicas opináveis, não objetivas. Ao menos, não é razoável que se pretenda substituir a opinião da administração pública pela opinião do perito. Nenhum benefício institucional de ordem técnica ou política sugeriria esta solução. Esta circunstância é ainda mais clara no caso das chamadas “avaliações técnicas complexas”, as quais envolvem, além da opinabilidade, também a ponderação de interesses públicos conflitantes. Ainda que se possam fazer alguns reparos à legitimidade democrática de autoridades administrativas *independentes* para a adoção destas medidas (de natureza ao menos relativamente política), não se haverá de supor que o perito possua vantagens institucionais comparativas que recomendem a transferência da matéria para si.

Na primeira decisão em que fez referência a esta noção de avaliações técnicas complexas o Conselho de Estado adotou posição semelhante à que aqui se afirma, em relação ao uso do perito.²⁴⁶ Tratava-se de contestação judicial de decisão do Comitê Técnico Florestal. O Comitê havia recusado a autorização requerida pela empresa *Formambiente Construzioni* para transformar terrenos de sua propriedade destinados ao cultivo, com a finalidade de realizar edificação. Os terrenos localizavam-se em áreas sujeitas a restrições administrativas à propriedade, por razões hidrogeológicas. Por força de lei, qualquer transformação nestas áreas dependia de autorização do Comitê Técnico Florestal, ao qual competia a avaliação das possíveis consequências sobre a estrutura hidrogeológica do terreno. A decisão administrativa foi anulada pelo Tribunal Administrativo Regional, que se baseou muito fortemente no parecer do perito do juízo. Ao perito fora transferida toda a matéria controversa, e sua opinião foi no sentido de que “a área [era] idônea para ser destinada a fins de edificação”. Ou seja: o perito pronunciou-se exatamente sobre a mesma questão que tinha sido enfrentada pela autoridade adminis-

245. Curiosamente, no caso em que a orientação jurisprudencial sobre a intensidade do controle foi anunciada, o *Consiglio di Stato* não recorreu ao perito, reformando a decisão administrativa apenas com base na jurisprudência administrativa sobre o assunto.

246. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, *Formambiente*.

trativa, e, chegando a conclusione diametralmente opposta, servì di base per la annullazione giudiziale della decisione amministrativa.

No giudizio della appello il Consiglio di Stato riprendeva il Tribunale Amministrativo Regionale per il fatto che fece della perizia tecnica. Secondo il massimo Tribunale Amministrativo, il ricorso al perito serve solo per illustrare qualche punto specifico tecnico, ma la qualificazione giuridica dei fatti segue cadendo al giudice. Non deve egli chiedere al perito che qualifichi i fatti secondo i parametri giuridici. Questo è un lavoro che gli compete. Oltre a non poter sottoporre al perito tutta la problematica, anche non può il giudice semplicemente adottare la sua conclusione. Nella espressione del Consiglio di Stato, il giudice è il *dominus* della qualificazione del fatto, non potendo “limitarsi a ricevere acriticamente i risultati della consulenza tecnica”.²⁴⁷

Nella sequenza della decisione, il Consiglio di Stato afferma, ancora, che il controllo giudiziale incidente sulle valutazioni tecniche complesse è un controllo “debole”, non sostitutivo e limitato alla ragionevolezza, logica e coerenza.

247. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, *Formambiente*, item 7: “La consulenza tecnica d’ufficio è uno strumento di conoscenza posto a disposizione del giudice, che giova unicamente ad arricchire la cognizione di nozioni che non appartengono al patrimonio dell’intera collettività, né sono desumibili dalle massime di comune esperienza. Grazie all’apporto del consulente il giudice fruisce di conoscenze tecnico-specialistiche appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettività complessità, ai quali non si accede senza la disponibilità di sofisticati strumenti di indagine. Ne discende che, in primo luogo, la c.t.u. non può supplire l’onere della parte di allegare i fatti e di introdurli nel processo; in secondo luogo, che il compito della fissazione e qualificazione del fatto non è delegabile al c.t.u., ma dev’essere espletato direttamente dal giudice. Questi può solo ampliare la sua conoscenza, come rilevato, grazie all’ausilio di una consulenza specialistica. Il giudice, proprio perché *dominus* della qualificazione del fatto, non può mai limitarsi a recepire acriticamente i risultati della consulenza tecnica, ma è sempre tenuto ad un’autonoma valutazione e rielaborazione del fatto anche *alla luce* dei dati tecnico-scientifici offerti dal c.t.u.. Al giudice non interessa tanto la valutazione finale del consulente, che pure troverà gli opportuni spazi nella relazione illustrativa, ma il percorso conoscitivo che questi avrà svolto nel ripercorrere l’intero *iter* della determinazione tecnica assunta dall’amministrazione. Queste regole sono condizioni essenziali perché la consulenza tecnica possa correttamente inserirsi nel rapporto processuale, che affida alle parti l’onere di allegare e provare i fatti ed al giudice il compito di effettuare la loro ricostruzione e qualificazione giuridica. Ebbene, nella decisione impugnata tali regole non sono state rispettate, poiché il Tribunale non ha eseguito una valutazione autosufficiente sulla correttezza delle valutazioni tecniche del Comitato Tecnico Forestale, ma si è pressoché interamente piegato sulle conclusioni finali del consulente. L’assenza di una rielaborazione effettiva di queste conclusioni, del resto, è comprovata, oltre che dalla motivazione della sentenza, dal fatto che il Tribunale non ha posto adeguatamente in luce le contraddizioni emergenti dal testo della relazione e le sue obiettive incertezze; sulle quali, comunque, si tornerà tra breve”.

A partir de 2004 as noções de “avaliações técnicas complexas” e de “controle fraco” foram sendo progressivamente abandonadas pela jurisprudência italiana, mas os limites do uso da perícia técnica nos casos de avaliações técnicas opináveis continuaram vigentes. Em resumo: o perito não substitui a autoridade administrativa, devendo servir apenas para conceder subsídios técnicos que permitam ao próprio juiz administrativo examinar a avaliação técnica promovida pela administração pública. Neste sentido, não é difícil perceber como é limitado o aparelhamento promovido à jurisdição administrativa pela previsão de possibilidade de recurso à perícia técnica no caso de controle judicial de avaliações técnicas opináveis, não objetivas.

Uma alternativa interessante ao uso do perito é a utilização do próprio regulador como *amicus curiae*.²⁴⁸ Naturalmente, não é razoável que o recurso seja feito ao próprio regulador cuja decisão está sendo contestada. Mas, por exemplo, na França o Conselho de Estado recorria a pareceres do Conselho da Concorrência para controlar decisões do Ministro da Economia a propósito de operações de concentração econômica,²⁴⁹ antes de as competências antitruste serem reunidas e atribuídas à nova Autoridade da Concorrência.²⁵⁰

* * *

Uma última razão pela qual as relações tendenciais devem ser vistas com ressalvas relaciona-se com a generalidade das análises institucionais que as informam. Cada uma destas relações tendenciais fundamenta-se em considerações a propósito dos méritos e deméritos dos tribunais e das autoridades administrativas *tomadas em suas características usuais*. Sucede que no mundo real as características dos tribunais e das autoridades administrativas envolvidas num caso concreto podem distar bastante deste modelo teórico. E, quando este for o caso, as prescrições contidas nas relações tendenciais perdem sua força.

Esta última parte do capítulo chamou a atenção para o fato de que estas alterações institucionais podem ser até mesmo informadas pela *intenção de*

248. Na França esta hipótese está prevista diretamente no art. 143 do Código de Processo Civil e indiretamente no art. 626-1 do Código de Justiça Administrativa.

249. V., por exemplo: CE, Sect., 20.7.2005, *Sté. Fiducial Informatique et Fiducial Expertise*, Req. 279180.

250. Este recurso ao regulador também pode informar as “regulações de primeiro nível” promovidas pelos tribunais. Por esta expressão Frédéric Dupuis-Toubol designa as situações em que os tribunais atuam diretamente como reguladores, e não como controladores, da regulação alheia (v. o seu “Le juge en complémentarité du régulateur”, cit., *LPA* 17/17).

embasar institucionalmente um específico tipo de controle judicial. Suponha-se que uma jurisdição queira submeter a regulação econômica a estrita supervisão judicial. Para tanto, poderá promover inovações institucionais que *capacitem e aparelhem* os tribunais a intervenções regulatórias menos problemáticas do que as que se dariam no caso de detenção das características institucionais mais usuais.

Sucede que, naturalmente, estas adaptações institucionais não serão “gratuitas”. Há o risco de que estes “novos tribunais” percam alguns de seus principais méritos. Num exemplo dado acima, a especialização judiciária, se faz o tribunal especializado mais apto a compreender e julgar a regulação, também o faz mais propenso à captura e ao *tunnel view* – dois aspectos que sua generalidade ajudava a compensar. Isto significa que aqui também não há soluções melhores ou piores, nem soluções impositivas: trata-se de estruturar as instituições ou as atividades institucionais na direção de uma composição que se considere adequada entre as finalidades conflitantes do direito administrativo.

3. Conclusões

As relações tendenciais apresentadas no capítulo anterior estão muito presentes no discurso (acadêmico, judicial, político) justificador da incidência de determinado modelo de controle judicial. Este capítulo tinha o objetivo de apresentar ressalvas a este raciocínio. Sua grande conclusão é a de que as relações tendenciais não são inexoráveis: a intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma série de considerações subjetivas e, mesmo, políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão – e a solução final não pode ser atribuída automaticamente a uma relação tendencial.

Há dois grandes problemas que minam a aplicação automática das relações tendenciais a um caso concreto. O primeiro corresponde às dificuldades envolvidas na identificação da “natureza da decisão controlada”. O segundo são as razões existentes para a aplicação de um modelo de controle diverso daquele apontado na relação tendencial.

Em relação ao primeiro problema, o capítulo demonstrou a artificialidade da ideia de que cada decisão administrativa teria *uma específica natureza*. Através de uma grande quantidade de exemplos, evidenciou-se que elas são, na verdade, marcadas por uma *multiplicidade de aspectos substanciais*. Sendo assim, a afirmação de uma natureza específica envolve, na realidade, um juízo (inegavelmente subjetivo e arbitrário) a propósito das medidas de relevância de cada um destes aspectos. Assim, uma decisão

administrativa “complexa tecnicamente” é aquela cujos aspectos técnicos se sobressaem sobre os demais, na opinião de quem a classifica.

As dificuldades engrandecem se se pretende atribuir uma natureza específica a toda uma *atividade administrativa*, ao invés de a cada decisão administrativa específica. Recorreu-se ao exemplo da atividade de interpretação legislativa, que teoricamente poderia ser considerada uma atividade juridicamente sensível, fazendo sobre ela incidir um controle deferente. Demonstrou-se que interpretações legislativas específicas podem envolver aspectos políticos e técnicos claramente mais relevantes do que aqueles estritamente jurídicos, recomendando que sobre elas se aplique um controle judicial deferente.

Além das dificuldades na identificação da natureza da decisão controlada, o afastamento das relações tendenciais apresentadas no capítulo anterior pode decorrer (i) da opção de privilegiar finalidades administrativas diversas ou (ii) do fato de que as instituições envolvidas no caso concreto possuem características destoantes daquelas que informam as análises institucionais subjacentes às relações tendenciais.

Em relação à primeira hipótese, viu-se que circunstâncias sociais ou históricas de uma jurisdição podem sugerir a conveniência de aplicação de uma finalidade divergente daquela que vem implícita nas relações tendenciais. O capítulo demonstrou que esta solução é totalmente plausível, inclusive do ponto de vista estrito da análise institucional comparativa.

No que concerne à segunda hipótese, ficou claro que as relações tendenciais veiculam tão somente indicações genéricas, fundadas em uma análise institucional abstrata, que leva em consideração as características institucionais usuais dos tribunais e da administração pública. Na prática, será sempre devida a atenção às características específicas das instituições pertinentes a um caso concreto. Em muitos casos é comum que reformas ou inovações institucionais levem a situações em que a aplicação da relação tendencial não mais se justificaria.

Todos estes pontos evidenciam que as relações apresentadas no capítulo anterior devem ser tomadas apenas como um primeiro passo. Não podem ser consideradas como veiculadoras de uma solução ótima e inexorável, independentemente de quaisquer outras considerações. A “correção” ou “conveniência” de uma específica alternativa dependerá das circunstâncias mais variadas. Naturalmente, estas considerações retiram bastante da relevância prática destas relações tendenciais. Além disso, elas põem em cheque a validade dos discursos que as utilizam para justificar a incidência de um dado modelo de controle.

Em definitivo, o esforço de adaptação do controle judicial às características da decisão administrativa não leva a uma solução única e inexorável. Há muito espaço para escolhas.

Capítulo III

CONCLUSÕES

DA PRIMEIRA PARTE

Tomado seu objeto, este trabalho se iniciou pelo passo mais óbvio: o exame da aderência da intensidade do controle judicial às *características substanciais* da decisão administrativa controlada. É intuitivo que tanto maior será a adaptação do controle judicial quanto mais ela resultar de uma reflexão relativa aos atributos da ação administrativa sobre a qual ele incidirá.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho permitiu identificar três aspectos particularmente importantes das decisões administrativas para o fim da determinação da intensidade do controle judicial: (i) a sensibilidade jurídica; (ii) a natureza política; e (iii) a complexidade técnica. Foi possível observar, ainda, que cada uma destas características está tendencialmente vinculada a uma específica intensidade do controle. Assim, costuma-se aplicar controle judicial não deferente sobre decisões administrativas juridicamente sensíveis; mas controle judicial deferente sobre decisões administrativas políticas ou tecnicamente complexas.

Estas relações tendenciais acima apontadas são frequentemente encontradas nos discursos judiciais, acadêmicos ou políticos como forma de justificar a incidência de determinado modelo de controle. As soluções são informadas por análises institucionais comparativas voltadas a alocar o poder decisório para a instituição mais adaptada a exercê-lo. Assim, no primeiro caso, a aplicação de um controle judicial não deferente importa a atribuição do poder decisório final para os tribunais, como forma de proteção de matérias juridicamente sensíveis (como prerrogativas individuais particularmente relevantes ou valores jurídicos constitucionais, por exemplo) ou como afirmação de uma expertise jurídica peculiar. Nos dois

outros casos a aplicação de um controle judicial não deferente veicula a compreensão de que matérias políticas ou tecnicamente complexas devem ser definidas prioritariamente pela administração pública – aos tribunais caberia apenas uma revisão relativamente superficial. No caso de decisões de natureza política este raciocínio traz implícita uma ponderação comparativa sobre as credenciais democráticas dos tribunais e da administração pública (esta última seria democraticamente mais legítima). Pode, ainda, revelar a ideia de que o anúncio de uma intervenção judicial mínima tende a *ampliar* a *accountability* da administração pública, seja porque evidencia que suas decisões veiculam *opções* ou porque gera um deslocamento do foco para o controle procedimental. No caso de decisões tecnicamente complexas a deferência judicial transmite a ideia de respeito a uma instituição mais bem adaptada (tanto em função da natureza da sua atuação diuturna como em função do seu maior aparelhamento institucional). Além disso, importa a intenção de preservar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa.

Sucede que estas relações tendenciais, apesar de bem fundamentadas, não são *impositivas* ou *necessariamente superiores às alternativas*. Na prática – como também demonstram as jurisdições estudadas –, há razões de sobra para que se apliquem modelos de controle diferentes daqueles ali propugnados. Os problemas de tomar as soluções veiculadas nas relações tendenciais como impositivas decorrem, em primeiro lugar, da dificuldade de identificar a “natureza da decisão administrativa controlada”. Na prática, cada decisão administrativa é marcada por uma *multiplicidade de aspectos substanciais*. Assim, poderá, por exemplo, ser tecnicamente complexa e juridicamente sensível. Isto implica que a afirmação de uma “natureza da decisão administrativa controlada” compreende um *juízo* prévio a propósito da medida de relevância de cada um dos seus aspectos. Ainda mais: o raciocínio da natureza da decisão costuma mesclar considerações relativas à *própria decisão administrativa* com aquelas relativas às *atividades* em que esta decisão se insere. O exemplo da interpretação legislativa é ilustrativo: considerar que a interpretação legislativa é atividade juridicamente sensível (porque dependeria de uma expertise jurídica particular) é ignorar que *algumas interpretações específicas* podem ter aspectos políticos e técnicos mais complexos do que os aspectos propriamente jurídicos. Tudo isto importa que o raciocínio da “natureza da decisão controlada” é bastante subjetivo e não leva a nenhuma solução específica. Se assim é, não é possível supor que as relações tendenciais apresentadas anteriormente se imponham ao agente que deve aplicar o controle judicial: ele terá bastante espaço para manobra.

Para além destes problemas, as soluções veiculadas nas relações tendenciais podem não ser confirmadas na prática por ainda duas razões.

Em primeiro lugar, é preciso ter claro que estas soluções veiculam uma específica ponderação das finalidades conflitantes do direito administrativo. A aplicação de um controle judicial deferente a questões políticas revela um privilégio das preocupações relativas à legitimidade democrática. Já, no caso das questões tecnicamente complexas a atribuição da palavra final às autoridades administrativas revela uma preocupação com a eficiência administrativa e regulatória. Finalmente, o controle não deferente sobre matérias juridicamente sensíveis volta-se à proteção da licitude no agir administrativo. Mas não há razão para supor que estas sejam sempre as ponderações mais adequadas, em todas as situações. Circunstâncias históricas e/ou contingenciais podem sugerir a consagração de soluções alternativas. Tome-se o exemplo da busca pela lisura *também* no caso de decisões técnicas ou políticas. Elas podem indicar a adequação de um controle judicial não deferente sobre estas matérias. E isto se fará também por razões institucionais: a especialização do regulador, por exemplo, faz com que ele seja suscetível a pressões da indústria regulada e a vieses setoriais – circunstâncias que poderiam ser corrigidas através da supervisão pormenorizada de tribunais generalistas.

Em segundo lugar, as relações tendenciais podem não prevalecer em função das características específicas dos tribunais e das autoridades administrativas envolvidas num caso concreto. Isso se dá porque as soluções veiculadas nas relações tendenciais levam em conta as características *usuais* dos tribunais e das autoridades administrativas. Sucede que numa hipótese concreta é possível que as características reais da autoridade administrativa que emanou a decisão controlada e/ou do tribunal que promoverá o controle *distem* destas características usuais tomadas em consideração na relação tendenciais. Se assim for, não há razão para aplicar a solução genérica. Este distanciamento das características usuais pode decorrer, por exemplo, de reformas institucionais que visem a capacitar os tribunais a enfrentar questões técnicas (aparelhando-os com uma equipe técnica, permitindo a consulta a peritos, reduzindo prazos de atuação para aumentar a dinâmica judicial etc.). Nestes casos, a deferência judicial em matérias tecnicamente complexas pode não se justificar. Dito de outro modo: a análise institucional que deve pautar a determinação da intensidade do controle judicial deve ser *concreta e comparativa*, levando em consideração as características reais das instituições envolvidas.

No todo, a grande conclusão desta Parte é a de que a intenção de *adaptar a intensidade do controle judicial* à complexidade da administração pública não levará a uma solução única e inexorável. A intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma

série de considerações subjetivas e, mesmo, políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão. De um lado, isto significa que a mera referência às relações tendenciais não consistirá *justificação suficiente* para a decisão relativa à intensidade do controle que será aplicada num caso concreto. Na prática, a “correção” ou “conveniência” de uma específica alternativa dependerá das circunstâncias mais variadas. De outro lado, e enfim, abre-se espaço para discussões relativas tanto à *legitimidade democrática* da escolha finalmente operada como à medida da apreensão e processamento de toda esta complexidade no âmbito deste processo decisório. É este o objeto da próxima Parte do trabalho.

SEGUNDA PARTE

***OS PROCEDIMENTOS UTILIZADOS
PARA A DETERMINAÇÃO CONCRETA
DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL***

Capítulo I – O Dilema entre Precisão e Operacionalidade no Procedimento de Determinação da Intensidade do Controle Judicial

Capítulo II – A Questão da Legitimidade da Escolha da Intensidade do Controle Judicial

Capítulo III – Conclusões da Segunda Parte

A Primeira Parte deste trabalho cuidou dos critérios substanciais que são sopesados para a determinação da intensidade do controle judicial sobre as decisões da administração pública. Esta ponderação material foi apresentada em abstrato: a preocupação estava centrada nos *argumentos* utilizados nas diferentes jurisdições para fundamentar um controle mais ou menos deferente em relação a cada um dos critérios substanciais. A análise terminou por evidenciar a complexidade envolvida na determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre uma específica ação administrativa.

Esta complexidade tem origem em duas fontes diversas. Em primeiro lugar, a escolha de um modelo de controle judicial veicula uma complicada ponderação entre as finalidades conflitantes do direito administrativo. As soluções possíveis são muito variadas. Não se trata apenas de privilegiar uma finalidade em detrimento das demais, mas de operar uma calibragem *ótima* que reflita um específico estado de coisas que se quer ver promovido. Em segundo lugar, a complexidade deriva do fato de que esta calibragem ótima se opera a partir do manejo de múltiplas circunstâncias relevantes do caso concreto. Os aspectos substanciais da decisão e as características da instituição administrativa que a prolatou, por exemplo, são alguns dos aspectos que devem ser considerados.

Nesta Segunda Parte o foco é deslocado dos *argumentos* que orientam materialmente a ponderação para os *procedimentos* utilizados em cada jurisdição para promovê-la. Neste sentido, enquanto a Primeira Parte possuía um enfoque material, a Segunda possui um enfoque procedimental. As conclusões da Primeira parte abrem espaço para dois temas fundamentais relativos ao procedimento concreto de determinação da intensidade do controle judicial: (i) sua porosidade e absorção desta complexidade; (ii) a legitimidade da escolha efetuada. São estes os temas tratados nesta Segunda Parte.

No primeiro capítulo a questão fundamental é a seguinte: em que medida o procedimento concreto que é utilizado para a determinação da intensidade do controle está organizado para processar e absorver a complexidade revelada na Primeira Parte do trabalho? Aqui, há uma preocupação evidente com a *eficiência* e a *sofisticação do procedimento* para consagrar para cada ação administrativa a específica intensidade do controle que otimize a equação entre as finalidades conflitantes do direito administrativo e gere à sociedade o balanceamento ótimo que ela deseja. O ideal seria que esta porosidade fosse absoluta. Assim, através do procedimento de determinação da intensidade se realizaria uma análise profundamente sofisticada, que refletiria a ponderação ideal em função de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. Naturalmente, este é um projeto bastante ambicioso. Sua realização implicaria enorme complexidade e custos excessivos. Eis aí o primeiro dilema que informa a escolha do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial: um incontornável conflito entre *precisão* e *operacionalidade*. Quanto maior for a precisão de um procedimento (quanto mais ele seja poroso à complexidade do caso concreto e dos objetivos potencialmente visados através da determinação da intensidade do controle), maior será também sua complexidade. Em alguns casos se poderá ter um procedimento que, embora totalmente operacional (simples, facilmente compreensível e aplicável), é bastante impreciso, abrindo pouco espaço para

as potencialidades da ponderação envolvida na determinação da intensidade do controle. Em outros a ambição de precisão pode acarretar procedimento impraticável. Para enfrentar este dilema, o capítulo recorrerá ao histórico jurisprudencial relativo a dois tipos extremos de procedimentos de determinação da intensidade: de um lado, o procedimento de determinação através do uso de categorias formais simples; de outro, o recurso aos procedimentos contextualizados.¹

No segundo capítulo volta-se a atenção ao problema da legitimidade da escolha relativa à intensidade do controle judicial. A Primeira Parte do trabalho deixou bastante claro que esta escolha não envolve soluções ótimas ou abstratamente superiores. Ao contrário, constitui decisão eminentemente política, com consequências administrativas relevantes. Com efeito, no processo em que a intensidade do controle judicial é determinada há diversas “válvulas” de subjetividade: na identificação daquilo em que consiste “a natureza” da decisão, na identificação da natureza específica de uma dada decisão, na escolha dos objetivos que se quer privilegiar através do controle judicial etc. Ora, se a determinação da intensidade do controle judicial envolve a opção de *uma entre várias possibilidades* e tende a *causar um impacto* na sociedade, há de se questionar *como* isto está sendo feito. No fundo, a preocupação está em examinar a medida em que estas escolhas refletem de fato não uma solução ótima, mas *aquela que é aderente aos desídeos dos cidadãos que sofrerão suas consequências*. O capítulo focará nas hipóteses em que a intensidade do controle judicial é determinada pelos tribunais. Estas hipóteses veiculam dois problemas. Em primeiro lugar, ponderações de finalidades conflitantes do direito administrativo são promovidas por uma instituição pública com credenciais democráticas reduzidas. Em segundo lugar, o Poder Judiciário acaba decidindo sobre a extensão dos

1. A pesquisa promovida para a elaboração deste trabalho permitiu a identificação de três procedimentos principais para a determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre uma específica ação administrativa: (i) a determinação direta e prévia pelo legislador; (ii) a determinação pelos tribunais através do uso de categorias formais como “discricionariedade” ou “questão jurisdicional”; (iii) a determinação pelos tribunais mediante ponderação direta das circunstâncias específicas do caso concreto. Optou-se por concentrar a atenção nos dois últimos procedimentos, porque são eles que veiculam uma interação direta entre os tribunais e a administração pública, relação institucional que permeia todo o trabalho. Ademais, eles envolvem procedimentos mais comuns e academicamente mais interessantes. No caso da determinação da intensidade do controle judicial diretamente pelo legislador o problema da legitimidade da escolha não se põe tão intensamente. Em relação à porosidade deste procedimento à complexidade administrativa, ela é mínima, já que a determinação da intensidade se dá previamente e de forma relativamente alheia às circunstâncias do caso concreto.

seus próprios poderes e sobre a profundidade de sua própria intervenção sobre a administração pública. Há, portanto, uma evidente preocupação institucional e democrática em legitimar estas decisões.

Capítulo I

**O DILEMA ENTRE PRECISÃO
E OPERACIONALIDADE
NO PROCEDIMENTO DE DETERMINAÇÃO
DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL**

Introdução. 1. A simplicidade ilusória da determinação da intensidade via categorias formais: 1.1 A “questão preliminar” no Direito Canadense – 1.2 A “ambiguidade legislativa” no regime de Chevron nos EUA – 1.3 “Espécies” de discricionariedades e avaliações técnicas complexas na Itália – 1.4 Simplicidade enganosa: o mundo real da obediência às estruturas simples: 1.4.1 O caso italiano: como enquadrar decisões técnicas opináveis? – 1.4.2 O caso americano: a peculiar compreensão da “ambiguidade”. 1.5 Simplicidade insustentável: reformas e abandono das estruturas simples: 1.5.1 A adaptação da estrutura simples: o caso da Itália – 1.5.2 O abandono da estrutura simples. 2. A complexa sofisticação dos procedimentos contextualizados: 2.1 O teste pragmático e funcional da jurisprudência canadense – 2.2 A análise multifásica dos rapporteurs publics no Direito Francês – 2.3 O teste contextualizado americano nos períodos pré-Chevron e pós-Mead – 2.4 A busca americana pela sofisticação: de Chevron a Mead: 2.4.1 A explícita opção pela complexidade no caso Mead – 2.4.2 O período pós-Mead: a confirmação das preocupações de Scalia – 2.5 A evolução canadense em direção à redução da complexidade: 2.5.1 O “teste pragmático e funcional” e a motivação da sua reforma – 2.5.2 Os aspectos da reforma para redução da complexidade. 3. Conclusão.

Introdução

A Primeira Parte deste trabalho evidenciou a *complexidade* envolvida na determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre uma específica ação administrativa. Esta complexidade tem origem em duas

fontes diversas. Em primeiro lugar, a escolha de um modelo de controle judicial veicula uma complicada ponderação entre finalidades conflitantes do direito administrativo. As soluções possíveis são muito variadas. Não se trata apenas de privilegiar uma finalidade em detrimento das demais, mas de operar uma calibragem *ótima* que reflita um específico estado de coisas que se quer ver promovido. Em segundo lugar, a complexidade deriva do fato de que esta calibragem ótima se opera a partir do manejo de múltiplas circunstâncias relevantes do caso concreto. Os aspectos substanciais da decisão e as características da instituição administrativa que a prolatou, por exemplo, são alguns dos aspectos que devem ser considerados.

No que concerne ao procedimento de determinação da intensidade, objeto desta Parte do trabalho, levanta-se, então, a questão da sua *porosidade* a esta complexidade. Basicamente, a questão relevante é em que medida e de que forma o procedimento concreto de determinação da intensidade do controle *reflete e está aberto* à complexidade, de modo a permitir ponderações ótimas. O ideal seria que a porosidade fosse absoluta. Assim, através do procedimento de determinação da intensidade se realizaria uma análise profundamente sofisticada, que refletiria a ponderação ideal em função de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. Naturalmente, este é um projeto bastante ambicioso. Sua realização implicaria custos excessivos.

Eis aí um dos dilema que informam a escolha do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial, e que é o objeto deste capítulo: um incontornável conflito entre *precisão* e *operacionalidade*. Quanto maior for a precisão de um procedimento (quanto mais ele seja poroso à complexidade do caso concreto e dos objetivos potencialmente visados através da determinação da intensidade do controle), maior será também sua complexidade. Em alguns casos se poderá ter um procedimento que, embora totalmente operacional (simples, facilmente compreensível e aplicável), é bastante impreciso, abrindo pouco espaço para as potencialidades da ponderação envolvida na determinação da intensidade do controle. Em outros a ambição de precisão pode acarretar procedimento impraticável.

A pesquisa promovida para a elaboração deste trabalho permitiu a identificação de três procedimentos principais para a determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre uma específica ação administrativa: (i) a determinação direta e prévia pelo legislador; (ii) a determinação pelos tribunais através do uso de categorias formais como “discrecionariedade” ou “questão jurisdicional”; (iii) a determinação pelos tribunais mediante ponderação direta das circunstâncias específicas do caso concreto. Para relatar e discutir o tema deste capítulo optou-se por focar nos dois últimos. Afastou-se da análise o procedimento de determinação direta e prévia pelo

legislador, porque sua *precisão* é claramente comprometida pelo fato de que se trata de mecanismo de definição prévia – e, portanto, necessariamente genérica – da intensidade do controle judicial. Os outros dois procedimentos oferecem casos mais ricos e ilustrativos do dilema entre precisão e operacionalidade.

No primeiro deles, a função de determinar a específica intensidade do controle que será aplicado ao caso concreto é atribuída aos tribunais. Entretanto, não lhes é dado ponderar autonomamente, *a cada caso*, os critérios substanciais apresentados na Primeira Parte deste trabalho. Ao invés disto, cabe-lhes trabalhar com *estruturas simplificadoras*. Estas estruturas são compostas normalmente por duas ou três categorias formais, cada uma delas ligada a um controle não deferente ou deferente. A tarefa dos tribunais consiste na *identificação* da hipótese que se verifica no caso concreto, com a aplicação da intensidade do controle a ela correspondente. Em teoria, portanto, o sistema funcionaria de forma silogística e simples: à hipótese “X” se aplica um controle não deferente; à hipótese “Y” se aplica um controle deferente. Aos tribunais incumbiria simplesmente identificar a hipótese que se verifica no caso concreto, do que segue “automaticamente” a intensidade do controle judicial a ser aplicado. Todas as jurisdições estudadas adotam (ou, ao menos, adotaram em determinado período de sua jurisprudência) este procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do manejo de categorias formais. São exemplos os conceitos de: (i) *discrecionariedade*, em todas as jurisdições,¹ mas com importância particular na Itália e na França; (ii) *discrecionariedade técnica e avaliação técnica complexa*, por um curto período, na Itália; (iii) *ambiguidade legislativa*, nos Estados Unidos; (iv) *questão preliminar*, no Canadá.

No segundo procedimento que será objeto de análise neste capítulo dá-se uma ponderação direta, pelos tribunais, das circunstâncias do caso concreto, numa análise *contextualizada*. A pesquisa empreendida para a elaboração deste trabalho não revelou a utilização desta espécie de procedimento no histórico jurisprudencial da Itália. Por outro lado, ela caracteriza fortemente o modelo atual de controle judicial no Canadá. Além disso, na

1. A categoria mais difundida é a da *discrecionariedade*. As quatro jurisdições estudadas trabalharam ou trabalham com a ideia de que os atos administrativos podem ser classificados como *discrecionários* ou *vinculados*. A noção exata de *discrecionariedade* varia de uma jurisdição para outra, e mesmo de um determinado período histórico para outro. Variam igualmente sua importância teórica e prática bem como a rigidez binária da classificação. De modo geral, no entanto, pode-se afirmar que o exercício da discrecionariedade corresponde ao âmago da função administrativa. Por esta razão, ela é usualmente reservada à administração pública, sendo o controle judicial, neste caso, relativamente limitado.

França os *rapporteurs publics* costumam empregar uma espécie de procedimento contextualizado (pouco formalizado) para sugerir o modelo de controle a ser aplicado pelo Conselho de Estado. Finalmente, é possível considerar este procedimento presente também em alguns momentos históricos da jurisprudência dos Estados Unidos, embora neste caso a caracterização seja menos evidente.

Ambos os procedimentos mencionados acima serão apresentados e comentados a seguir. Nota-se de logo que no primeiro deles se privilegia a operacionalidade, em detrimento da precisão ou sofisticação. Mas a análise promovida neste capítulo demonstrará que a simplicidade que caracteriza este procedimento pode ser meramente ilusória e não se sustentar diante da complexização progressiva da administração pública. Daí a relevância de examinar a segunda alternativa, em que se faz a escolha inversa: preterir-se a operacionalidade, em benefício de uma maior precisão do modelo. Busca-se a identificação da intensidade *mais adequada*, dadas as específicas circunstâncias do caso concreto. Mas aqui também a escolha não é sem problemas. As experiências jurisprudenciais dos Estados Unidos e principalmente do Canadá demonstrarão que a busca pela sofisticação pode gerar complexidade excessiva e contraproducente. No fundo, nos dois casos a questão essencial que se põe é a da medida ideal da precisão: a certo ponto, os ganhos marginais de precisão não compensam o incremento marginal da complexidade.

1. A simplicidade ilusória da determinação da intensidade via categorias formais

Como se afirmou acima, a primeira parte deste capítulo examina a hipótese em que a intensidade do controle judicial é determinada através de recurso a estruturas simplificadoras compostas por duas (ou mais) categorias *formais*.² No exemplo mais comum as decisões administrativas podem ser classificadas em *discrecionárias* ou *vinculadas*, aplicando-se às primeiras

2. Estas categorias são denominadas “formais” por veicularem a crença na capacidade dos magistrados de aderir a formas prescritas, deduzindo respostas jurídicas objetivas às questões controversas a partir de regras ou princípios jurídicos abstratos, sem recurso a considerações políticas ou de conveniência pública ou individual, por exemplo. Neste sentido, v.: Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 414; e H. Wade MacLauchlan, “Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 345. Para John Willis o enfoque conceitual ou formalista é típico do direito privado, em que os juizes buscam identificar se os fatos que lhes são trazidos se enquadram mais adequadamente num ou noutro conceito

um controle judicial deferente, e às segundas um controle judicial não deferente. Cabe aos tribunais apenas identificar a hipótese verificada no caso concreto, fazendo incidir sobre ela o modelo de controle correspondente.

Vê-se que este procedimento de determinação da intensidade do controle judicial retira dos tribunais o poder de ponderação autônoma, *caso a caso*, dos critérios expostos na Primeira Parte deste trabalho: voltando ao exemplo acima, e ao menos em tese, sendo *vinculada* uma decisão administrativa, aplica-se-lhe controle judicial deferente, independentemente de sua complexidade técnica ou de sua natureza política.

Isto não significa, no entanto, que *nenhuma* ponderação dos critérios da Primeira Parte do trabalho seja realizada, em nenhum momento. Há – isto, sim – uma ponderação realizada no momento da criação das categorias formais.³ Vincula-se a cada uma delas um tipo de controle. Dependendo da sua natureza, seu atrelamento a um controle não deferente ou deferente revela a existência de uma decisão prévia, que envolve uma ponderação específica dos critérios substanciais tratados na Primeira Parte do trabalho.⁴ Neste sentido, as categorias formais *cristalizam* e *veiculam* escolhas e pondera-

jurídico com regramento preestabelecido (“Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” (1935/1936), 1 *U. T. L. J.* 53, 69).

3. A criação das estruturas lógicas e a correspondente ponderação dos critérios substanciais de determinação da intensidade do controle podem ser realizadas pelo legislador, pela doutrina ou pelos próprios tribunais. Esta última é a hipótese mais comum. Nas jurisdições estudadas as estruturas lógicas simplificadoras foram criadas pelo Poder Judiciário.

4. Em sentido semelhante, Jeff A. King ressalta que mesmo no uso de categorias formais não está afastado o enfoque institucionalista. O autor contrapõe o “institucionalismo contextual” ao “institucionalismo restritivo”: “Contextual institutionalists are those that believe judges should bear in mind the [institutional] considerations during the course of adjudication. They should contextualize each issue and consider institutional factors when attributing weight to the views of other officials or the threat of uncertainty. They believe that judicial discretion can be structured by the use of principles of judicial restraint and that judges can be trusted to balance these occasionally under-represented considerations in the course of adjudication. (...). [Restrictive institutionalists, on the other hand] would propose, on the same grounds of institutional competency, retaining bright line rules that lessen the use of judicial discretion, either in certain pre-designated ‘areas’ (e.g., resource allocation, immigration, national security) or simply as a more general posture of judicial restraint (e.g., political constitutionalism). The stronger form’s advocates are so thoroughly convinced of judicial fallibility and the prominence of uncertainty that they would restrict the role of courts whenever possible. (...). The net social consequences of employing bright-line rules (even if occasionally arbitrary) may be superior to allowing multi-factoral judicial weighing to take place on a case-by-case basis” (“Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 431).

ções de critérios substanciais que guiarão a determinação da intensidade do controle. Os exemplos concretos das jurisdições estudadas podem ilustrar estas afirmações.

1.1 A “questão preliminar” no Direito Canadense

No que concerne ao Direito Canadense, deve-se fazer referência à teoria da “questão preliminar” (também chamada de “questão jurisdicional”). Usada no contexto do controle judicial de interpretações legislativas promovidas pela administração, a teoria era dominante nas décadas de 1960 e 1970, tendo sido superada progressivamente a partir de uma célebre decisão da Suprema Corte em 1979.⁵ Numa formulação bem simples, prescrevia que apenas as questões preliminares (aquelas relativas a discussões sobre a própria *competência* ou *jurisdição* da autoridade administrativa) deveriam ser submetidas a um controle judicial não deferente. As demais questões, ditas *administrativas*, estavam reservadas à administração pública. A função essencial dos tribunais, portanto, consistia em avaliar se a questão trazida a juízo *correspondia ou não* a uma *questão preliminar*. A intensidade do controle judicial a ser aplicado seguia automaticamente desta constatação. O uso da teoria da questão preliminar importava o *enfoque na sensibilidade jurídica das questões de competência das autoridades administrativas*, vinculadas a um controle não deferente. Afinal, é razoável que não se defira à administração pública nas decisões que ela toma a propósito de sua própria competência.⁶

1.2 A “ambiguidade legislativa” no regime de Chevron nos EUA

Nos Estados Unidos a interpretação literal da decisão da Suprema Corte no caso *Chevron* indica que a definição da intensidade do controle judicial sobre interpretações legislativas da administração pública dependeria *exclusivamente* da aplicação de um teste binário. Os tribunais deveriam perguntar-se se a questão trazida a juízo teria resposta clara na legislação. Neste caso, então, a opção legislativa deveria ser concretizada, e a interpretação administrativa deveria ser anulada quando não lhe correspondesse. No

5. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

6. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 117: “The idea of the preliminary or collateral question is based on the principle that the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and that such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator”.

entanto, se a legislação fosse ambígua (ou silente) sobre a questão trazida a juízo, então, não deveriam os tribunais aplicar a solução que entendessem a mais correta: deveriam apenas julgar se a interpretação da administração pública é *permissível* (razoável).⁷

A se aceitar esta tese, o Direito Americano teria consagrado com *Chevron* um esquema de definição da intensidade do controle judicial através da aplicação de uma estrutura simples e binária baseada na categoria formal “ambiguidade legislativa”: questões em relação às quais a legislação pertinente é ambígua merecem um controle de razoabilidade ou permissibilidade (deferente); as demais merecem um controle de correção (não deferente).⁸ Neste esquema binário não há espaço para outras considerações, nem há espaço para outras formas de controle: ou bem a legislação é ambígua, ou é clara; ou bem se aplicará um controle judicial deferente, ou um controle não deferente.⁹

7. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), at. 842-843: “First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute”.

8. Thomas Merrill revela que este teste binário – que constitui um dos aspectos mais famosos e relevantes da doutrina *Chevron* – não constou das discussões entre os ministros da Suprema Corte. O teste binário teria sido criado e incluído despretensiosamente pelo relator John Paul Stevens no momento da redação do acórdão (cf. “The story of Chevron: the making of an accidental landmark”, in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, New York, Thomsom/West, 2006, p. 415).

9. Esta era a leitura originariamente feita pelo Ministro Antonin Scalia, tanto em seus votos em decisões judiciais como em artigos doutrinários. Normalmente referida como compreensão *all-or-nothing* da doutrina *Chevron*, a leitura foi adotada por vários outros autores. V., por exemplo, este trecho de Thomas W. Merrill (“Judicial deference to Executive precedent”, 101 *Yale L. J.* 969, 977 (1992)): “The [*Chevron*] Two-Step structure makes deference an all-or-nothing matter. If the court resolves the question at Step One, then it exercises purely independent judgment and gives no consideration to the executive view. If it resolves the question at Step Two, then it applies a standard of maximum deference. In effect, *Chevron* transformed a regime that allowed courts to give agencies deference along a sliding scale into a regime with an on/off switch”. Sobre o *all-or-nothing approach* e sua consagração no direito administrativo americano em diferentes períodos históricos, v.: Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, *passim* (1992). Na decisão do caso *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001), a Suprema Corte rejeita esta interpretação de *Chevron* – mas é controverso

A doutrina *Chevron* determinaria, portanto, que questões não resolvidas inequivocamente pelo legislador devem ser solucionadas pela autoridade incumbida de administrar o programa regulatório. As decisões tomadas por esta autoridade estão submetidas unicamente a um controle de permissibilidade. A opção judicial resulta da junção de *duas teses*. A primeira é a de que ambiguidades legislativas geram oportunidade para a realização de escolhas políticas (*policy-making*), frequentemente através da composição de interesses regulatórios conflitantes.¹⁰ A segunda é a de que estas escolhas políticas devem ser reservadas às autoridades administrativas especializadas, em respeito à sua maior expertise técnica e maior legitimidade democrática.¹¹ A consequência é a deferência judicial às interpretações administrativas de legislações ambíguas.¹²

Note-se, aqui também, a existência de uma ponderação prévia realizada no momento da criação das categorias formais – ponderação que informará e estará implicitamente presente na sua aplicação posterior. Enquanto a teoria da questão preliminar no Canadá veiculava um enfoque na *sensibilidade jurídica* de um tipo de ação administrativa, a doutrina *Chevron* ressalta a *natureza política* da aplicação de legislações ambíguas.

1.3 “Especies” de discricionariedades e avaliações técnicas complexas na Itália

O exemplo italiano é particularmente rico para ilustrar as ponderações prévias cristalizadas nas categorias formais.

se este caso constitui um *esclarecimento* ou uma *revolução*. Sobre *Mead*, v., mais adiante, ainda neste capítulo.

10. Dito de outro modo: a doutrina *Chevron* consagraria uma presunção de que a interpretação e a aplicação de uma legislação ambígua consistem em tarefa política (veiculam *policy-making*), e não propriamente jurídica. A ambiguidade legislativa é o índice da aplicação de um controle judicial deferente *porque* é também índice da existência de uma ponderação de natureza política. Em *Pauley versus Bethenergy Mines, Inc.*, 501 U.S. 680, 696 (1991), a Suprema Corte afirmou que a decisão de *Chevron* teria reconhecido que “the resolution of ambiguity in a statutory text is often more a question of policy than of law”.

11. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984).

12. Vem daí, também, a tese de que *Chevron* teria consagrado a existência de “delegação implícita” nos casos de ambiguidades legislativas. Ao não solucionar de forma clara determinada questão ao nível legislativo, o Congresso estaria delegando implicitamente o poder de solucioná-la à autoridade administrativa responsável pela interpretação e aplicação da lei em questão (cf. Thomas Merrill, “The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark”, cit., in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, p. 401).

A primeira referência deve ser à categoria formal “discricionariedade administrativa” (*discrezionalità amministrativa*). Na Itália este conceito tem significado bastante específico, correspondendo aos casos em que a administração deve balancear interesses públicos conflitantes.¹³ As hipóteses de exercício de discricionariedade estão tradicionalmente sujeitas a um controle limitado às hipótese de “excesso de poder”. Está, de regra, afastado o exame, pela jurisdição administrativa, do *mérito* de um ato administrativo discricionário.¹⁴ A vinculação da discricionariedade a um controle judicial deferente deriva de uma ponderação prévia no sentido de que este “balanceamento de interesses públicos conflitantes” se assemelha a uma avaliação de natureza política. Exatamente por esta razão, deve ser reservada à administração pública, em função de sua maior legitimidade democrática. É esta a ponderação veiculada e cristalizada na ideia de discricionariedade no Direito Italiano. A partir daí, o juiz do caso concreto não precisa (e, mesmo, *não deve*) proceder a ponderações outras, autônomas. Cabe-lhe unicamente identificar se a ação administrativa sob seu controle consiste em exercício de discricionariedade (ponderação de interesses múltiplos e conflitantes), aplicando-lhe um controle limitado nesta hipótese.¹⁵

O Direito Italiano também consagrou a categoria da “discricionariedade técnica” (*discrezionalità tecnica*), para designar as situações em que a legislação confere à administração um poder ou lhe atribui um dever em função da identificação de um estado de coisas descrito em termos técnicos. Inicialmente submetida a um controle judicial fraco, passou a se submeter a um controle não deferente a partir de uma célebre decisão do Conselho de Estado em 1999.¹⁶ Como será visto mais adiante, jamais ficou clara a ponderação veiculada na categoria da discricionariedade técnica. Sua denominação sugere que seus criadores a entendiam como uma espécie de discricionariedade

13. Sobre o tema, v. o item 2.1.1.1 do Capítulo I da Primeira Parte.

14. O controle típico dos *provvedimenti discrezionali* limita-se aos aspectos da legitimidade do ato (motivação, lógica, razoabilidade, coerência). A exceção dá-se nos casos de jurisdição de mérito, excepcional e só aplicável nos casos previstos em lei. Neste caso, o juiz atua como se fora um superior hierárquico da administração: pode substituir o ato, refazendo, inclusive, as avaliações de oportunidade e conveniência (juízo de mérito).

15. Neste sentido, Silvia Mirate afirma que o juiz italiano não possui a liberdade do juiz administrativo francês na determinação da intensidade do controle que operará sobre as decisões administrativas (“La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 10.2.2000, n. 715), *Giur. It.* 2000, 12).

16. Sobre o tema, v. item 1.2.2 do Capítulo II da Primeira Parte.

dade – e, portanto, veicularia ponderações substanciais semelhantes. Mas esta hipótese foi rechaçada pela doutrina, que apontava a inexistência de balanceamento de interesses públicos no caso da discricionariedade técnica.

A jurisprudência italiana fornece, ainda, um terceiro exemplo. Por volta do final de 2001 o Conselho de Estado criou uma terceira categoria formal, denominada “avaliações técnicas complexas” (*valutazione tecniche complesse*), para figurar ao lado dos atos administrativos discricionários e não discricionários. Esta terceira categoria (que deixou de ser utilizada pela jurisprudência a partir de 2004) será objeto de maiores reflexões mais adiante, ainda neste capítulo. Por enquanto, cumpre apenas sinalizar que ela foi vinculada a um controle deferente (dito “controle fraco”) e que esta opção foi longamente motivada pelo Conselho de Estado.¹⁷ Esta motivação deixa evidente a ponderação operada pelo tribunal na criação da nova categoria formal.

De acordo com o Conselho de Estado, nestas hipóteses de avaliações técnicas complexas haveria uma confusão cronológica e lógica entre os juízos de *opinabilità tecnica* e de *opportunità*.¹⁸ Seria praticamente impossível identificar a linha demarcatória entre a avaliação técnica opinável e a ponderação de interesses públicos múltiplos e conflitantes. A dificuldade seria acentuada porque tais avaliações apresentam natureza de *oggettiva complessità* e envolvem *interessi rilevanti*, pelo quê o legislador usualmente confere a competência decisória respectiva a *entità della amministrazione* “dotadas de uma peculiar legitimação, à luz da sua composição e qualificação técnica”.¹⁹ Em razão destas considerações – afirmou o Conselho de Estado –, o controle judicial a ser aplicado nestes casos é um controle “fraco”, limitado à identificação de vícios lógicos, de razoabilidade ou congruência.

Posteriormente, em dois casos relativos a decisões da autoridade antitruste, o tribunal retomou e aprofundou estas considerações.²⁰ Mencionou, por exemplo, as exigências constitucionais de eficiência e de bom andamento da administração (art. 97), sugerindo que elas seriam mais bem cumpridas pela autoridade administrativa, em vista da sua composição e qualificação

17. A motivação encontra-se principalmente nas três decisões seguintes: Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287 (*Formambiente Costruzioni*); Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199 (*RC Auto*); e Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156 (*Enel/Infostrada*).

18. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 9.

19. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, itens 9-10.

20. A referência é aos seguintes casos: Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199 (*RC Auto*); e Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156 (*Enel/Infostrada*).

técnica particulares, além do seu grau elevado de autonomia e independência.²¹ Prosseguiu afirmando que as avaliações relativas a uma operação de concentração constituem “juízos técnicos prognósticos” – observação que parece ter como objetivo compará-los com os juízos feitos pelos tribunais, normalmente *retrospectivos e jurídicos* (não técnicos). Além disso, afirmou que as avaliações técnicas complexas envolveriam também uma “escolha de interesses de nível primário”, protegido por normas constitucionais.²² Finalmente, destacou a “neutralidade” da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*/AGCM, situada “fora do âmbito político” e “em posição de particular independência, no exercício de poderes neutrais”.²³ A Autoridade caracterizar-se-ia “não apenas pela qualificação e composição técnica, mas pelo exercício de poderes neutros, cuja independência constitui uma consequência direta da neutralidade”.²⁴

Portanto, o Conselho de Estado faz menção a múltiplas características relevantes das ditas avaliações técnicas complexas. Há, de um lado, aspectos substanciais, como: (i) a objetiva complexidade das avaliações; (ii) sua natureza ao mesmo tempo técnica e política; (iii) sua característica usualmente prognóstica e preditiva; (iv) o manejo de interesses de nível primário, protegidos por normas constitucionais. Mas há também, de outro lado, aspectos institucionais: (i) a peculiar legitimação das instituições administrativas às quais cabe realizá-las, em função de sua composição e qualificação técnica; (ii) sua maior adequação para realizar os objetivos constitucionais de eficiência e bom andamento da administração; (iii) sua independência, autonomia e neutralidade.

A explicação oferecida pelo Conselho de Estado para atribuir às ditas avaliações técnicas complexas um controle fraco não é exatamente digna de elogios. Além de confusa e pouco sistemática, ela é, ainda, duvidosamente coerente. No exemplo mais evidente, não é fácil compreender por que seria adequado reservar à administração pública juízos relativos a interesses de nível primário, protegidos por normas constitucionais. Admitindo que, de fato, as chamadas avaliações técnicas complexas envolvam o manejo destes tais interesses de relevância constitucional, trata-se de aspecto de elevada sensibilidade jurídica, pelo quê os tribunais pareceriam mais adaptados para enfrentá-los.²⁵ Do mesmo modo, o destaque dado às características de

21. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1.

22. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

23. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

24. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

25. Também neste sentido: Marcella Negri, *Giurisdizione e Amministrazione nella Tutela della Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 196-197.

“neutralidade, autonomia e independência” das autoridades reguladoras é um frágil argumento para justificar a deferência judicial, na medida em que também os tribunais são neutros, autônomos e independentes.

Mas isto não é relevante nesta parte.²⁶ O que aqui se pretendia demonstrar é: (i) como a criação de uma categoria formal e sua vinculação a um controle de intensidade forte ou fraco requerem uma específica ponderação dos critérios substanciais estudados na Primeira Parte deste trabalho; (ii) como esta ponderação inicial passa a ser “cristalizada” e transplantada para a categoria formal, que a seguir passará a ser utilizada sem que se lhe faça referência. Em resumo: precisamente como aqui se afirmou, o máximo Tribunal italiano criou uma *nova* categoria formal, a ser usada, na sequência, pelos tribunais administrativos daquele País. Esta nova categoria formal veiculava uma específica ponderação dos critérios substanciais estudados na Primeira Parte deste trabalho. Esta ponderação está cristalizada na nova categoria formal e evita (ou impede) que os tribunais a refaçam. A eles cabia *identificar* a presença de avaliações técnicas complexas, aplicando-lhes um controle judicial fraco.

* * *

O relato acima fornece exemplos concretos da utilização do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através de esquemas lógicos compostos de categorias formais binárias ou trinárias.

A simplificação é um objetivo evidente deste procedimento. Em tese, o recurso a categorias formais evita a necessidade de ponderação autônoma, pelo juiz do caso concreto, de cada um dos múltiplos aspectos da decisão controlada para determinar a intensidade do controle judicial a ser aplicado em cada caso. Neste sentido, facilitaria seu trabalho. Em tese, no período em que vigia a teoria da questão preliminar no Canadá, tudo o que os juízes do caso concreto precisavam fazer para identificar a intensidade do seu controle era verificar se a decisão administrativa contestada envolvia juízos da autoridade administrativa a propósito da sua própria competência. Nos Estados Unidos, sob a doutrina *Chevron*, seria bastante examinar se a legislação traria resposta clara para a questão controversa em juízo. Outras ponderações seriam desnecessárias e, mesmo, indevidas.

Contudo, uma análise da jurisprudência dos Países estudados nos períodos em que se adotou este procedimento demonstra que a simplificação não é tão evidente – se é que ela ocorre. Confrontados com a complexidade fática, técnica ou política de algumas decisões administrativas e com a

26. Para considerações a este respeito, v. toda a Primeira Parte.

riqueza e multiplicidade institucional da nova administração pública, os tribunais têm dificuldades consideráveis para enquadrar alguns casos no esquema simples com o qual deveriam trabalhar.

O relato a seguir evidenciará a relevância prática destas dificuldades. Será visto que a simplicidade teórica das estruturas lógicas tende a gerar uma de duas consequências: ou os tribunais tentam manter formalmente a adesão à estrutura lógica simples, ao tempo em que promovem considerações outras de forma pouco transparente; ou se veem forçados a provocar o colapso da estrutura simples, introduzindo novas categorias ou reformando o sistema como um todo.²⁷ A simplicidade pretendida pelas estruturas simples é, portanto, ou enganosa (item 1.4) ou insustentável (item 1.5).

1.4 Simplicidade enganosa: o mundo real da obediência às estruturas simples

Numa primeira hipótese, os tribunais optam por prestar obediência formal à estrutura simples com a qual devem trabalhar. Como consequência, seu discurso oficial adere a esta estrutura, e as razões dos seus julgados fazem referências às categorias formais (discricionariedade, ambiguidade etc.), e não aos critérios substanciais que a elas subjazem. Ainda mais: de regra, não haverá menção aos critérios não contemplados na formação da estrutura simples ou aos aspectos da decisão controlada a eles relativos. Contudo, um exame mais atento e profundo da jurisprudência das jurisdições estudadas sugere que, embora eliminados do discurso, estes aspectos acabam sendo levados em consideração pelos tribunais para definir a intensidade do controle, ainda que de forma inadmitida e pouco transparente.

27. Trata-se de dificuldades tipicamente relacionadas à adoção de categorias jurídicas formais. Observe-se este trecho de Jeff A. King: “Conceptual formalism is prone to familiar problems. The obvious one is a false pretence to objectivity. As Hart observed, the belief in objective deduction, so-called ‘mechanical jurisprudence’, tended to ‘disguise’ and ‘minimize’ the role actually played by policy beliefs and personal preferences. As Justice Oliver Wendell Holmes Jr. famously wrote, ‘general propositions do not decide concrete cases.’ Another problem is that conceptual formalism is rigid and resists revision on the basis of any adverse consequences it produces. The belief in rational objectivity promotes the view that, if a view is logically correct, its consequences are of minor importance. This leads judges and scholars to ignore, lament or gloss over anomalous or unfair cases. This led to another of Holmes’ great aphorisms: ‘the life of the law has not been logic; it has been experience’. The belief in rational objectivity, especially when coupled with the doctrine of *stare decisis*, tends to create conservative inertia in the law. Once lines have been drawn, erasing them becomes difficult” (“Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 414).

Dito de outro modo: sem produzir *real* simplicidade, as estruturas simples provocam apenas mais obscuridade.

Os casos da Itália e dos Estados Unidos são ilustrativos deste argumento. Na Itália (item 1.4.1) a evolução jurisprudencial relativa à chamada discricionariedade técnica indica que o aspecto que *de fato* causava a incidência sobre ela de um controle judicial deferente (sua complexidade técnica) jamais foi admitido no discurso oficial dos tribunais administrativos. A hipótese considerada neste ponto é a de que esta circunstância se deve aos efeitos restritivos que as estruturas simples operam no discurso dos tribunais. Já, no controle de interpretações legislativas nos Estados Unidos, sob o pretexto de “identificar ambiguidades”, os tribunais acabam promovendo procedimentos cognitivos de natureza muito diversa – e, por meio deles, conseguem inserir ponderações substantivas essenciais à identificação da intensidade do controle, mas que oficialmente estavam afastadas do teste de *Chevron* (item 1.4.2).

1.4.1 *O caso italiano: como enquadrar decisões técnicas opináveis?*

A jurisprudência italiana aporta uma ilustração interessante da redução de transparência promovida pelo uso de estruturas simples. Em tese, os tribunais administrativos italianos devem utilizar a estrutura binária de vinculação e discricionariedade para a determinação da intensidade do controle judicial a aplicar. Decisões administrativas tomadas no exercício de competência vinculada estão submetidas a um controle irrestrito, enquanto aquelas tomadas no exercício de competência discricionária se submetem a um controle limitado às hipóteses de excesso de poder. Ademais, a discricionariedade no Direito Italiano consiste numa situação bastante específica: a ponderação, pela administração pública, de interesses públicos múltiplos e conflitantes.²⁸

Pois bem. Munidos deste esquema teórico binário, os tribunais passaram a se deparar de forma sempre mais frequente com casos em que, para tomar uma dada decisão, a administração pública realizara análises técnicas complexas e de natureza opinável ou inexata (no Italiano, *apprezzamenti opinabili*). Muitas vezes a autoridade administrativa em questão detinha

28. A mera ambiguidade ou imprecisão normativa, por exemplo, não dá vazão à discricionariedade administrativa. V., e.g., Francesco Denozza: “Nel nostro ordinamento ‘la sussistenza di un merito amministrativo non può essere affidata al mero riscontro di margini di indeterminatezza normativa’” (“Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/479, ano II, 2000).

estrutura, meios financeiros e pessoal especializado para realizar estas análises – o que não era o caso do tribunal generalista. Alheio a tais limitações, os administrados afetados por estas decisões requeriam aos tribunais que as controlassem. Punha-se, então, a questão: onde enquadrar, no esquema teórico binário, as decisões desta natureza? Nele não parecia haver espaço para considerações relativas à complexidade técnica de uma decisão, à sua inexatidão ou às limitações institucionais comparativas.

1.4.1.1 A “discricionariedade técnica” e a evolução relativa ao seu controle

Num primeiro momento os tribunais italianos resolveram este dilema através da criação do conceito de “discricionariedade técnica”. Tal como já se afirmou na Primeira Parte deste trabalho, ela corresponderia ao exercício, pela administração, de análises técnicas para as quais não havia apenas uma resposta correta (a chamada “opinabilidade”). Compreendida neste primeiro momento como uma “espécie” de discricionariedade, estava naturalmente submetida a um controle restrito. As *escolhas técnicas*, consideradas como “mérito” da discricionariedade técnica, viam-se isentas da intervenção judicial. A jurisdição administrativa promovia um controle de razoabilidade e completude destas decisões, examinava se elas estavam bem motivadas e não possuíam contradições, mas não penetrava diretamente no conhecimento dos fatos complexos.²⁹ Tratava-se, portanto, de um controle limitado à verificação dos vícios “macroscópicos” relativos ao excesso de poder. Ou seja: um controle exatamente como o que se dá sobre a discricionariedade administrativa (ou “pura”).

Assim, por exemplo, num caso decidido em 1992, em que se discutia a periculosidade de uma imagem publicitária situada às margens de uma estrada, o Conselho de Estado afirmou que esta avaliação cabia exclusivamente à administração pública responsável, sendo controlável apenas nos casos de “fortes vícios de lógica”.³⁰ Noutro caso da mesma época o Tribunal considerou que a imposição do vínculo administrativo de “particular interesse histórico e artístico” a um bem privado, com as consequentes limitações à propriedade, constituía *atividade técnico-discricionária*, sendo controlável juridicamente apenas nos casos de vícios lógicos na motivação.³¹ Já, em 1998 o mesmo raciocínio foi aplicado na ocasião do controle judicial da

29. Para uma relação de diversas decisões neste sentido dos tribunais italianos, v. o item 1.2.2.2 do Capítulo II da Primeira Parte.

30. Cons. St., Sez. IV, 30.11.992, n. 986.

31. Cons. St., Sez. IV, 12.12.1992, n. 1055.

atribuição, pela administração, de um vínculo administrativo paisagístico. Neste último caso a decisão contém, inclusive, uma reprimenda ao Tribunal Administrativo Regional apelado, que havia aplicado um controle não deferente sobre as escolhas técnicas operadas pelo Ministério italiano para os Bens Culturais e Ambientais. O Conselho de Estado afirma que, nos casos de exercício de discricionariedade técnica, a decisão administrativa será legítima sempre que não seja “claramente implausível”.³²

Desde o primeiro momento, no entanto, parte da doutrina italiana apressou-se em apontar as diferenças entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade administrativa. Embora ambas as categorias impliquem a existência de uma escolha entre algumas soluções possíveis, a *natureza da escolha* é diversa. No caso da *discricionariedade técnica* a escolha se opera através de referência a uma disciplina técnica. No caso da *discricionariedade administrativa* há uma ponderação dos interesses públicos em jogo.³³ A diferenciação procedida pela doutrina frequentemente vinha acompanhada da crítica à aplicação de um controle limitado para a discricionariedade técnica. Entendia-se que apenas a ponderação de interesse público consistia em exercício reservado à administração – a “identificação de fatos” seria, ao contrário, o próprio da jurisdição administrativa.³⁴

Esta crítica foi ignorada por longos anos, até que, na célebre Decisão 601/1999, o Conselho de Estado resolveu alterar a jurisprudência. Um magistrado pretendia ver declarado pela administração que o infarto do miocárdio por ele sofrido tinha sido causado ou agravado pelo exercício de sua função pública, que seria intensa e estressante. Houve pareceres contrários das duas instituições públicas ouvidas, em função da existência de histórico desfavorável e da existência pregressa de fatores de risco, como os fatos de que o magistrado era fumante e diabético e que já havia sofrido de arteriopatia obstrutiva dos membros inferiores. Baseado nestes pareceres

32. Cons. St., Sez. IV, 20.1.1998, n. 106, item 3.5.4.

33. Para um relato desta posição doutrinária, v.: Paolo Lazzara, “‘Discrezionalità tecnica’ e situazioni giuridiche soggettive” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601), *Dir. Proc. Amm.* 1/212, 2000; ou Francesco Agnigno, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), *Urbanistica e Appalti* 4/448, 2003.

34. Do ponto de vista da estrutura da norma, a discricionariedade técnica consiste em uma indeterminação relativa ao *pressuposto fático* (antecedente normativo), enquanto a discricionariedade administrativa concerne à *prescrição* (o consequente normativo). Normalmente a identificação de um estado de coisas descrito em termos técnicos (por exemplo, o “abuso de posição dominante”) dá poder à administração para adotar determinada medida (sanções etc.). Neste mesmo sentido, v.: Guido Corso, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 201.

contrários, o Ministério da Justiça negou o pedido. A decisão foi questionada perante a jurisdição administrativa. Em primeira instância, o TAR da Região da Campanha rejeitou a ação sob o argumento de que se tratava de exercício de discricionariedade técnica, fugindo ao controle judicial, salvo nos casos de vícios lógicos, que não teriam sido constatados.

A questão chegou, então, ao Conselho de Estado. O Tribunal reconheceu o posicionamento majoritário da jurisprudência administrativa, até então favorável a um controle restrito da discricionariedade técnica, mas declarou que alteraria esta orientação.³⁵ Associou-se, assim, à corrente doutrinária que diferenciava discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.³⁶ Com frases fortes, aparta a “opinabilidade” da “oportunidade”, a “discricionariedade técnica” do “mérito administrativo”. E, de forma ainda mais relevante, aproxima a avaliação técnica de uma “questão de fato”. Nas palavras do Conselho de Estado: “Uma coisa é a opinabilidade, outra coisa é a oportunidade. A questão de fato, que concerne a um pressuposto de legitimidade da medida administrativa, não se transforma – apenas porque opinável – em uma questão de oportunidade”.³⁷ Identificar fatos – prossegue o tribunal – é mesmo o “específico” da jurisdição administrativa, não se justificando, assim, que esta atividade seja reservada à administração.³⁸ A consequência deste raciocínio é que “o controle judicial sobre as avaliações

35. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, item 1.

36. Para um relato deste impulso doutrinário, v.: Daria de Pretis, “Discrezionalità tecnica ed incisività del controllo giurisdizionale”, *Giornale Dir. Amm.* 12/1179-1183, 1999. Em sentido contrário, entendendo haver ponderação de interesses também na discricionariedade técnica – pelo quê seria correto chamá-la de discricionariedade –, v. o interessante artigo de Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, *Diritto Amministrativo* 4/791-837, 2008.

37. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, item 1: “Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, infatti, è la diretta valutazione dell’interesse pubblico concreto relativo all’atto impugnato (Cass., 3.11.1988, n. 5922; 6.4.1987, n. 3309): dunque, del merito dell’atto amministrativo. La c.d. ‘discrezionalità tecnica’, invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l’amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L’applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l’opinabilità, altra cosa è l’opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito”.

38. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, itens 1 e 1.2.

técnicas pode desenvolver-se sobre a base não de um mero controle formal e extrínseco do *iter* lógico seguido pela autoridade administrativa, mas sim de uma verificação direta da plausibilidade das operações técnicas, em relação à sua correção quanto ao critério técnico e ao procedimento aplicativo”.³⁹

No ilustrativo exame do caso concreto, o Conselho de Estado soluciona a questão em muito breves parágrafos. Observa que o pedido do magistrado fora negado pela administração por causa da existência pregressa de fatores de risco, mas sustenta que estes fatores não são suficientes para eliminar qualquer relação entre a doença e a função pública. Argumenta que o trabalho do magistrado era muito estressante e cansativo, e faz referência ao posicionamento da jurisprudência no sentido de que a preexistência de fatores de risco “não constitui critério técnico adequado” para negar a existência de causa funcional de uma doença.⁴⁰

1.4.1.2 Reflexões sobre as causas do *revirement*: o recurso à perícia

A doutrina logo destacou que a revolução jurisprudencial se dera em seguida à introdução, pelo legislador, da possibilidade de recurso ao perito do juízo (a chamada *consulenza tecnica d'ufficio*).⁴¹ Antes vedado de forma

39. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, item 1.2. Seguindo esta orientação, v., ainda: Cons. St., Sez. IV, 10.2.2000, n. 715; Cons. St., Sez. V, 5.3.2001, n. 1247; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 28.9.2001, n. 5607; TAR Lazio, Sez. I, 5.12.2000, n. 11068.

40. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, item 2: “Ciò posto, il giudizio di esclusione della dipendenza da causa di servizio dell’infermità, ‘infarto del miocardio’, per il solo fatto della preesistenza di fattori di rischio, in fattispecie nella quale sia documentata l’attività continuativa particolarmente impegnativa e stressante del pubblico dipendente, costituisce affermazione di criterio tecnico inadeguato, come segnalato da costanti acquisizioni giurisprudenziali”.

41. V., por exemplo: Gian Andrea Chiesi, “Un nuovo mezzo istruttorio nel processo amministrativo. La consulenza tecnica e su rilevanza con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica” (Nota a TAR Campania Napoli, Sez. II, 23.5.2002, n. 3011), *Corriere Giur.* 2/233, 2003; Aldo Fera, “Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo”, *Corso di Formazione per Magistrati Amministrativi*, Caserta, 6.6.2003; Silvia Mirate, “La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 10.2.2000, n. 715), cit., *Giur. It.* 2000, 12: “Non vi è, quindi, da meravigliarsi se, come si vedrà, le prime aperture giurisprudenziali per il riconoscimento di un controllo diretto della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo sono state accompagnate, o forse addirittura indotte, da un riconoscimento dell’esperienza della consulenza tecnica, dapprima in sede di giurisdizione esclusiva, ed ora, come mostra la stessa seconda pronuncia in rassegna, nello stesso giudizio generale di legittimità”.

genérica para a jurisdição administrativa, o recurso ao perito foi primeiro introduzido para casos específicos como aqueles relativos ao funcionalismo público⁴² – e em seguida foi generalizado.⁴³ A alteração jurisprudencial seguiu precisamente o mesmo caminho. Portanto, o aparelhamento técnico da jurisdição administrativa – com a consequente redução das limitações institucionais comparativas – conduziu a uma alteração de sua jurisprudência no que concerne à intensidade do controle por ela operado. Este fato permite algumas reflexões importantes.

Parece razoável admitir que a complexidade da questão, aliada à ausência de meios para enfrentá-la, consistia em razão relevante para a autorrestrição judicial que era a regra antes da Decisão 601/1999. Estas razões, no entanto, não constavam (ao menos não de forma tão clara e explícita) nestas decisões que aplicavam a deferência. As decisões faziam referência à natureza opinável (*opinabilità*) das questões técnicas que caracterizavam a discricionariedade técnica, não à sua complexidade.

É possível supor que esta ênfase na natureza opinável das questões possuía o objetivo de aproximar a chamada “discricionariedade técnica” da discricionariedade administrativa – e, com isto, “legitimar” a autorrestrição judicial, que seguiria obediente ao esquema binário que lhe cabia aplicar. Sob certo ângulo, a natureza opinável das questões que geram a discricionariedade técnica produz uma espécie de “inexatidão” ou “inexistência de resposta correta” que também caracteriza a discricionariedade administrativa; e, portanto, as aproxima. Neste mesmo sentido, o próprio fato de que se denominou esta espécie de competência administrativa com este nome de “discricionariedade técnica” sugere que o objetivo era demonstrar um respeito à estrutura binária, que seguiria imaculada: apenas se criava uma “espécie” do gênero “discricionariedade”.

Mas o fato é que a possibilidade de recurso ao perito não elimina nem resolve a natureza opinável das questões que eram levadas a juízo. Elas

42. Art. 35, comma 3, do Decreto Legislativo de 31.3.1998, n. 80. A propósito, v. também a decisão da Corte Cost., 10.4.1987, n. 146.

43. V. art. 16 da Lei de 21.6.2000, n. 205. A bem da verdade, o juiz administrativo já dispunha, mesmo antes da Lei 205/2000, do mecanismo processual denominado *verificazione*, previsto no art. 26 do *Regio Decreto* de 17.8.1907, n. 641. De acordo com entendimento jurisprudencial pacífico, no entanto, a verificação difere da *consulenza tecnica* na medida em que aquela deve se limitar a uma questão factual pontual e específica, enquanto através da *consulenza* pode ser refeita toda a avaliação técnica da administração. Além disso, a *verificazione* é feita por um órgão integrante da administração pública, o que a torna menos imparcial. Neste sentido, cf.: Monica Delsignore, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato” (Nota a Cons. St., 9.4.1999, Sez. IV, n. 601), *Dir. Proc. Amm.* 1/185, 2000.

seguem sendo opináveis. E, evidentemente, não se argumentará que a opinião adicional do perito sobre como resolvê-las seja a razão que autoriza a intervenção judicial e que motiva a alteração jurisprudencial.⁴⁴ Assim, e a despeito da tentativa dos tribunais italianos de se manterem fiéis à estrutura simples de vinculação-discricionariedade, o que parece ter de fato sido relevante para a alteração judicial foi mesmo a redução da vantagem institucional comparativa detida pela administração pública para o enfrentamento de questões técnicas.

Isso significa que as circunstâncias da complexidade técnica da questão, cominada com a ausência de meios judiciais para enfrentá-las – circunstâncias estas, *a priori*, alheias à estrutura simplificadora – eram, na prática, levadas em consideração pelos tribunais para a determinação da intensidade do controle judicial. Quer dizer: a utilização de uma estrutura simples e binária não impediu que, na prática, os tribunais procedessem a considerações outras para a determinação da efetiva intensidade do controle a ser aplicado.⁴⁵

1.4.2 *O caso americano: a peculiar compreensão da “ambiguidade”*

No caso americano, uma das principais interpretações da doutrina *Chevron* é como um movimento de *simplificação* do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial. A orientação de deferir para as interpretações legislativas das autoridades administrativas descentralizadas não é, em si, a principal *novidade* aportada pela célebre decisão da Suprema Corte no caso *Chevron*. Antes deste caso, em muitas outras decisões já se aplicara a deferência judicial,⁴⁶ inclusive com razões substanciais bastante parecidas.

44. Assim também: Giovanni D’Angelo, “Sindacato delle valutazioni tecniche e disparità di trattamento” (Nota a TAR Puglia Lecce, 22.10.2003, n. 927), *Urbanistica e Appalti* 4/478, 2004; Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, cit., *Diritto Amministrativo* 4/833, 2008.

45. Ainda sobre outras manipulações judiciais através do conceito de “discricionariedade técnica”, v.: Daria de Pretis, “I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 20.10.1997, n. 1212), *Giornale Dir. Amm.* 4/331, 1998.

46. De fato, é possível encontrar decisões judiciais anteriores a 1984 que já deferiam às interpretações legislativas promovidas por agências administrativas, embora a jurisprudência deste período não fosse consistente. No próprio caso *Chevron* a Suprema Corte fez menção a diversas decisões anteriores, afirmando explicitamente que a Suprema Corte já havia “long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department’s construction of a statutory scheme it is entrusted to administer”. *Chevron*, em sua própria decisão, não é apresentado como

Sucede que nesse período anterior a 1984 a aplicação de um controle limitado dependia de uma ponderação autônoma, pelo juiz do caso concreto, de diversas variáveis tendentes à revelação da *intenção do Congresso* (como a expertise da agência, a complexidade da questão sob análise, a concessão de poderes normativos à agência etc.).⁴⁷ Cada um destes fatores em parênteses, por exemplo, militava em favor da conclusão de que o Congresso tinha conferido autoridade à entidade administrativa, com a consequente necessidade de deferência judicial.⁴⁸ *Chevron* vem abandonar esse método de ponderação caso a caso⁴⁹ e estabelecer uma presunção de que, na hipótese em que houver uma *ambiguidade legislativa*, a intenção do Congresso é a de conceder discricionariedade para a agência decidir.⁵⁰

criando uma regra revolucionária. V., por exemplo, *Ford Motor Co. versus NLRB*, 441 U.S. 488 (1979), em que a Suprema Corte afirma que, quando uma “construction of the statute is reasonably defensible, it should not be rejected merely because the courts prefer another view of the statute”. Assim também: *Ford Motor Credit Co. versus Milhollin*, 44 U.S. 555, 565 (1980). Para maiores informações sobre *Chevron*, v. o Capítulo II da Primeira Parte.

47. Sobre estes múltiplos fatores, v.: Colin S. Diver, “Statutory interpretation in the administrative State”, 133 *U. Pa. L. Rev.* 549, 562 (1985); David R. Woodward e Ronald M. Levin, “In defense of deference: judicial review of agency action”, 31 *Admin. L. Rev.* 329, 332-341 (1979); Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 972-974.

48. Aplicando este enfoque multifásico, v.: *Aluminum Co. of Am. versus Central Lincoln Peoples' Util. Dist.*, 467 U.S. 380, 390 (1984); *Bell versus New Jersey*, 461 U.S. 773 (1983); *Blum versus Bacon*, 457 U.S. 132 (1982); *United States versus Clark*, 454 U.S. 555 (1982); *Federal Election Comm'n versus Democratic Senatorial Campaign Comm'n*, 454 U.S. 27 (1981); *Heckler versus Campbell*, 461 U.S. 466, 468 (1983); *Herweg versus Ray*, 455 U.S. 265, 274-275 (1982); *Batterton versus Francis*, 432 U.S. 416, 424-426 (1977); *E. I. du Pont de Nemours & Co. versus Train*, 430 U.S. 112, 134-135, n. 25 (1977); *NLRB versus Seven-Up Bottling Co.*, 344 U.S. 344, 348 (1953).

49. Thomas Merrill, “The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark”, cit., in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, pp. 400-401: “The *Chevron* opinion contains three significant innovations relative to previous judicial discussion. First, the Court laid down a new Two-Step framework for reviewing agency statutory interpretations. (...). This Two-Step framework seems innocuous enough, but in fact contained subtle but significant departures from prior law. That law had been something of a hodge-podge, but the conventional wisdom was that it required courts to assess agency interpretations against multiple factors, such as whether the agency interpretation was longstanding consistently held, contemporaneous with the enactment of the statute, thoroughly considered, or involved a technical subject as to which the agency had expertise. The Two-Step formula provided no logical place for courts to consider these traditional factors”.

50. Nas palavras de Keith Werhan, *Chevron* estabelece que a ambiguidade legislativa é a linha demarcatória entre o que é Direito e o que é política pública – e,

A decisão da Suprema Corte em *Chevron*, portanto, cria importante *regra procedimental*. Ela altera o *método* utilizado pelos tribunais para identificar a intenção legislativa de deferir para a administração: de uma ponderação e sopesamento de múltiplos fatores para um método baseado numa presunção de que a ambiguidade legislativa corresponde à existência de intenção do Congresso de delegar.⁵¹

Assim, ambiguidades e silêncios legislativos levariam a um controle judicial deferente da interpretação adotada pela administração. O fato é que para examinar a clareza ou ambiguidade da lei não há um método específico que seja prescrito pela Suprema Corte. Por isto mesmo, há grandes debates sobre quais exames devem ser realizados para este fim.

1.4.2.1 O complexo procedimento para identificação de ambiguidades

Na prática, chama a atenção a enorme complexidade do procedimento judicial para a determinação da existência da “ambiguidade legislativa”. Via de regra, os tribunais americanos não se limitam a avaliar a ambiguidade “em abstrato” de um termo legislativo. Ao invés disso, fazem uma leitura mais completa e complexa da legislação, buscando identificar a intenção do Congresso. Assim, de regra, são usados os métodos tradicionais de interpretação. Para a maioria dos juízes isto inclui examinar: (i) o texto da lei; (ii) as definições de dicionário; (iii) os chamados cânones de interpretação; (iv) a estrutura da lei; (v) o propósito ou intenção legislativa; (vi) a história legislativa.

Esta complexidade, em si, já sugere que a simplificação trazida pela doutrina *Chevron* é meramente aparente. Ao menos, é preciso admitir que há ainda grande complexidade na determinação prática da existência, ou não, de uma ambiguidade legislativa. Mas aqui não se pretende demonstrar apenas que o procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do uso de estruturas lógico-formais é, *também ele*, complexo.

consequentemente, entre aquilo que compete aos tribunais e aquilo que compete às autoridades administrativas (“The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 595 (1992)). Neste mesmo sentido: Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/479.

51. Antonin Scalia (“Judicial deference to agency interpretations of law”, 1989 *Duke L. J.* 511): “Chevron, however, if it is to be believed, replaced this statute-by-statute evaluation (which was assuredly a font of uncertainty and litigation) with an across-the-board presumption that, in the case of ambiguity, agency discretion is meant”.

Ao invés disso, importa demonstrar que a veiculação de uma ponderação específica cristalizada na estrutura simplificadora, na prática, não afasta *outras ponderações* ou a consideração de *outros critérios*. Ou seja: não se trata de afirmar apenas que “identificar uma ambiguidade” é um empreendimento complexo. É, mais exatamente, tentar demonstrar que, a rigor, o procedimento posto em prática *não consiste* unicamente na identificação de ambiguidades: ele envolve também ponderações de outra ordem.⁵²

1.4.2.2 Cânones substantiais e critérios adicionais ao teste de *Chevron*

No caso americano o exemplo mais claro desta realidade é o uso dos chamados “cânones substantivos de interpretação”. Os cânones de interpretação (*canons of construction*) são regras de interpretação que funcionam como guias do sentido das disposições legislativas.⁵³ Um dos mais conhecidos é o de que as palavras devem ser interpretadas de acordo com seu sentido corrente, a menos que haja alguma indicação em sentido contrário. Do mesmo modo, são usadas regras gramaticais ordinárias e se recorre a definições encontradas em dicionários. Entre outros exemplos de cânones interpretativos, podem ser citados, ainda, os seguintes: (i) as expressões devem ser interpretadas de modo a fazerem sentido no contexto legislativo

52. Na doutrina é frequente a afirmação de que a ideia de ambiguidade legislativa pode ser manipulada pelos tribunais interessados em impor sua própria interpretação legislativa. Assim, Frank Cross e Emerson Tiller sustentam que “regardless of the merits of Chevron, its Two-Step procedure creates a loophole through which disobedient courts may advance their policy preferences at the expense of sincere application of doctrine. A court that dislikes the outcome of an agency decision can declare that the interpretation is contrary to plain statutory meaning and still claim obedience to doctrine. This loophole enables a lower court to ‘transform Chevron from a deference doctrine to a doctrine of antideference’”. Indeed, the Two-Step test can be a recipe for disobedience, simultaneously providing a command of deference and showing lower courts how to evade it” (Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”, 107 *Yale L. J.* 2155, 2164 (1998)). Neste mesmo sentido, Francesco Denozza observa que “entrambi i criteri (chiarezza della norma/non irragionevolezza dell’interpretazione) indicati dalla Corte Suprema sono suscettibili di ampia manipolazione e la loro concreta portata è incerta” (“Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/471). Sobre o tema, v., ainda, o próximo capítulo.

53. A propósito dos cânones de interpretação, cf.: William N. Eskridge, Jr., “Public values in statutory interpretation”, 137 *U. Pa. L. Rev.* 1007 (1989); e Geoffrey P. Miller, “Pragmatics and the maxims of interpretation”, 1990 *Wis. L. Rev.* 1179.

geral; (ii) “o legislador não usa palavras vãs”; (iii) e expressões diferentes não podem ser interpretadas da mesma forma.⁵⁴

Os cânones de interpretação são usados naturalmente para identificar o que é “realmente ambíguo”. Sua utilização é inevitável – a interpretação de qualquer texto requer pressuposições mínimas.⁵⁵ E os cânones são, precisamente, elaborações mais ou menos profundas destas pressuposições. Não há, afinal, ambiguidade em abstrato, mas num contexto jurídico, cultural e social. Este contexto pode afastar algumas interpretações e levar a “um único significado possível” – o qual, por isto mesmo, não seria ambíguo.

O fato é que, além destes cânones ditos “textuais”, os tribunais americanos recorrem aos chamados *cânones substantivos*. Ao invés de veicularem convenções linguísticas, eles refletem *valores políticos ou jurídicos* amplamente compartilhados, os quais podem ser usados para clarificar o sentido de expressões ambíguas. Há, por exemplo, cânones referentes: (i) ao processo democrático; (ii) à proteção de normas constitucionais pouco aplicadas (como a *nondelegation doctrine* ou o cânon segundo o qual a redação legislativa será interpretada de modo a não criar violações constitucionais); (iii) à proteção de certas políticas sociais (como o cânone segundo o qual as isenções de tributos devem ser interpretadas restritivamente; etc.).

Ao que aqui importa, cumpre assinalar que a utilização destes cânones substantivos no procedimento de determinação da ambiguidade legislativa permite que nele se insiram ponderações relativas à sensibilidade jurídica de uma determinada questão. O cânone substantivo é, nesta hipótese, o veículo de introdução de ponderações que pareciam estranhas à *Chevron doctrine*. Assim, tome-se o exemplo do cânon voltado a evitar violações constitucionais (*canon of constitutional avoidance*).⁵⁶ Ele importa que nem todas

54. Sobre este último cânone, considere-se o caso *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987), em que a deferência judicial não foi concedida. Afirmou-se que a interpretação do *Immigration and Naturalization Service/INS* à expressão *well founded fear* era inconsistente com a clara intenção do Congresso. O INS havia interpretado esta expressão do mesmo modo que outra seção da lei, que requeria prova de uma *clear probability of prosecution*. Curiosamente, duas décadas depois, em *Environmental Defense versus Duke Energy Corp.*, 549 U.S. 561 (2007), a Suprema Corte entendeu ser razoável que uma agência concedesse interpretações diferentes de um mesmo termo usado na mesma legislação.

55. Cass R. Sunstein, “Beyond the republican revival”, 97 *Yale L. J.* 1539, 1582 (1987-1988).

56. Sobre o *canon of constitutional avoidance*, v. *NLRB versus Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979). Na doutrina, v.: Adrian Vermeule, “Saving constructions”, 85 *Georgetown Law Journal* 1945 (1997).

as interpretações teoricamente permitidas pela lassidão textual da norma podem ser adotadas pela autoridade administrativa – apenas aquelas que não conflitem com a Constituição.⁵⁷ Em teoria, não há nisto nada espantoso. Mas a incidência destas limitações constitucionais deixa claro que a análise real procedida pelos tribunais envolve mais do que um mero exame da ambiguidade da lei a propósito de uma questão específica.

Adicione-se que a inexistência de um rol *preciso e limitado* de cânones substanciais implica a consagração de um amplo espaço por meio do qual considerações estranhas à ambiguidade textual podem interferir na determinação da intensidade do controle.⁵⁸ A rigor, qualquer questão específica que envolva aspectos de peculiar sensibilidade jurídica poderá motivar a intervenção judicial, sob o argumento de que determinadas interpretações seriam proscritas pelo Direito.⁵⁹ Neste sentido, a própria Suprema Corte deixa claro que só se falará na existência de ambiguidade após a utilização das “ferramentas de interpretação legislativa” (*tools of statutory construction*).⁶⁰ Portanto, os tribunais podem fazer referências a cânones substantivos para impedir determinadas interpretações da autoridade administrativa, sob o argumento de que elas estariam “fora dos limites da ambiguidade” do termo a ser aplicado. Ao assim procederem, terminam por limitar a autonomia da autoridade administrativa.

57. Em *DeBartolo Corp. versus Florida Gulf Coast*, 485 U.S. 568 (1988), por exemplo, a Suprema Corte interpretou restritivamente o *National Labor Relations Act*, de modo a evitar violações à Primeira Emenda à Constituição americana.

58. Thomas Merrill afirma que os cânones de interpretação podem ser contraditórios uns com os outros, pelo quê sua utilização teria pouco valia para guiar a decisão judicial. A opção por um ou outro cânone pode, assim, ser informada simplesmente pelo resultado que o tribunal pretende obter (Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 973).

59. Considerações relativas ao federalismo americano motivaram a invalidação de uma regra da *Federal Trade Commission* em *California State Bd. versus FTC*, 910 F2d 976 (DC Cir. 1990).

60. No próprio caso *Chevron* a Suprema Corte observou a necessidade de recurso aos *traditional tools of statutory construction* (*Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 fn9 (1984)) para identificar a existência de uma precisa intenção congressual a propósito da questão controversa. Mais clara ainda foi a afirmação do Tribunal em *INS versus St. Cyr*, 533 U.S. 289, 320 n. 45 (2001): “We only defer (...) to agency interpretations of statutes that, applying the normal ‘tools of statutory construction’, are ambiguous. Because a statute that is ambiguous with respect to retroactive application is construed under our precedent to be unambiguously prospective, there is, for Chevron purposes, no ambiguity in such a statute for an agency to resolve”. Também sobre interpretações restritivas para evitar problemas com a retroatividade, v. *Bowen versus Georgetown Univ. Hospital*, 488 U.S. 204 (1988).

Estas considerações e estes exemplos permitem concluir que a “ambiguidade” que dá origem à deferência judicial sob a teoria *Chevron* é uma espécie de “ambiguidade qualificada”, que não se confunde com a mera identificação de uma plurissignificação textual ou abstrata. Também por isso, a simplificação pretendida pela introdução do teste *Chevron*, na prática, é inefetiva: ponderações outras, além daquelas cristalizadas e veiculadas na estrutura lógica simples, *cumprem um papel importante* na determinação da intensidade do controle judicial sobre determinadas decisões administrativas.

* * *

A este ponto, parece estar demonstrado que a utilização de estruturas simples para a determinação da intensidade do controle judicial não impede que, na prática, os tribunais integrem no seu raciocínio variáveis e ponderações nelas não veiculadas.⁶¹ O problema é que, em respeito a estas estruturas simplificadoras, a integração de outras variáveis se dá de forma sub-reptícia, sem seu total reconhecimento por parte dos tribunais.⁶² Quer dizer: o recurso às estruturas simples provoca uma importante restrição no discurso jurídico, com consequentes limitações à transparência judicial.⁶³

Assim, os tribunais americanos seguem fazendo referência à existência, ou não, de “ambiguidades legislativas”, ainda que sua real análise seja dificilmente enquadrável neste procedimento. Aliás, é mesmo curioso que os tribunais procedam a uma longa análise com: (i) exame do texto da lei; (ii) utilização de definições de dicionário; (iii) utilização dos chamados cânones de interpretação; (iv) análise da estrutura da lei; (v) exame do propósito ou

61. Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, 38 *Admin. L. Rev.* 363, 381 (1986): “Inevitably, one suspects, we will find the courts actually following more varied approaches, sometimes deferring to agency interpretations, sometimes not, depending upon the statute, the question, the context, and what ‘makes sense’ in the particular litigation, in light of the basic statute and its purposes. No particular, or single simple judicial formula can capture or take into account the varying responses, called for by different circumstances, and the need to promote a ‘proper’, harmonious, effective or workable agency-court relationship”.

62. Em pesquisa empírica, Thomas Merrill relata uma drástica diminuição da frequência em que os fatores tradicionais pré-*Chevron* foram mencionados após esta decisão (cf. “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 981-982 (1992)).

63. Wade MachLauchlan aponta como uma das consequências do formalismo jurídico a desconexão entre o discurso e a realidade das coisas (“Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 344.

intenção legislativa; (vi) exame da história legislativa – tudo isso para chegar à conclusão, por exemplo, de que *a lei era clara*.⁶⁴

Do mesmo modo, na Itália a estrutura binária dominante (discricionabilidade-vinculação) parece ter eliminado do discurso dos tribunais a real razão que motivava sua autorrestrição no caso de controle judicial de decisões técnicas da administração: a impossibilidade prática de reavaliar operações técnicas complexas realizadas por instituições que detinham – elas, sim – características institucionais adequadas para tanto. Ou seja: a atenção excessiva à estrutura binária prevalecente evitou referências à complexidade da questão ou às considerações institucionais comparativas (por exemplo, “a administração está mais adaptada institucionalmente para resolver estas questões, por deter meios mais adequados e pessoal mais qualificado para enfrentá-las”).

Se esta tese procede, tem-se que em ambas as jurisdições a utilização e o respeito à estrutura binária contribuíram para reduzir a transparência dos tribunais, sem provocar um ganho *real* de simplicidade. Ora, a prática demonstrou que as *mesmas* considerações (institucionais, pragmáticas, complexas) que seriam realizadas num contexto em que o tribunal não operasse mediante uma estrutura simplificadora foram realizadas também neste contexto. A única diferença foi a de que elas não foram admitidas, mencionadas e tornadas públicas. Não parece, portanto, que a estrutura binária trouxe de fato *redução de complexidade*, mas apenas *redução de transparência* no agir judicial.

64. Sobre o uso de cânones de interpretação para concluir pela clareza de uma legislação, v. a observação de Thomas Merrill: “Although the canons clearly qualify as a ‘traditional tool of statutory construction’, it is odd to think of a court concluding on the basis of a canon that Congress had an intention ‘on the precise question at issue’. Canons are maxims or rules of thumb that allow courts to *impute* answers to interpretative questions when it is not possible to discern by more direct means what the legislature intended. Thus, one would expect that if a court could interpret a statute only by invoking a canon, it would be forced to acknowledge that the issue is one to which Congress has not clearly spoken and that, under *Chevron*, it must therefore defer to a reasonable interpretation by the administrative agency” (“Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 988). Já, Peter M. Shane observa a ironia existente no fato de que muitas vezes a declaração de clareza legislativa divide fortemente o tribunal. Parece-lhe que a própria existência de dissenso a propósito da clareza legislativa é já um indicativo da sua inexistência. Em outros casos a divergência é ainda maior, e alcança o próprio resultado final do julgamento: a maioria e o dissenso supõem que a lei é clara, mas em direções opostas (Peter M. Shane, “Ambiguity and policy-making: a cognitive approach to synthesizing *Chevron* and *Mead*”, 16 *Vill. Envtl. L. J.* (Spring 2005), pp. 24-25).

Para além desta notável redução do discurso jurídico e consequente limitação da transparência judicial, cumpre fazer referência a uma restrição adicional causada pela utilização de conceitos formais ou estruturas facilitadoras. Trata-se da limitação operada na *discussão pública* relativa à conveniência da aplicação de um controle mais ou menos intenso às diferentes decisões administrativas. Valendo-se ainda do exemplo italiano da década de 1990, é interessante perceber como os conceitos formais parecem *mediar* a discussão pública, canalizando argumentos para as ponderações neles cristalizadas ou *deslegitimando* as ponderações neles não contempladas.⁶⁵

Acima já se disse que as estruturas facilitadoras de que cuida este capítulo veiculam uma ponderação prévia de circunstâncias ou aspectos julgados relevantes. No caso da discricionariedade administrativa, sua compreensão dominante na Itália é a de que ela corresponde ao exercício, pela administração, de uma ponderação entre interesses públicos conflitantes. Ao vincular a discricionariedade administrativa (e só ela) a um controle judicial deferente, faz-se uma opção: esta ponderação de interesses públicos (e só ela) deve ser reservada à administração pública. O passo seguinte, de imposição da utilização destas estruturas no discurso jurídico formal, importa um desestímulo à discussão sobre outros aspectos e circunstâncias que poderiam aconselhar a aplicação de um controle judicial deferente.

Este efeito se dá em dois níveis. Num nível mais superficial e mais difundido, a discussão dominante passa a ser *se determinado ato é discricionário, ou não*. Num nível um pouco menos raso, a discussão foca na ponderação de interesses públicos e na verificação de sua existência. Em outras palavras: o uso de conceitos formais canaliza as discussões para seu uso ou para o uso da ponderação neles veiculada. Assim, chama a atenção que boa parte da doutrina italiana tenha se limitado, no contexto da discussão da década de 1990, a afirmar e a insistir que a “chamada discricionariedade técnica” não se confundia com a discricionariedade administrativa, porque não veiculava a ponderação de interesses públicos. Com tal pretendiam encerrar a discussão a propósito da intensidade do controle judicial que deveria ser aplicado à “chamada discricionariedade técnica”. No mesmo sentido é o

65. Neste mesmo sentido, a Suprema Corte canadense observou no caso *Bibeault* (1988) como a teoria da questão preliminar, dominante até o final da década de 1970, *desviava a atenção das Cortes* do problema real que deveria enfrentar: “The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question ‘Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal’s power?’ for the only question which should be asked, ‘Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?’” (*Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 19).

discurso do Conselho de Estado na Decisão 601/1999. Sua frase clássica é emblemática: *una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità*.

De fato, a natureza opinável de uma questão não importa a ponderação de interesses públicos que caracteriza a oportunidade e a discricionariedade administrativa. Mas há outra questão: deveria a natureza opinável de uma questão decidida por uma instituição administrativa especializada, ela também, dar ensejo a um controle judicial deferente? Esta outra questão – a rigor, mais substancial e mais importante do que a primeira – foi ignorada ou deslegitimada por boa parte do *environment* jurídico italiano.

Há, no entanto, razões muito importantes para que também a “opinabilidade” de uma questão gere a deferência judicial. Estas razões foram mais amplamente discutidas na Primeira Parte. Aqui nos limitamos a apontar que tão fortes são estas razões, que algumas jurisdições adotam este entendimento. É assim nos Estados Unidos e no Canadá, em que as ambiguidades legislativas são de regra resolvidas pela autoridade administrativa. Nestes dois Países a razão da deferência judicial não é a ponderação de interesses públicos contrapostos – é precisamente a *opinabilidade* da questão, o fato de que ela não dá azo a apenas uma “resposta correta”, aliada a considerações institucionais comparativas.⁶⁶

Tomem-se os fatos da célebre Decisão 601/1999. Discutia-se a origem funcional do infarto do miocárdio sofrido pelo magistrado. Duas instituições administrativas especializadas foram ouvidas, o Colégio Médico-Legal do Ministério da Defesa e o Comitê para Aposentadorias Privilegiadas. Ambas as instituições exararam parecer desfavorável à pretensão do magistrado, destacando a existência pregressa de fatores de risco, dentre os quais as seguintes circunstâncias: (i) ele era fumante; (ii) ele era diabético; e (iii) ele tivera arteriopatia obstrutiva dos membros inferiores.

A despeito destas considerações técnicas, chanceladas por duas entidades especializadas, o Conselho de Estado reverteu a decisão de primeiro grau, que as considerava suficientes. Para tanto, fez menção à jurisprudência administrativa no sentido de que a existência de fatores de risco não é deter-

66. Esta admissão de “inexistência de respostas corretas”, com o consequente raciocínio comparativo institucional (qual a instituição mais adaptada para decidir entre opções igualmente razoáveis?), é a base da deferência judicial no Canadá e nos Estados Unidos. Na jurisprudência americana, v. as considerações da Suprema Corte em *Chevron Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), at. 844-845. Na jurisprudência canadense, v., especialmente, *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242.

minante para afastar a origem funcional de uma doença. Além disso, mencionou um único fato concreto para sustentar que o trabalho do magistrado era particularmente estressante: de acordo com o relatório do Presidente da Corte de Apelação de Nápoles, o magistrado teria, no período entre 1983 e 1986, relatado mais casos do que os seus colegas.⁶⁷

O caso permite questionar se de fato a alteração da jurisprudência consistiu em *mudança para melhor*. Houve, de fato, alguma vantagem, neste caso, na intervenção judicial substitutiva? Não teria o Conselho de Estado imposto, com considerações genéricas, sua *mera opinião* sobre uma questão técnica, a respeito da qual havia pareceres contrários de *duas* instituições especializadas? Estas questões não têm lugar quando se adere e se obedece ao esquema binário da discricionariedade e vinculação.

1.5 *Simplicidade insustentável: reformas e abandono das estruturas simples*

Numa segunda hipótese, a simplicidade buscada pela estrutura simples termina por sucumbir diante do engrandecimento da complexidade substancial ou institucional das decisões administrativas controladas.⁶⁸ Em poucas palavras, a simplicidade da estrutura facilitadora é artificial e *insustentável*. Pressionados pelas dificuldades de enquadrar situações complexas na estrutura simples com a qual devem trabalhar, os tribunais desistem de prestar-

67. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601, item 2: “Nel caso di specie, va rilevato che i pareri tecnici censurati, pur dando atto che l’attività svolta dall’interessato era impegnativa e stressante, hanno ritenuto di escluderne ogni efficienza causale o concausale nel determinismo dell’infarto miocardico inferiore per la presenza di pregressi fattori di rischio (qualità di fumatore, diabete mellito, arteriopatia ostruttiva agli arti inferiori). Va ricordato che dalla relazione del Presidente della Corte d’Appello di Napoli risulta che l’attuale appellante, Magistrato dell’ordine giudiziario in servizio, da ultimo e nel periodo 1983-1986, presso la quarta sezione civile di quell’ufficio giudiziario, si era sottoposto a particolare affaticamento: ad ogni udienza collegiale, infatti, egli era relatore di un numero di cause superiore a quello dei colleghi. Ciò posto, il giudizio di esclusione della dipendenza da causa di servizio dell’infermità, ‘infarto del miocardio’, per il solo fatto della preesistenza di fattori di rischio, in fattispecie nella quale sia documentata l’attività continuativa particolarmente impegnativa e stressante del pubblico dipendente, costituisce affermazione di criterio tecnico inadeguato, come segnalato da costanti acquisizioni giurisprudenziali”.

68. John Willis ressaltava já em 1935 a suscetibilidade de categorias jurídicas formais à sucumbência diante da evolução das circunstâncias fáticas (“Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional”, cit., 1 *U. T. L. J.* 53, 70).

-lhe obediência.⁶⁹ Numa hipótese menos drástica, os tribunais *adaptam* a estrutura simples, nela introduzindo uma ou mais novas categorias (item 1.5.1). Numa hipótese mais drástica, os tribunais optam por *reformular* todo o sistema, passando a adotar um sistema de ponderação autônoma, pelo juiz, dos critérios substanciais de determinação da intensidade do controle (item 1.5.2). A jurisprudência italiana fornece um exemplo do primeiro caso; passagens jurisprudenciais americanas e canadenses ilustram o segundo.

1.5.1 *A adaptação da estrutura simples: o caso da Itália*

Como dito acima, a opção menos drástica de reforma envolve a mera *adaptação* da estrutura simples, com a introdução de uma ou mais novas categorias formais. O objetivo, aqui, é diminuir o *gap* entre a complexidade da realidade e a simplicidade da estrutura mediadora. A estrutura simples é *tornada mais complexa* para facilitar o enquadramento de algumas situações de fato às quais antes não parecia adaptada. Esta opção foi tomada pela jurisdição administrativa italiana, que criou a noção de “avaliações técnicas complexas” para designar situações que não se confundiam com hipóteses de discricionariedade ou vinculação e que exigiam um repensamento deste sistema binário (item 1.5.1.1).⁷⁰ A passagem histórica constitui exemplo

69. No contexto de *Chevron*, Thomas Merrill previa em 1992 que a compreensão *all-or-nothing* de *Chevron* não se sustentaria diante de situações que requeressem maior refinamento do Poder Judiciário: “*Chevron* almost guarantees that in every case the independent views of the Judiciary will be given either too much or too little weight, and concomitantly, that the views of the agency will be given either too little or too much deference. If the issue is resolved at Step One, then the Court gives no consideration to the views of the Executive and decides the matter independently. If the issue is resolved at Step Two, then the Court regards the agency view as dispositive, unless it can say that it is unreasonable. In other words, *Chevron* inevitably generates ‘one-sided’ decisions. In those cases where the Court feels that one-sidedness is appropriate, *Chevron* will do fine. But if the Court perceives that a more refined approach is called for, *Chevron* is a source of awkwardness. The predominant solution in the latter situation appears to be to ignore *Chevron*. (...) If all cases fell into neat piles-unambiguous statutes in one pile, ambiguous statutes in the other-this would entail no loss. Realistically, however, there is a broad gray area where the existence of an administrative interpretation might help tip the balance” (“Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 998).

70. Para um argumento mais genérico e vigoroso de profunda crise das categorias tradicionais (e em especial das categorias binárias) do direito administrativo italiano, v.: Antonio Romano Tassone, “Sulle vicende del concetto di ‘merito’”, *Diritto Amministrativo* 3/517, 2008. Sobre o mesmo tema, cf. Também: Norberto Bobbio, “Dell’uso delle grandi dicotomie nella Teoria del Diritto”, *Riv. Int. Fil. Dir.* 1970, pp. 197 e ss.

de mera *adaptação* da estrutura simplificadora, na medida em que a transformação se deu tão somente de uma estrutura binária para uma estrutura trinária (item 1.5.1.2).

1.5.1.1 A introdução da noção de “avaliações técnicas complexas”

O Conselho de Estado fez a primeira referência às tais “avaliações técnicas complexas” no caso *Formambiente*, em outubro/2001.⁷¹ Utilizando esta nova noção, o Tribunal Administrativo finalmente forneceu uma explicação para os surpreendentes acórdãos⁷² em que aplicava controle judicial

71. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287.

72. Faz-se referência, aqui, a uma série de acórdãos prolatados entre os anos 2000 e 2001 relativos a decisões da autoridade antitruste. V., principalmente: Cons. St., Sez. VI, 14.3.2000, n. 1348; Cons. St., Sez. VI, 12.2.2001, n. 652; Cons. St., Sez. VI, 20.3.2001, n. 1671; e Cons. St., Sez. VI, 26.7.2001, n. 4118. No primeiro deles, dito *Italcementi*, a AGCM condenara a empresa *Italcementi* por abuso de posição dominante, aplicando-lhe sanção pecuniária. A acusação era de venda de concreto a preços inferiores ao seu custo variável e de aplicação de sistema de descontos em contratos de fornecimento de concreto firmados com duas outras empresas (*Tekal* e *Intersar*). Em julgamento à impugnação judicial desta decisão, o TAR Lazio julgou: (i) equivocada a delimitação do mercado relevante operada pela AGCM; (ii) equivocada a decisão da AGCM no que concerne à suposta existência de uma dominância da *Italcementi*; (iii) equivocada a decisão da AGCM no que concerne à suposta existência de um abuso nas ações empresariais. Em todos estes pontos o Tribunal Regional refez todo o raciocínio técnico aplicado pela AGCM. No que concerne especificamente à delimitação do mercado relevante, o TAR Lazio não se limitou a examinar a razoabilidade da avaliação da AGCM, mas julgou adequado operar uma delimitação autônoma. A AGCM considerara o mercado geográfico relevante como a Região da Sardenha. O caso chega, então, ao *Consiglio di Stato*, que o julga de forma surpreendente. Antes de analisar o caso concreto, o máximo Tribunal Administrativo italiano faz algumas declarações de princípio a respeito dos limites do controle. As declarações são fortes e bastante claras, mas contrastam frontalmente com a célebre Decisão 601/1999, que parecia haver deixado para trás a época do controle limitado sobre a discricionariedade técnica. Com efeito, o *Consiglio di Stato* usa o vocabulário típico do controle da discricionariedade administrativa, repreendendo o TAR Lazio por ter estendido sua análise para além do âmbito da legitimidade, atingindo “o mérito das escolhas administrativas”. Afirma, então, que o controle adequado ao caso concreto deveria “limitarsi a verificare, nei limiti del sindacato di legittimità, se la scelta dell’amministrazione apparisse logica, congrua, correttamente motivata e istruita. (...) non potendo il giudice amministrativo sostituire proprie valutazioni a quelle riservate all’Autorità, e non potendo, dunque, dare una autonoma definizione del mercato rilevante” (Cons. St., Sez. VI, 14.3.2000, n. 1348, item 4.2.2). Na doutrina a decisão recebeu críticas pela “opção retrógrada”, que parecia superada pela Decisão 601/1999 (cf., por exemplo, Marcella Negri, *Giurisprudenza e Amministrazione nella Tutela della Concorrenza*, cit., p. 194). Também ressaltando a incompatibilidade das decisões deste período com o célebre Acórdão 601/1999, v.: Francesco

deferente a decisões técnicas da administração mesmo depois do *revirement* jurisprudencial que admitira o controle judicial da discricionariedade técnica (com a já mencionada Decisão 601/1999).

O Conselho de Estado iniciou por confirmar que a presença do elemento técnico opinável (típico da discricionariedade técnica) em uma decisão administrativa não seria suficiente para afastar o controle judicial. Mas a situação seria diferente quando a decisão veiculasse uma “avaliação técnica de natureza complexa”.⁷³ Nestes casos específicos as decisões administrativas deveriam ser submetidas a um *controllo fraco* (*sindacato debole*), em que “os conhecimentos técnicos adquiridos graças ao perito [*são*] utilizados somente com a finalidade de efetuar um controle de razoabilidade e coerência técnica da decisão administrativa”. Afasta-se a incidência de um *controllo forte* (*sindacato forte*), que se traduziria “em um poder substitutivo do juiz, o qual se estende até mesmo a sobrepor a própria avaliação técnica opinável àquela da administração”.⁷⁴

A ideia de “avaliações técnicas de natureza complexa” era inédita na jurisprudência administrativa italiana até a decisão do caso *Formambiente*. Suas características, destacadas pelo Conselho de Estado, sugerem que foi precisamente a ampliação da complexidade substancial e institucional das decisões administrativas que levou o Conselho de Estado a elaborar esta terceira categorial formal, a figurar ao lado dos atos discricionários e vinculados. Com efeito, o Tribunal observa que estas avaliações se caracterizam pela intrínseca conexão entre juízo técnico e ponderação de interesses públicos conflitantes. Nelas há uma confusão *lógica e cronológica* entre os juízos de *oportunidade* e de *opinabilidade técnica*.⁷⁵ Além desta natureza técnico-política, outros elementos caracterizadores destas avaliações são citados posteriormente, de forma pouco sistemática: (i) a objetiva complexidade

Agnino, “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156), *Urbanistica e Appalti* 4/448; Silvia Mirate, “Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 2.3.2004, n. 926), *Urbanistica e Appalti* 7/817, 2004. De fato, o Tribunal volta a submeter as avaliações técnicas da administração a um controle restrito, tipicamente aplicado à discricionariedade administrativa. Faz referência ao “mérito das escolhas administrativas” quando parecia abandonada a compreensão de que a discricionariedade técnica envolvesse “escolhas de mérito”. Limita o controle aos vícios lógicos e de razoabilidade, além dos defeitos de instrução e motivação. Em suma: volta a equiparar as decisões técnicas opináveis da administração à discricionariedade, sem fazer qualquer referência à Decisão 601/1999.

73. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 9.

74. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 8.

75. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 9.

das avaliações; (ii) sua característica usualmente prognóstica e preditiva;⁷⁶ (iii) o manejo de interesses de nível primário, protegidos por normas constitucionais.⁷⁷ Finalmente, ainda de acordo com o discurso do Conselho de Estado, as avaliações técnicas complexas parecem ser normalmente tomadas por entidades administrativas independentes, autônomas e “neutras”,⁷⁸ dotadas de uma legitimação peculiar em função de sua composição e de sua qualificação técnica.⁷⁹

1.5.1.2 De uma estrutura binária para uma estrutura trinária

Uma decisão com todas estas características destacadas acima não se enquadrava bem na estrutura binária antes prevalecente. Aliás, são vários os indícios retirados das decisões do Conselho de Estado que sugerem uma intenção de afastar-se da estrutura binária dominante anterior. O Tribunal fala, então, que esta categoria de “avaliações técnicas complexas” teria sido “isolada”⁸⁰ pela jurisprudência a partir do aprofundamento das considerações sobre o controle judicial das decisões administrativas de natureza técnica.⁸¹ Vincula-as à presença, no antecedente normativo, dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, o que também as afasta da discricio-

76. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 2.

77. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, itens 9-10.

78. O argumento da “neutralidade” é referido pela primeira vez em Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9.

79. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1.

80. Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9: “Sottoponendo ad ulteriore approfondimento tale prospettazione, che ha posto fine alla tradizionale equazione concettuale tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, la giurisprudenza, con riferimento al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, *ha isolato la categoria delle valutazioni complesse*, per lo più volte all’applicazione di concetti giuridici indeterminati, nelle quali è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell’interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario”.

81. No sentido do texto, v. Mauro Giovannelli (“Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore” (Nota a Cons. St., Sez. V, Sent., 20.5.2008, n. 2355), *Urbanistica e Appalti* 9/1107, 2008): “La giurisprudenza più recente ha isolato dalla ormai acquisita separazione tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, la categoria delle valutazioni complesse, per lo più volte all’applicazione di concetti giuridici indeterminati (si vedano le valutazioni economiche e di riverbero sul mercato date dall’Autorità della concorrenza di fronte a posizioni dominanti in determinati settori), dove si registra una contestualità cronologica se non una sovrapposizione logica, tra il momento della valutazione tecnica e quella della ponderazione dell’interesse pubblico”.

nariedade, em que a indeterminação se encontra no consequente normativo. Faz também diversas considerações institucionais, num discurso totalmente diferente do tradicional.

No mais, ao definir o tipo de controle que lhes é aplicável, faz referência à inédita ideia de um “controle fraco”.⁸² Explica que este tipo de controle “entra no paradigma do controle por excesso de poder”, tipicamente aplicável aos atos discricionários.⁸³ Mas o fato de não aplicar o *próprio* controle por excesso de poder – simplesmente, e sem necessidade de criar um novo conceito – demonstra que o Tribunal queria afastar-se da ideia de discricionariedade. Dito de outro modo: o discurso do Conselho de Estado deixa transparecer que avaliações técnicas complexas e atos discricionários não são a mesma coisa, ainda que sobre ambos se aplique um controle judicial deferente, voltado à identificação de aspectos irrazoáveis, ilógicos ou incoerentes da decisão administrativa.

De todo modo, percebe-se que, apesar da introdução da nova categoria, a jurisprudência italiana seguiu trabalhando com estruturas facilitadoras. A partir da criação da categoria formal das avaliações técnicas complexas, o Tribunal italiano passa a contar com três possibilidades. A decisão que vem ao seu controle pode configurar ato vinculado, ato discricionário ou ato técnico complexo. No primeiro caso cabe aplicar um controle não deferente (ou *forte*). Nos dois últimos casos cabe aplicar um controle judicial deferente (ou *fraco*). A estrutura simplificadora, antes binária, passa a deter natureza tripartite. Mas segue não sendo possível que o Tribunal promova de forma autônoma e contextualizada a ponderação dos critérios substanciais

E: Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, item 9: “Sottoponendo ad ulteriore approfondimento tale prospettazione, che ha posto fine alla tradizionale equazione concettuale tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, la giurisprudenza, con riferimento al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche, *ha isolato la categoria delle valutazioni complesse*, per lo più volte all’applicazione di concetti giuridici indeterminati, nelle quali è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell’interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario”.

82. Para Nicoletta Rangone este controle de tipo fraco assemelha-se ao *contrôle le minimum* do direito administrativo francês. Note-se, entretanto, que, ao menos nominalmente, este último volta-se à verificação de um “erro *manifesto* de apreciação; enquanto no primeiro é suficiente a identificação de uma irrazoabilidade “simples” (“Intese nel mercato assicurativo e sindacabilità dei provvedimenti antitrust” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199), *Foro Amm. CDS* 4/1007, 2002).

83. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 10.

estudados na Primeira Parte, acima, com relação aos aspectos da decisão sob controle.

Um dos casos em que o Conselho de Estado aprofundou as considerações relativas às avaliações técnicas complexas, *RC Auto* passa a ser uma espécie de *leading case* deste período na jurisprudência italiana.⁸⁴ Entre 2002 e 2004 a decisão é citada inúmeras vezes, e seus termos são repetidos.⁸⁵ No entanto, a partir de 2004, sob o influxo de críticas pela “inefetividade” do chamado “controle judicial fraco”, ele vai sendo abandonado progressivamente pela jurisprudência, junto com as menções às “avaliações técnicas complexas”.⁸⁶

84. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199 (*RC Auto*).

85. V., por exemplo: Cons. St., Sez. VI, 19.7.2002, n. 4001 (*Coca-Cola Italia*); Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156 (*Enel/Infostrada*); Cons. St., Sez. VI, 15.10.2002, n. 5640 (*Assicurazioni Generali s.p.a.*).

86. O caso que inaugurou a nova fase não deferencial foi *Buoni Pasto* (Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926). Oficialmente, esta decisão não pretende “superar” o posicionamento anterior, mas apenas explicá-lo. Assim, afirma-se que é necessário conceder “precisões adicionais” sobre a natureza do controle. Entretanto, a despeito deste discurso de “explicação e precisão adicional”, o *Consiglio di Stato* traz trechos que não parecem compatíveis com o discurso anterior. Assim também entende Silvia Mirate (“Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 2.3.2004, n. 926), cit., *Urbanistica e Appalti* 7/817): “Il chiarimento, tuttavia, sembra assumere ad una lettura più attenta i connotati di un vero e proprio ripensamento da parte del Consiglio di Stato degli assunti in precedenza espressi. (...) In realtà l’*iter* logico seguito dal Collegio è assolutamente nuovo rispetto ad ogni orientamento anteriore e conduce all’affermazione di un sindacato da parte del giudice amministrativo ben più penetrante di quanto finora era dato intendersi dalle posizioni del Consiglio di Stato”. Com efeito, fala-se nesta decisão em “controle particularmente penetrante”, em “reavaliações das escolhas técnicas” e em “aplicar a *correta* interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados à *fattispecie* concreta”. No ponto mais importante, pretendia-se “explicar” que o controle fraco é apenas um controle não substitutivo. Mas acaba-se abandonando esta noção de controle fraco, que era criticada por impedir um controle judicial efetivo. Embora a decisão do caso *Buoni Pasto* inserisse frases e trechos que não pareciam compatíveis com o discurso anterior, esta decisão também mantém trechos importantes seus. Principalmente, é ainda dito nesta decisão que o controle judicial das decisões da AGCM é um controle de razoabilidade. O *Consiglio di Stato* volta a afirmar que, “se o juiz considera que as avaliações da Autoridade são corretas, razoáveis, proporcionais e confiáveis, não deve ir tão longe até expressar próprias escolhas autônomas, porque de outro modo assumiria ele a titularidade do poder”. O fato de que se trata de um controle de razoabilidade é ainda confirmado com a referência ao modelo europeu. Com efeito, o *Consiglio di Stato* confirma que, como no modelo italiano, o controle da Corte Europeia de Justiça exercitado sobre as avaliações econômicas

1.5.2 *O abandono da estrutura simples*

Numa situação mais drástica, a incompatibilidade entre a estrutura simples e a complexidade substancial e institucional das decisões controladas leva ao colapso integral do sistema. Abandona-se, então, a “simplicidade”, em favor de um enfoque mais realista. Os exemplos de Canadá (item 1.5.2.1) e Estados Unidos (item 1.5.2.2) são ilustrativos deste processo.

1.5.2.1 *O abandono múltiplo das estruturas binárias no Canadá*

O exemplo mais rico talvez seja o do Canadá, já que nele a ilustração é múltipla. Tradicionalmente, este País distinguia dois grandes domínios da ação administrativa que poderiam vir a ser submetidos ao controle judicial. Com efeito, as instâncias (i) de “interpretação legislativa” (*statutory construction*) eram apartadas (ii) das demais ações administrativas. Dentro de cada um destes domínios a determinação da intensidade do controle dependia, ainda, de outra verificação binária. Tratando-se de *interpretação de lei* promovida pela administração, cabia aos tribunais a aplicação da chamada “teoria da questão jurisdicional”. Em resumo: às questões jurisdicionais se aplicava um controle forte; às demais, um controle deferente. Tratando-se de ações outras que não interpretação legislativa, a dualidade aplicável era a de atos discricionários e atos não discricionários. Aos primeiros aplica-se um controle deferente; aos segundos, um controle irrestrito. Assim, o sistema canadense de controle judicial da administração pública era tradicionalmente caracterizado por três estruturas binárias. *Todas elas* foram abandonadas ao longo das últimas décadas.

complexas “foi expressamente limitado à verificação da observância das normas de procedimento e de motivação, além da exatidão material dos fatos, da insubsistência de erros manifestos de avaliações e de desvio de poder”. A menção ao “erro manifesto de avaliação” é semelhante à ideia de razoabilidade. A Decisão 926/2004, portanto, é uma decisão contraditória. Mantém o discurso anterior, incorporando um discurso novo – sendo que os dois não são totalmente compatíveis ou, ao menos, é difícil entender *como* eles são compatíveis. A alteração jurisprudencial fica muito mais clara *após* esta decisão. Nos casos seguintes o *Consiglio di Stato* simplesmente elimina todo o discurso anterior e adota apenas a parte do discurso novo. Quer dizer: opera uma deturpação da Decisão 926/2004, escolhendo cuidadosamente os trechos que interessam. Todos os trechos que indicavam a existência de um mero controle de razoabilidade são eliminados. Todos os trechos que indicavam um controle “forte, pleno, efetivo” são mantidos. Assim, por exemplo, as decisões: Cons. St., Sez. VI, 3.2.2005, n. 280; Cons. St., Sez. IV, 8.2.2007, n. 515; e Cons. St., Sez. VI, 17.12.2007, n. 6469.

1.5.2.1.1 Domínio interpretativo: de “questão jurisdicional” a enfoque complexo – O primeiro abandono do enfoque formalista deu-se em relação ao controle judicial das interpretações legislativas das autoridades administrativas. Até 1979 aplicava-se no Direito Canadense a “teoria da questão jurisdicional”. A “questão jurisdicional” (também chamada de preliminar/judicial/quase-judicial/colateral) é aquela que veicula uma discussão sobre a própria competência da autoridade administrativa para decidir determinada matéria. Ela se contrapunha à chamada “questão administrativa”, relacionada ao mérito ou à substância da decisão administrativa. De acordo com a teoria, aplica-se um controle não deferente para as questões do primeiro tipo e confere-se deferência às questões do segundo tipo. Ao juiz do caso concreto cabia apenas verificar a natureza da questão controversa, aplicando-lhe o modelo de controle respectivo.

Pois bem: este enfoque binário e formalista foi sendo abandonado progressivamente a partir da célebre decisão da Suprema Corte canadense no caso *CUPE*, em 1979.⁸⁷ O Tribunal começou nesta decisão a reformar completamente o sistema de controle judicial da administração pública no Canadá. Ali foi inaugurada a era de orientação deferente e criado o modelo judicial de “irrazoabilidade manifesta”.⁸⁸ No aspecto mais relevante para este ponto, a Suprema Corte recusou-se a limitar sua análise à natureza jurisdicional ou não da questão, tal como havia feito a Corte de Apelação.⁸⁹

87. Eis os fatos deste célebre caso canadense: durante uma greve legítima, o Sindicato de Empregados Públicos do Canadá (*Canadian Union of Public Employees/CUPE*) levou reclamação à autoridade administrativa responsável pela regulação das relações de trabalho (*Labour Relations Board*). Na reclamação o Sindicato alegava que a *New Brunswick Liquor Corp.* estava violando o art. 102(3) (a) da legislação pertinente às relações de emprego público (*Public Service Labour Relations Act*). Este dispositivo estabelece que o empregador não poderá “substituir os empregados grevistas nem ocupar a sua posição com outro empregado”. A *New Brunswick Liquor Corp.* reconhecia estar usando parte do seu pessoal de direção em funções desocupadas durante a greve. Argumentava, no entanto, que os diretores da empresa não eram considerados “empregados” no âmbito da legislação pertinente. Adicionavam que a única finalidade do art. 102(3)(a) era garantir que os postos de trabalho permanecessem disponíveis para os grevistas após o final da greve. O argumento foi recusado pela agência administrativa, que julgou procedente a reclamação do Sindicato. O caso foi levado ao Judiciário, e a decisão administrativa foi revertida pela Corte de Apelação de New Brunswick. O recurso desta decisão levou o caso à Suprema Corte canadense.

88. A orientação deferencial inaugurada a partir do caso *CUPE* importa a superação de uma longa tradição judicial intervencionista. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Terceira Parte

89. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 227.

Ao invés disto, fez longas considerações institucionais autônomas, sugerindo razões para a deferência judicial estranhas ao esquema simplificador binário.

De fato, a Suprema Corte observou que o processo decisório das autoridades administrativas difere do processo decisório das cortes, envolvendo, inclusive, a ponderação e o balanceamento de diferentes interesses públicos conflitantes (como, no caso, a manutenção dos serviços públicos e a preservação do poder de barganha coletivo).⁹⁰ Além disso, ressaltou que as decisões das autoridades administrativas muito frequentemente envolvem escolhas igualmente razoáveis, em face da ambiguidade da redação da norma.⁹¹ Tendo em vista esta ambiguidade e a possibilidade de diversas interpretações razoáveis, a pergunta relevante passaria a ser qual instituição é mais bem adaptada para decidir entre estas escolhas.⁹² Como se vê, o enfoque em *CUPE* é totalmente diferente da utilização da estrutura binária que caracteriza a teoria da questão jurisdicional. A Suprema Corte, aliás, foi explícita ao afirmar que a teoria não tinha qualquer utilidade no caso, além de ser facilmente manipulável.⁹³

90. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236.

91. Esta, aliás, era a situação do próprio caso, em que a Corte examinou a razoabilidade de cada interpretação contida nos autos. Procedeu desta maneira não para demonstrar que uma interpretação é mais correta que a outra, mas para mostrar que a interpretação da agência é ao menos tão razoável quanto a interpretação alternativa sugerida pela Corte de Apelação (cf. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242).

92. Sobre o tema, afirma Audrey Macklin: “Ambiguity, gaps, silences, and contradictions can rarely (if ever) be eliminated from text. This recognition of interpretive choice makes it possible to ask who is better placed to make the choice – the tribunal or the court? In other words, it underwrites the plea for judicial humility that is at the heart of *CUPE*” (“Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Colleen M. Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 205).

93. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 233: “With respect, I do not think that the language of ‘preliminary or collateral matter’ assists in the inquiry into the board’s jurisdiction. One can, I suppose, in most circumstances subdivide the matter before an administrative tribunal into a series of tasks or questions and, without too much difficulty, characterize one of those questions as a ‘preliminary or collateral matter’”. No mesmo sentido, Brian Langille afirma que a noção de “jurisdiction is not only ‘confusing’, it is a meaningless and useless concept to be invoked in the context of working out the appropriate scope of judicial review of labour relations boards” (“Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), 17 *R. G. D.* 169, 203).

A superação da binariedade ganhou contornos mais claros e declarações mais fortes alguns anos depois, na decisão do caso *Bibeault*.⁹⁴ Então, a Suprema Corte afirma claramente a necessidade de substituir o enfoque “excessivamente formalista” por outro, caracterizável como “pragmático e funcional”. Observa, ainda, que a atenção demasiada à teoria da questão jurisdicional *desviava* a atenção dos tribunais para o “real problema” que deveria ser analisado para a determinação da intensidade do controle: “o legislador pretendia que esta questão específica fosse reservada à autoridade administrativa?”⁹⁵ Para responder a esta questão – explica a Suprema Corte –, deve-se examinar não apenas (i) a redação dos textos normativos, mas também (ii) o propósito da legislação que cria a agência, (iii) a razão de sua existência, (iv) a área de expertise dos seus membros e (v) a natureza da questão por ela decidida.⁹⁶

Este novo enfoque, denominado “pragmático e funcional”, seria *funcional* na medida em que, via de regra, atribuiria a última decisão ao juiz ou ao administrador, de acordo com sua função. Assim, para decidir questões tipicamente jurídicas, a última decisão ficaria com o juiz (pois esta é sua função primordial). Para decidir questões administrativas, a última palavra seria da autoridade administrativa. Já, o termo “pragmático” sinaliza o afastamento do formalismo, além de ressaltar as características “práticas” do enfoque: por exemplo, a de que uma autoridade especializada normalmente

94. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048. Sobre este caso, v. o Capítulo I da Primeira Parte.

95. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 19: “The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question ‘Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal’s power?’ for the only question which should be asked, ‘Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?’”.

96. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 121-122: “The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. (...) The Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. At this initial stage a pragmatic or functional analysis is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting the administrative tribunal’s jurisdiction: in a case where a patently unreasonable error is alleged on a question within the jurisdiction of the tribunal, as in a case where simple error is alleged regarding a provision limiting that jurisdiction, the first step involves determining the tribunal’s jurisdiction”.

está mais bem adaptada para tomar uma decisão.⁹⁷ Esta análise contextualizada, “pragmática e funcional”, será objeto de exame mais adiante. Neste item interessava apenas apontar como ela foi adotada a partir de uma superação do modelo simplificado, formalista e binário⁹⁸ – modelo que se mostrou insustentável, diante da complexidade da administração pública.

1.5.2.1.2 Domínio não interpretativo: a relevância da discricionariedade – Movimento semelhante, embora menos claro e menos intenso, deu-se em relação ao controle judicial dos atos administrativos que não correspondem a interpretações legislativas. Neste particular, a análise tradicional envolvia a identificação da natureza discricionária ou não da decisão a ser controlada.

97. A explicação foi fornecida no caso *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 122.

98. No caso *Pushpanathan* (1998) a Suprema Corte afirma que a teoria da questão preliminar ou jurisdicional não passou a ser totalmente irrelevante após a introdução do teste pragmático e funcional. Apenas deveria ser entendido que a identificação de uma questão preliminar exige a aplicação do teste pragmático e funcional: “Although the language and approach of the ‘preliminary’, ‘collateral’ or ‘jurisdictional’ question has been replaced by this pragmatic and functional approach, the focus of the inquiry is still on the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal. Some provisions within the same Act may require greater curial deference than others, depending on the factors which will be described in more detail below. To this extent, it is still appropriate and helpful to speak of ‘jurisdictional questions’ which must be answered correctly by the tribunal in order to be acting *intra vires*. But it should be understood that a question which ‘goes to jurisdiction’ is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis. In other words, ‘jurisdictional error’ is simply an error on an issue with respect to which, according to the outcome of the pragmatic and functional analysis, the tribunal must make a correct interpretation and to which no deference will be shown” (*Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 28). Esta interpretação não afasta o raciocínio aqui defendido, na medida em que o essencial é que a análise formalista e binária é ultrapassada e substituída por uma análise contextualizada e com múltiplas variáveis. De todo modo, é importante sinalizar que o “malabarismo” judicial mereceu críticas da doutrina (v.: Lorne Sossin, “Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003) 27 *Advocates’ Q.* 478, 480; William Lahey e Diana Ginn, “After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002) 25 *Dal. L. J.* 259, 273) e foi contrariado em manifestações posteriores da própria Suprema Corte. Assim, no caso *Dunsmuir* (2008) afirmou-se que “Bibeault introduced the concept of a ‘pragmatic and functional analysis’ to determine the jurisdiction of a tribunal, abandoning the ‘preliminary question’ theory” (*Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, at. 36).

No Canadá a discricionariedade não é um conceito bem definido (como é o caso da Itália). Tradicionalmente, ela se identifica com toda forma de liberdade conferida ao administrador, salvo aquelas decorrentes de indeterminação de um termo legislativo. Usualmente dizia-se que a administração gozava de discricionariedade quando a lei lhe atribuía determinada competência, sem aportar grandes especificações, por exemplo, sobre o modo ou a finalidade em vista da qual ela deveria ser exercida. Precisamente em razão desta ausência de balizas legais, entendia-se, tradicionalmente, que a discricionariedade estava excluída do controle judicial.⁹⁹

Um dos primeiros traumas sofridos por esta concepção verificou-se no caso *Roncarelli*, em 1959. Tratava-se de ação movida por Frank Roncarelli, proprietário de um restaurante na cidade de Montreal, para contestar a decisão de uma agência administrativa, a *Liquor Commission*, de lhe retirar a licença para comercialização de bebidas alcoólicas. De acordo com a legislação pertinente, a agência detinha competência para tanto, atuando a seu critério. A lei não previa nenhum condicionante específico desta competência discricionária. Adotando a orientação tradicional, a minoria entendia precisamente que, não havendo limites legislativos específicos, a agência exercia discricionariedade. Situando-se sua decisão dentro da competência legal, qualquer ato era válido – e, portanto, a licença havia sido retirada legitimamente.¹⁰⁰ A orientação da maioria foi em outro sentido. Afirmou-se que, mesmo quando a lei não prevê nenhum condicionante específico para o exercício da discricionariedade, sempre haverá a incidência de limites implícitos, como a máxima de que o manejo de poderes administrativos deve servir unicamente à consecução de propósitos legítimos.¹⁰¹ No caso concreto, a retirada da licença foi anulada pela Suprema Corte, que considerou que ela

99. Geneviève Cartier, “Keeping a check on discretion”, in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 281.

100. V., por exemplo, o voto Ministro Cartwright em *Roncarelli versus Duplessis*, [1959] SCR 121 at. 167.

101. *Roncarelli versus Duplessis*, [1959] SCR 121 at. 140: “A decision to deny or cancel such a privilege lies within the ‘discretion’ of the Commission; but that means that decision is to be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the administration. In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled ‘discretion’, that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. ‘Discretion’ necessarily implies good faith in discharging public duty; there

se dera para punir e inibir a atuação de Roncarelli como membro ativo da religião Testemunhas de Jeová – ele pagara a fiança de cerca de 390 membros desta religião que haviam sido presos por distribuição ilegal de panfletos.¹⁰²

Esta compreensão de que sempre incidirão limites implícitos à liberdade legislativamente conferida abre espaço para algumas reflexões importantes. Em primeiro lugar, ela supera a tese da insindicabilidade das decisões discricionárias. Além disso, ela abre espaço para uma discussão contextualizada do controle judicial. É que estes tais limites implícitos estão relacionados a *aspectos substanciais relevantes* da decisão controlada. No caso de *Roncarelli* este aspecto consistia no real objetivo da decisão administrativa – punir e inibir suas ações religiosas. O fato é que cada decisão administrativa sofrerá a incidência de diferentes limites lógicos e/ou constitucionais, a depender de sua natureza e dos aspectos substanciais que lhe são relevantes.¹⁰³ Uma decisão administrativa discricionária que atinja direitos fundamentais, por exemplo, sofrerá limitações constitucionais mais significativas do que outras decisões juridicamente menos sensíveis.

Outro caso pode ser útil para ilustrar este ponto. *Nicholson versus Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners* versava sobre decisão tomada por um Conselho Policial de demitir sumariamente um agente em estágio probatório. A Suprema Corte critica explicitamente o uso que tradicionalmente se fazia da estrutura binária de atos discricionários ou não discricionários para a definição dos direitos procedimentais cabíveis em cada caso concreto.¹⁰⁴ A principal razão da crítica é precisamente a falha destas categorias formais em aspectos como *a importância da decisão para o indivíduo concernido*. É, ainda uma vez, a ideia de que o tipo ou a intensidade do controle judicial a ser aplicado a uma decisão administrativa dependerá de características substanciais suas. A consequência lógica deste raciocínio é a de que as decisões administrativas deterão, na realidade, *diferentes graus* de liberdade, a depender de sua natureza. A discricionariedade deixa de ser compreendida num estilo *all-or-nothing*, e passa a ser vista como um espectro.¹⁰⁵ Aspectos relativos à natureza de uma decisão administrativa discri-

is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption”.

102. *Roncarelli versus Duplessis*, [1959] SCR 121 at. 133.

103. Sobre a incidência de limitações constitucionais, v. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 72.

104. *Nicholson versus Haldimand-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 SCR 311.

105. Geneviève Cartier, “Keeping a check on discretion”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 270: “The question was

cionária passam a ser relevantes para determinar a intensidade do controle ao qual ela será submetida.

O passo seguinte é o de incluir também aspectos institucionais na análise do controle a ser aplicado – isto é, circunstâncias ligadas às características da *entidade administrativa* que tomou a decisão sobre controle. Isto foi feito no caso *Baker*, em 1999, em que a Suprema Corte decidiu empregar o chamado enfoque “pragmático e funcional” também para as decisões administrativas discricionárias.¹⁰⁶ Acima se viu que este enfoque contextualizado foi criado no caso *Bibeault*, em 1988, no contexto de interpretações legislativas. *Baker* o estende também para as decisões administrativas fora deste âmbito específico, generalizando o enfoque funcional para a determinação da intensidade do controle judicial sobre a ação administrativa.¹⁰⁷

Originária da Jamaica, Baker permaneceu ilegalmente no Canadá por 11 anos, dando à luz quatro filhos canadenses. Enquanto se tratava em centro médico de paranoia esquizofrênica recém-diagnosticada, sua deportação foi ordenada. Alegando que esta ordem a separaria de suas filhas, além de praticamente inviabilizar o tratamento de sua grave doença psiquiátrica, ela tentou beneficiar-se da previsão do art. 114(2) do *Immigration Act*. Este dispositivo permitia ao Ministro da Cidadania e da Imigração isentar algum candidato a residência permanente no Canadá da exigência de fazer a requisição de fora do País, caso entendesse existirem suficientes razões humanitárias ou de compaixão para tanto. O pedido foi negado, e o caso foi levado à Justiça.

first approached through the perspective of a dichotomy between law and discretion: ‘quasi-judicial’ decisions were based on law and therefore legally constrained and controllable; ‘administrative’ (or discretionary) decisions were based on policy and could not be so controlled. Over time, however, the influence of the law/discretion dichotomy was increasingly undermined, to a point where the distinction between decisions based on discretion and those based on law has come to be seen as residing in the degree, not in the nature, of the constraints within which they are made”.

106. *Baker versus Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817.

107. Esta é uma das circunstâncias que faz de *Baker* uma das mais importantes decisões da história do direito administrativo canadense, nas palavras de David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent (“Rethinking the process/substance distinction: *Baker versus Canada*” (2001), 51 *U. T. L. J.* 193, 193). Sobre a revolução aportada por esta decisão no sistema de determinação da intensidade do controle judicial, v., ainda: David J. Mullan, “Establishing the standard of review: the struggle for complexity”, 17 *Canadian Journal of Administrative Law* 59 (2004), p. 64; Lorne Sossin, “Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003) 27 *Advocates’ Q.* 478.

Para determinar a intensidade do controle judicial a ser aplicado sobre esta decisão, a Suprema Corte não se contentou com o argumento de que a lei não previa condições específicas para o exercício da competência administrativa – pelo quê ela seria discricionária, e o controle seria limitado. Afinal, de acordo com a Corte, é mesmo “incorreto falar de uma rígida dicotomia entre decisões discricionárias e não discricionárias”,¹⁰⁸ já que todas as decisões administrativas possuem um grau, maior ou menor, de discricionariedade. Sendo assim, também no caso dos chamados atos discricionários é mais adequado empregar o teste pragmático e funcional para o fim da determinação da intensidade do controle judicial.¹⁰⁹ Foi justamente o que fez a Suprema Corte, sopesando aspectos substanciais e institucionais da decisão sob controle na aplicação dos quatro passos deste teste contextualizado.¹¹⁰

No caso *Suresh*,¹¹¹ em 2002, a Suprema Corte confirmou *Baker*, no sentido de que a intensidade do controle judicial da discricionariedade também é determinada através da análise pragmática e funcional. Havia duas questões sendo discutidas no caso concreto: (i) a de que Suresh, originário do Sri Lanka, constituía uma ameaça à segurança do Canadá; (ii) a de que ele não sofria risco de tortura no seu País caso fosse deportado. A Suprema

108. *Baker versus Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, para. 54: “It is, however, inaccurate to speak of a rigid dichotomy of ‘discretionary’ or ‘non-discretionary’ decisions. Most administrative decisions involve the exercise of implicit discretion in relation to many aspects of decision-making”.

109. *Baker versus Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, para. 55: “The ‘pragmatic and functional’ approach recognizes that standards of review for errors of law are appropriately seen as a spectrum, with certain decisions being entitled to more deference, and others entitled to less (...). In my opinion the standard of review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within this framework, especially given the difficulty in making rigid classifications between discretionary and non-discretionary decisions”.

110. Em *Baker* o modelo de controle judicial a ser aplicável foi o de razoabilidade simples. Isto porque alguns fatores apontavam para a necessidade de deferência (tratava-se de uma questão de fato; o poder de decidir estava nas mãos de um Ministro com considerável discricionariedade) e outros apontavam para a necessidade de um controle mais intenso (ausência de cláusula privativa, decisões individuais e não policêntricas).

111. Suresh era um cidadão do Sri Lanka que havia obtido *status* de refugiado no Canadá. Em 1995 o Ministro da Cidadania e da Imigração valeu-se da competência discricionária que lhe atribuía a Seção 40.1 do *Immigration Act* e declarou que Suresh era uma ameaça à segurança do País, em razão de sua associação a uma organização terrorista no Sri Lanka. Em sua defesa, além de negar constituir ameaça à segurança do Canadá, Suresh argumentou que sofria grave risco de tortura caso fosse deportado. A alegação não convenceu o Ministro, que prosseguiu com o processo de deportação.

Corte aplicou o teste pragmático e funcional a cada uma delas separadamente, embora tenha chegado à conclusão de que ambas deveriam ser controladas sob o modelo bastante deferente da irrazoabilidade manifesta.¹¹²

Esta postura jurisprudencial consolidada importa o fim do enfoque binário e formalista também no que concerne às decisões administrativas tomadas fora do âmbito da interpretação legislativa. Em suma: também nestas hipóteses a Suprema Corte canadense terminou por concluir que a binariedade era insustentável e incapaz de absorver os aspectos substanciais relevantes que poderiam sugerir um modelo de controle judicial específico. A partir de então, não é bastante concluir que uma decisão administrativa é discricionária ou não discricionária para se ter definida a intensidade do controle judicial sobre ela incidente. Esta definição dependerá de uma análise dos múltiplos fatores do teste pragmático e funcional.

1.5.2.1.3 A queda da macroestrutura e a difusão da contextualização

– Uma vez que a intensidade do controle judicial relativo a todas as decisões administrativas passa a depender da aplicação do teste pragmático e funcional, perde muito da sua relevância prática, também, a distinção entre interpretações de lei, de um lado, e atos discricionários e vinculados, de outro. Ainda no caso *Baker*, aliás, a Suprema Corte do Canadá denunciou a artificialidade da separação, na medida em que “a interpretação de regras jurídicas envolve considerável discricionariedade para clarificar, completar lacunas legislativas e fazer escolhas entre várias opções”.¹¹³

1.5.2.2 O caso *Mead* e a evolução da doutrina *Chevron* nos Estados Unidos

É possível sustentar que uma revolução semelhante à canadense tenha tido lugar nos Estados Unidos. Como já afirmado acima, o julgamento do caso *Chevron* permite uma leitura segundo a qual, a partir dele, a definição

112. *Suresh versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 SCR 3, para. 31. Para outras decisões aplicando a racionalidade de *Baker*, v.: *Nainimo (City) versus Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 SCR 342. William Lahey e Diana Ginn relatam que o novo enfoque foi absorvido pelos tribunais inferiores (“After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal”, cit., (2002) 25 *Dal. L. J.* 259, 309).

113. *Baker versus Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, para. 54: “In addition, there is no easy distinction to be made between interpretation and the exercise of discretion; interpreting legal rules involves considerable discretion to clarify, fill in legislative gaps, and make choices among various options”.

da intensidade do controle judicial sobre interpretações legislativas da administração pública estaria submetida exclusivamente a um teste binário: questões em relação às quais a legislação pertinente é ambígua merecem um controle de razoabilidade (deferente); as demais merecem um controle de correção (não deferente). Neste esquema binário não há espaço para outras considerações, nem há espaço para outras formas de controle: ou bem a legislação é ambígua, ou é clara; ou bem se aplicará um controle judicial deferente, ou um controle não deferente.

O fato é que esta regra simples não se sustentou. Aos poucos os tribunais foram se deparando com casos em que, embora a legislação fosse ambígua, a interpretação administrativa para a qual se pedia deferência não havia sido veiculada em procedimentos formais que contribuíssem para sua legitimidade. Deveriam os tribunais deferir, ainda assim? Deveriam os tribunais se ater ao teste binário de *Chevron* e ignorar a circunstância nele não contemplada relativa ao grau de formalidade da interpretação em questão? Nos casos *Christensen* e *Mead*, entre 2000 e 2001, a Suprema Corte deu resposta negativa a estas questões, abandonando o teste binário de *Chevron* em benefício de um enfoque mais complexo.¹¹⁴

A bom rigor, a superação da leitura simples de *Chevron* pela Suprema Corte foi *amplamente* prevista pela doutrina, que apontava a insustentabilidade da aplicação do teste binário a todas as interpretações administrativas. Para além dos casos de inaplicabilidade mais evidentes (interpretações envolvendo questões constitucionais ou a própria competência da autoridade administrativa¹¹⁵), destacou-se a multiplicidade de *formas* por meio das quais as autoridades administrativas interpretam as legislações que administram, sugerindo a implausibilidade de que todas elas mereçam igual deferência judicial.¹¹⁶ Além disso, foi observado que, se entendida como

114. A referência é aos casos *Christensen versus Harris County*, 529 U.S. 576, 586-587 (2000), e *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001). Eles serão objeto de análise mais aprofundada adiante.

115. V. a observação de Alan B. Morrison em debates com outros administrativistas publicados em edição de 1987 da *Administrative Law Review* (in Kenneth W. Starr, Cass R. Sunstein, Richard K. Willard e Alan B. Morrison, “Judicial review of administrative action in a conservative era”, 39 *Admin. L. Rev.* 353, 374 (1987)).

116. Neste sentido, cf.: Robert Anthony, “Which agency interpretations should bind the Courts?”, 7 *Yale J. Reg.* (1990), pp. 121-122; Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, 38 *Admin. L. Rev.* 363, 373 (1986): “First, there are too many different types of circumstances, including different statutes, different kinds of application, different substantive regulatory or administrative problems, and different legal postures in which cases arrive, to allow ‘proper’ judicial attitudes about questions of law to be reduced to any single simple verbal

uma regra *all-or-nothing*, a doutrina *Chevron* ignoraria circunstâncias como a *gradação da clareza da lei* (quão ambígua deve ser uma legislação sobre um tema para desencadear a deferência de *Chevron*?)¹¹⁷ e, mesmo, a *gradação da deferência judicial* (*Chevron* levaria sempre a um dos extremos entre deferência *nenhuma* ou *total*).¹¹⁸

Alguns autores foram além, e chegaram a propor expressamente a adoção de análises contextualizadas para substituir o formalismo de *Chevron*. Estas análises poderiam incluir diferentes fatores como: (i) a real necessidade de expertise técnica na interpretação em questão; (ii) a importância da interpretação para o esquema administrativo-regulatório como um todo; (iii) o papel dos tribunais como guardiões da integridade do sistema jurídico; (iv) o formato através do qual a interpretação da autoridade administrativa foi emitida; (v) por quem (qual autoridade concreta dentro da agência) a interpretação foi emitida; (vi) a consistência histórica desta interpretação (sua tradição); (vii) a motivação que a acompanha; (viii) a necessidade de

formula. Legal questions dealing with agencies come in an almost infinite variety of sizes, shapes and hues. To read *Chevron* as laying down a blanket rule, applicable to all agency interpretations of law, such as ‘always defer to the agency when the statute is silent’, would be seriously overbroad, counterproductive and sometimes senseless”. V. também as interpretações restritivas de *Chevron* sugeridas em Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2093 (1990), e Michael Herz. “Deference running riot: separating interpretation and law-making under *Chevron*”, 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187 (1992). Esta última leitura é bastante próxima da que veio a ser adotada pela Suprema Corte quase uma década depois.

117. Michael Herz, “Deference running riot: separating interpretation and law-making under *Chevron*”, 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187, 204 (1992): “‘How clear is clear?’. If there is an express delegation of legislative authority, this problem does not arise. It is inescapable, however, in deciding whether to proceed to Step Two because the ‘statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue’. Courts should not equate a mere lack of clarity with a delegation of decision-making authority to the agency. Congress is rarely crystal clear, and courts resolve statutory ambiguities all the time”. Em um trecho posterior, Herz chama a atenção a que a ambiguidade pode variar não apenas quantitativamente, mas também *qualitativamente*. Em suma: encontram-se *diferentes formas de ambiguidade legislativa*, e não é claro que se deva atribuir a todas elas a mesma consequência no que concerne à intensidade do controle judicial: “Ambiguity varies not only quantitatively, but qualitatively as well, and it is the qualitative difference that really matters. (...). In sum, Congress might mean to express something but do so ambiguously, or it might be ambiguous because it meant to express nothing. *Chevron*’s Step Two should apply only in the second situation, which is what *Chevron* itself involved” (idem, 207).

118. Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969.

uma solução uniforme no território nacional; (ix) o conteúdo político efetivamente envolvido na interpretação – entre outros.¹¹⁹

O relato a seguir evidencia como estas dificuldades e estes simplismos excessivos apontados pela doutrina foram reconhecidos e enfrentados pela Suprema Corte.

1.5.2.2.1 A (re)leitura de Chevron nos casos Christensen e Mead – No caso *Christensen*¹²⁰ estava em jogo a interpretação de uma lei trabalhista que dispunha sobre a compensação aos empregados por horas extraordinárias trabalhadas. Discutia-se em quais situações as horas extras poderiam ser compensadas com folgas e em quais situações elas deveriam ser pagas. Os acionantes citavam o precedente de *Chevron* e pediam ao Poder Judiciário que deferisse à interpretação do *Department of Labor*, contida em uma carta opinativa. Neste documento a autoridade administrativa firmava o entendimento de que o empregador poderia utilizar-se da compensação com folgas apenas nos casos em que os empregados houvessem concordado com tal prática antecipadamente. Por maioria a Suprema Corte entendeu que a deferência prevista em *Chevron* era inaplicável para interpretações veiculadas em cartas opinativas e não produzidas, *por exemplo*, após procedimento participativo de produção normativa de tipo *notice-and-comment* ou adjudicação formal. Adicionou que interpretações como estas, e aquelas contidas em manuais, declarações de políticas públicas, por exemplo, não mereciam deferência do tipo *Chevron*.¹²¹

O caso *Christensen* foi importante para demonstrar que algumas interpretações das agências estavam fora do domínio de *Chevron*, mas muitas perguntas ficaram sem resposta. Em essencial, ainda havia incerteza rela-

119. Clark Bye, “Judicial review of administrative interpretation of statutes: an analysis of Chevron’s Step Two”, 2 *Admin. L. J.* 255, 260 (1988); William R. Andersen, “Against Chevron – A modest proposal”, 56 *Admin. L. Rev.* 957, 969 (2004); Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, *passim*. Clark Bye reconhece a complexidade e os custos envolvidos na adoção de uma análise contextual com múltiplos fatores, mas observa que ela já está consagrada em outros domínios do direito administrativo (“Judicial review of administrative interpretation of statutes: an analysis of Chevron’s Step Two”, cit., 2 *Admin. L. J.* 255, 266).

120. Cf. *Christensen versus Harris County*, 529 U.S. 576 (2000).

121. *Christensen versus Harris County*, 529 U.S. 576, 586-587 (2000): “Here, however, we confront an interpretation contained in an opinion letter, not one arrived at after, for example, a formal adjudication or notice-and-comment rulemaking. Interpretations such as those in opinion letters – like interpretations contained in policy statements, agency manuals, and enforcement guidelines, all of which lack the force of law – do not warrant Chevron-style deference”.

tiva ao critério específico para aplicar o precedente de *Chevron*. Quais as características que uma interpretação deve ter para gozar desta deferência? Apenas as decisões tomadas em procedimento participativo de produção normativa de tipo *notice-and-comment* e adjudicações formais lhe são merecedoras?

A resposta da Suprema Corte veio alguns meses depois, na decisão do caso *Mead*.¹²² Discutia-se a classificação de um diário pessoal para fins de incidência tributária. Questionava-se a aplicação do precedente de *Chevron* para a interpretação do *US Customs Services* contida em uma “classificação tarifária”. As classificações tarifárias são publicadas e alteradas inúmeras vezes ao ano pelas dezenas de filiais do *US Customs Services*, não possuindo qualquer valor de precedência. A Corte entendeu que esta interpretação administrativa informal estava fora do âmbito de *Chevron*, já que não havia “nenhuma indicação de que ela veiculava exercício de autoridade concedida pelo Congresso para criar regras com força de lei”.¹²³ Assim, a Suprema Corte esclarece que a aplicação de *Chevron* é devida não apenas nas interpretações veiculadas em *notice-and-comment rulemaking* e em adjudicações formais, mas em todas as situações em que se puder identificar “a intenção do Congresso de que a específica interpretação em questão tenha força de lei”. Este é o critério que esclarece a dúvida que tinha ficado em *Christensen*. A Suprema Corte observa que se aplica o precedente de *Chevron* a estas duas instâncias clássicas *precisamente porque* o procedimento que as caracteriza leva a presumir a intenção do Congresso de que elas tenham força de lei.¹²⁴

122. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001).

123. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 231 (2001).

124. Peter M. Shane critica a retórica da Suprema Corte no caso *Mead* e sugere que o que é realmente relevante para a incidência da deferência de *Chevron* é a existência de um *juízo político* (*policy-making*) no bojo da interpretação legislativa contestada em juízo. *Chevron* teria consagrado uma presunção de que, sempre que houvesse uma ambiguidade, sua interpretação daria ensejo a juízos políticos. *Mead* demonstra que este nem sempre é o caso. Às vezes a interpretação contestada envolve questões muito mais pontuais e menos relevantes politicamente. Nestas hipóteses a deferência judicial seria indevida: “Yet, once again, the Court’s puzzling prose should not obscure what seems to be an utterly straightforward result. In deciding whether or not a day timer is a bound diary, the Customs Service was not engaged in anything that we can recognize as actual policy-making. (...). The terminology of the HTSUS does require the Customs Service to make a choice about this, but the competition of values and potential impacts on society that are the hallmarks of a genuine policy question hardly lurk here” (Peter M. Shane, “Ambiguity and policy-making: a cognitive approach to synthesizing *Chevron* and *Mead*”, cit., 16 *Vill. Envtl. L. J.* (Spring 2005), pp. 28-29). A interpretação do professor americano levanta a questão

1.5.2.2.2 A fase preliminar contextualizada (Chevron Step Zero) –

Note que *Mead* reescreve (ou, de acordo com o discurso oficial, *esclarece*) *Chevron*, nele inserindo o que a doutrina americana chamou de “Passo Zero” (*Step Zero*). A partir de *Mead* a aplicabilidade, ou não, do teste binário de *Chevron* depende de uma fase preliminar, em que se examina se o Congresso teve, ou não, intenção de que a interpretação da autoridade administrativa, tal como externada, tivesse força de lei. As hipóteses clássicas de *Chevron* (*notice-and-comment rulemaking* e adjudicação formal) não são as únicas que levam à deferência *Chevron*, são apenas situações em que se pode presumir existente esta intenção do Congresso.

Além desta presunção existente nos casos clássicos de *notice-and-comment rulemaking* e adjudicação formal, a Suprema Corte não deu muitas indicações de que como devem proceder os tribunais para identificar, em dado caso concreto, a intenção do Congresso de que a Administração fale com força de lei. Ao invés disso, pareceu remeter à discricionariedade dos tribunais para coletar os indícios que julgassem idôneos a este fim. Indicou-se apenas a possibilidade de aplicação da deferência a interpretações adotadas em procedimentos “relativamente formais que tendam a promover a equidade e a deliberação”¹²⁵ ou que se assemelhem à atividade legislativa,

da conveniência de embasar a deferência em um gatilho formal (a ambiguidade legislativa), ao invés de fazer os tribunais identificarem *substancialmente os próprios juízos políticos* que justificariam a autorrestrição judicial. Cf. o seguinte trecho: “Rather than ask, is it ‘apparent from the agency’s generally conferred authority and other statutory circumstances that Congress would expect the agency to be able to speak with the force of law when it addresses’ the ambiguity in issue, I would ask whether it is ‘apparent from the agency’s generally conferred authority and other statutory circumstances’ that the ambiguity in question signals an appropriate occasion for the agency to fill the statutory hole by making policy. I would ask, echoing *Chevron*, whether, in interpreting the statute in question, the agency was required to apply its expert judgment and public policy acumen in order to ‘accommodate (...) manifestly competing interests’, and reconcile potentially conflicting values and goals. If that is what is at stake, then courts should defer; if not, then not. This is not because, in cases of genuine administrative policy-making, administrators are anticipated law-makers. Rather, it is because they are hired to make policy. For example, the ambiguity in *Chevron* regarding ‘stationary sources’ was clearly an occasion for administrative policy-making in just this sense. The ambiguity in *Mead* regarding types of stationery was not” (p. 32).

125. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 232 (2001): “It is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when it provides for a relatively formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force. (...). Thus, the overwhelming number of our cases applying *Chevron* deference have reviewed the fruits of notice-and-comment rulemaking or formal adjudication”.

“vinculando partes além daquelas que deles participem”.¹²⁶ Dito de outro modo: os tribunais devem, a partir de *Mead*, levar em conta todos os aspectos da decisão controlada e da legislação pertinente para definir se aplicarão, ou não, o teste de *Chevron*. Em uma emblemática decisão posterior a *Mead*, eis alguns dos critérios que foram levados em consideração: (i) a natureza intersticial da questão jurídica; (ii) a expertise correspondente da agência; (iii) a importância da questão para a administração da legislação pertinente; (iv) a complexidade desta administração; e (v) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo período de tempo.¹²⁷

Na prática, a utilização da ambiguidade legislativa como índice da necessidade de deferência judicial perde muito em relevância, na medida em que passa a ser determinante da intensidade do controle a ser aplicado *apenas nos casos* em que já se terá aplicado previamente um exame contextualizado voltado a identificar a intenção do Congresso de que a Administração fale com força de lei.

1.5.2.2.3 Da simplicidade formalista à complexidade contextualizada – Há mais. A Suprema Corte afirma que nas hipóteses em que não puder ser identificada esta intenção do Congresso de que a administração fale com força de lei – e em que, portanto, não incidir a doutrina *Chevron* –, ainda assim não caberá aos tribunais decidir diretamente a questão. Nestas hipóteses incide a chamada *deferência Skidmore*. Trata-se de referência a um caso decidido pela Suprema Corte em 1944 – décadas antes da decisão de *Chevron*.¹²⁸ Na passagem clássica em que enuncia a chamada “deferência

126. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 232 (2001).

127. *Barnhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002): “The interstitial nature of the legal question, the related expertise of the Agency, the importance of the question to administration of the statute, the complexity of that administration, and the careful consideration the Agency has given the question over a long period of time all indicate that Chevron provides the appropriate legal lens through which to view the legality of the Agency interpretation here at issue”.

128. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944). *Skidmore* também concerne a interpretações legislativas adotadas pelas agências administrativas. Tratava-se de um ação entre duas partes privadas. Bombeiros empregados por uma companhia privada argumentavam que o tempo que passavam em sobreaviso nas dependências da empresa era tempo de trabalho, e deveria ser pago como hora extra. As cortes inferiores concluíram que o tempo de espera, “por definição”, não seria tempo de trabalho. A Suprema Corte entendeu diversamente, e reenviou o caso para as cortes inferiores. Em sua decisão a Corte afirmou que as cortes inferiores deveriam ter considerado atentamente os boletins interpretativos publicados pelo *Wage & Hour Administrator*, que eram contrários ao entendimento do empregador. Divisão do *Department of Labor*, o *Wage & Hour Administrator* não era parte no caso, nem

Skidmore”, a Suprema Corte afirma que os tribunais devem recorrer, para orientação, às autoridades administrativas que detenham experiência no assunto debatido em juízo. E completa: o peso a ser dado à opinião destas autoridades em um caso particular “dependerá do rigor evidenciado em sua análise, da validade do seu raciocínio, da sua coerência com pronunciamentos anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe dão poder de persuadir”.¹²⁹

Como se percebe, a chamada “deferência *Skidmore*” não opera de maneira “tudo ou nada”, mas importa a concessão de um peso gradual à opinião da autoridade administrativa, em função de seus múltiplos aspectos. O conteúdo específico da deferência *Skidmore* e os fatores a serem considerados serão objeto de atenção detida mais à frente. Neste ponto importa apenas demonstrar como a Suprema Corte americana abandonou a simplicidade de *Chevron* em prol de um teste mais complexo para definição da intensidade do controle judicial.

A este ponto parece evidente que o formalismo que parecia ser a tônica de *Chevron* – em função do acento posto na díade ambiguidade/clareza legislativa – dá lugar a um teste bastante contextualizado e complexo. Há de logo um impreciso *Step Zero*, com atenção aos mais variados aspectos da interpretação administrativa, para definir se havia a intenção legislativa de que a autoridade administrativa falasse, na hipótese, com força de lei. Mas, se este não for o caso, há, ainda, a incidência da também imprecisa “deferência *Skidmore*”, cuja intensidade depende, ela também, da atenção aos mais variados aspectos do pronunciamento administrativo judicialmente controlado.¹³⁰

tinha recebido do Congresso o poder de regular com força de lei ou de adjudicar disputas individuais. Mas constituía autoridade administrativa com vasta experiência no assunto objeto da contenda.

129. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944): “We consider that the rulings, interpretations, and opinions of the administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control”.

130. A sobrevida de *Skidmore* pós-*Chevron* também já era prevista pela doutrina. V., por exemplo: Michael Herz, “Deference running riot: separating interpretation and law-making under *Chevron*”, cit., 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187, 203, para quem “a mere lack of clarity is not a delegation and reports of *Skidmore*’s death are greatly exaggerated”.

1.5.2.2.4 A explícita opção da Suprema Corte pela complexidade – A decisão da Suprema Corte no caso *Mead* recebeu contundentes críticas do Ministro Scalia em seu voto de dissenso. Scalia argumenta que a Corte revogou *Chevron*, pondo em seu lugar algo mais confuso e encorajador da litigância. Estas críticas serão mais bem examinadas adiante.¹³¹ Aqui, é suficiente apontar que elas foram respondidas de forma clara pela Suprema Corte, que afirmou *abraçar a complexidade administrativa*. Neste sentido, confirma sua escolha por *tailor deference to variety* – adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la.¹³² Fica clara, assim, a escolha consciente da Suprema Corte americana de abandonar a simplificação do teste de *Chevron* em prol de um procedimento mais complexo de determinação da intensidade do controle judicial da administração pública. A partir de *Mead*, questões trazidas a juízo para as quais já tenha havido um pronunciamento administrativo merecerão sempre *algum grau* de deferência pelos tribunais. Esta deferência terá graus variados, a depender das circunstâncias do caso concreto – e poderá chegar ao grau máximo (deferência *Chevron*) nos casos em que for identificada a intenção legislativa de que a autoridade administrativa fale com força de lei.

* * *

O relato acima constitui poderosa ilustração fática e concreta para o argumento de que a simplicidade das estruturas facilitadoras é insustentável. Estas estruturas cristalizam e veiculam uma ponderação específica dos critérios substanciais estudados na Primeira Parte deste trabalho. Pretendem, então, que a definição da intensidade do controle judicial esteja vinculada a esta ponderação prévia específica – e afastam a relevância de critérios ali não contemplados. Com o tempo, no entanto, esta estrutura tende a mostrar-se progressivamente insuficiente. Como resultado, ou ela é reformada ou abandonada pelos tribunais.

No caso italiano a “estrutura simples” tradicional, que envolvia as categorias formais de discricionariedade e vinculação, mostrou-se inapta para enfrentar situações fáticas em que as entidades administrativas altamente especializadas e institucionalmente bem desenhadas decidiam questões complexas a partir de conceitos jurídicos indeterminados. Embora estas situações não constituíssem exatamente instâncias de “discricionariedade”, tampouco se assemelhavam aos casos clássicos de “vinculação”. A solução encontrada pelo Conselho de Estado foi fugir da estrutura binária tradicio-

131. V. o item 2 deste capítulo, em que se examina a complexidade do Direito Americano pós-*Mead*.

132. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001).

nal, reformá-la, criando a figura das “avaliações técnicas complexas”. A adição de complexidade à estrutura simples (que, reformada, passava de binária para trinária) possibilitava uma melhor adaptação à complexidade administrativa.

O exemplo da insustentabilidade das estruturas simples é ainda mais claro no Canadá e nos Estados Unidos, em que elas foram totalmente abandonadas pelos tribunais, em benefício de um procedimento contextualizado (não formal). No Direito Canadense este movimento se fez presente nos dois domínios clássicos do controle judicial. No âmbito das interpretações legislativas promovidas pelo legislador a Suprema Corte abandonou a teoria formalista da questão jurisdicional para introduzir um teste contextualizado, pragmático e funcional. Ao fazê-lo, afirmou claramente que o teste binário anterior *desviava* a atenção dos tribunais das questões substanciais realmente relevantes para a definição da intensidade do controle judicial. No âmbito das ações administrativas não interpretativas o mesmo teste contextualizado foi introduzido progressivamente, em detrimento do enfoque binário baseado nas ideias de vinculação e discricionariedade.

No Direito Americano a decisão de *Chevron* parecia estabelecer uma estrutura simples de definição da intensidade do controle judicial, baseada na ambiguidade legislativa. De acordo com esta leitura, a intensidade do controle judicial de interpretações legislativas promovidas pela administração pública dependeria sempre da aplicação do teste bifásico apresentado nessa decisão: nos casos em que a legislação fosse ambígua sobre a questão trazida a juízo os tribunais deveriam aplicar um mero controle de razoabilidade/permissibilidade; nos casos em que a legislação fosse clara, então, cabia um teste de correção. Como nos exemplos canadense e italiano, o teste binário não se sustentou. Os tribunais americanos passaram a ser confrontados com situações em que a interpretação administrativa à qual uma das partes pedia deferência judicial fora veiculada em circunstâncias informais. A estrutura binária de *Chevron* não contemplava o fato de que as interpretações legislativas da administração pública podem ser promovidas de diferentes formas. Mas esta circunstância (ignorada no teste bifásico) demonstrou-se relevante: afinal, ainda quando a legislação não trazia uma resposta clara para questão controversa, não era tão claro que o Poder Judiciário deveria deferir para interpretações administrativas veiculadas em meios informais, que não passaram por procedimentos que as legitimariam. O resultado desta reflexão judicial foi a introdução de uma “fase preliminar” (*Step Zero*) no teste de *Chevron*. Esta fase preliminar é composta, em si, de um teste contextualizado e não formal. E, ainda quando não seja o caso de aplicar o teste de *Chevron*, outros regimes deferenciais podem incidir.

As experiências concretas de Itália, Canadá e Estados Unidos, portanto, demonstram a insustentabilidade da estrutura simplificadora objeto deste capítulo. Com o passar do tempo, inexoravelmente, circunstâncias nela não contempladas se mostrarão relevantes para a definição da intensidade do controle judicial – e, então, a estrutura terá que ser reformada ou abandonada pelos tribunais.

2. *A complexa sofisticação dos procedimentos contextualizados*

A partir de agora será examinada a situação em que a intensidade do controle judicial é determinada com base numa análise dos múltiplos aspectos relevantes da específica questão controlada. Como na hipótese anterior, a determinação da intensidade do controle é *descentralizada*, cabendo ao tribunal que atuará em cada caso concreto. No entanto, ele não mais trabalha com conceitos formais ou estruturas dogmáticas facilitadoras. Deve, ao contrário, avaliar diretamente aspectos substanciais da decisão controlada, numa análise complexa e *contextualizada*.

2.1 *O teste pragmático e funcional da jurisprudência canadense*

O procedimento descentralizado e contextualizado para a determinação da intensidade do controle judicial foi adotado gradativamente no Canadá a partir da decisão do caso *CUPE*, em 1979.¹³³ Neste caso a Suprema Corte decidiu abandonar o método anterior, baseado na teoria formalista da questão preliminar. Após alguns “ensaios”, o enfoque contextualizado ganhou seus contornos clássicos em 1998.¹³⁴ Já denominado “teste pragmático e funcional”, passou a envolver quatro fatores fixos: (i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação relativa à autoridade sob controle; (ii) o propósito da autoridade administrativa tal como previsto na legislação que a estabelece; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa em relação à questão sob controle, comparada com a expertise da corte controladora; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa. Até 2008, quando o teste foi relativamente reformado, a tarefa dos tribunais canadenses consistia em proceder ao exame destes quatro fatores, sopesá-los autonomamente e identificar, com base neles, o modelo de controle judicial aplicável.

133. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

134. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982.

2.2 *A análise multifásica dos rapporteurs publics no Direito Francês*

Procedimento semelhante, embora não tão bem sistematizado, é empregado pelos *rapporteurs publics* franceses no momento de suas conclusões, em que sugerem ao Conselho de Estado francês a intensidade do controle da decisão administrativa contestada. Caso superada uma fase preliminar em que se investiga a eventual existência de precedentes jurisprudenciais a este respeito, o *rapporteur public* irá normalmente fundamentar sua sugestão em um balanceamento de fatores (não fixos) como: (i) a liberdade deixada pelo texto normativo à autoridade administrativa (medida da discricionariedade); (ii) a complexidade técnica da decisão controlada; (iii) as consequências fáticas decorrentes do modelo sugerido (por exemplo, o incentivo a novas ações semelhantes ou a sensibilidade institucional de uma intervenção judicial mais intensa); (iv) a relevância jurídica (especialmente no que concerne a direitos fundamentais) da decisão controlada. O procedimento francês será objeto de análise mais detalhada no próximo capítulo.

2.3 *O teste contextualizado americano nos períodos pré-Chevron e pós-Mead*

Finalmente, é possível identificar este procedimento judicial contextualizado para definição da intensidade do controle judicial também em alguns períodos da jurisprudência americana relativa ao controle judicial de interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas. Antes do estabelecimento do teste simplificador de *Chevron*,¹³⁵ em 1984, a intensidade do controle judicial era determinada pelo juiz do caso concreto a partir da ponderação de diversos fatores, embora não se tratasse de fatores fixos e bem definidos, como no caso canadense. Ainda no período anterior a *Chevron* a Suprema Corte valia-se do teste estabelecido em *Skidmore*,¹³⁶ também contextualizado, também pouco sistemático. Finalmente, no caso *Mead*,¹³⁷ em 2001, a Corte promoveu uma releitura de *Chevron* e uma ressurreição de *Skidmore*, reestabelecendo o procedimento contextualizado que perdera a importância em função da simplificação da formulação original de *Chevron*.

* * *

135. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

136. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

137. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001).

O teste contextualizado para a determinação da intensidade do controle judicial tem um objetivo muito interessante: permitir a identificação do tipo de controle mais adequado para cada específica decisão administrativa questionada em juízo.¹³⁸ Para alcançar esta finalidade, ele veicula uma análise institucional comparativa. Pretende-se poroso aos mais variáveis aspectos da questão controlada, para definir, com base nas suas especificidades, a quem deve caber a decisão final sobre ela.¹³⁹ O limite evidente de tão ambicioso projeto é sua praticidade. Considerar cada mínimo aspecto relevante da decisão administrativa e acomodá-lo num teste judicial implica custos, e pode resultar em complexidade excessiva.¹⁴⁰ Neste sentido, é natural a preocupação com sua operacionalidade. A grande questão é como dosar a contextualização de modo a se beneficiar das suas vantagens sem comprometer a operacionalidade do procedimento. Eis o dilema da adoção de um teste contextualizado: até onde se deve encarar a complexidade como positiva e a partir de quando passa ela a ser contraprodutiva?

O relato a seguir leva em conta experiências jurisprudenciais para ilustrar este dilema. Afastou-se da análise o caso francês, em relação ao qual não se identificaram circunstâncias ou evoluções históricas relevantes. Nesta jurisdição a determinação da intensidade do controle judicial sempre foi decidida através deste teste contextualizado. Este fato, no entanto, jamais produziu quaisquer críticas ou questionamentos significativos. Muito diversa é a situação nos casos canadense e americano. Neles o dilema relativo à *gradação* da complexidade foi objeto de debates profícuos. Serão apresentadas e avaliadas as recentes reformas promovidas pela Suprema Corte do Ca-

138. Jeff A. King denomina esta hipótese como *non-doctrinal approach*: “One approach to restraint is to suggest that there should be no doctrine articulated in advance, and that judges should decide upon the appropriate degree of restraint on a case-by-case basis. On this view, restraint may be needed in some cases but we should trust either judges or the existing legal standards to meet this need if and when it arises. The key attribute of this approach is the very broad scope of discretion given to judges. Its chief advantage is judicial flexibility to decide cases in context and on the merits” (“Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 411).

139. Beverly McLachlin, “The roles of administrative tribunals and courts in maintaining the rule of law” (1999) 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 171: “The pragmatic and functional approach does more than simply indicate which questions should be defined as jurisdictional and hence be subject to review on a standard of ‘correctness’. More broadly, it provides a mechanism with which the court can delicately balance its role in maintaining the rule of law with the complementary roles of administrative tribunals”.

140. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 437.

nadá para aumentar a viabilidade prática do procedimento contextualizado adotado neste País (item 2.5). E será visto que, ao tempo em que o Canadá empreendia estas reformas, os Estados Unidos caminhavam na direção inversa, ampliando deliberadamente a complexidade do seu sistema para “adequá-lo à complexidade da administração pública” (item 2.4).

2.4 *A busca americana pela sofisticação: de Chevron a Mead*

O dilema entre precisão e operacionalidade esteve no centro do debate na Suprema Corte americana quando da decisão do caso *Mead*. Como já se afirmou acima, nesta decisão a Suprema Corte restabelece o enfoque contextualizado que fora afastado a partir da adoção do teste de *Chevron*. Em dissenso, o Ministro Scalia criticou a alteração jurisprudencial, mas a maioria da Corte afirmou explicitamente sua “opção pela complexidade” (item 2.4.1). O exame da jurisprudência dos tribunais inferiores pós-*Mead*, no entanto, demonstra que a complexidade aportada pela célebre decisão pode de fato ter sido excessiva (item 2.4.2).

2.4.1 *A explícita opção pela complexidade no caso Mead*

Em *Chevron* a Corte vinculara ambiguidades legislativas e deferência judicial. Nos casos em que a legislação não fosse clara sobre a questão trazida a juízo deveria o Poder Judiciário acatar a interpretação adotada pela autoridade administrativa, exceto quando ela fosse irrazoável. Dezanove anos depois, em *Mead*, a Corte afasta esta simplificação de *Chevron* para afirmar que a deferência judicial seria devida nos casos em que: (i) o Congresso houvesse delegado para a autoridade administrativa o poder de promover interpretações que tivessem “força de lei”; (ii) a autoridade administrativa estivesse fazendo uso de tal poder; e (iii) a interpretação promovida fosse razoável.¹⁴¹ A mais problemática destas condições cumulativas é a primeira, porque não ficaram claros os critérios que deveriam ser usados para identificar esta delegação congressual, e a Suprema Corte pareceu remeter os tribunais inferiores a uma “análise contextualizada” tendente a revelá-la. Finalmente, a Corte afirmou que mesmo nos casos em que não fosse cabível esta deferência forte (de tipo *Chevron*) deveriam, ainda, os tribunais conceder “certo peso” à interpretação da agência – peso, este, cuja medida

141. Cf. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 231-233 (2001).

dependeria também das circunstâncias do caso concreto (deferência de tipo *Skidmore*).¹⁴²

2.4.1.1 A posição crítica do Ministro Scalia: complexidade excessiva

Contrário ao complexo teste que a Corte inaugurava em *Mead*, o Ministro Antonin Scalia qualificou a alteração jurisprudencial como um grande erro, e afirmou que suas consequências seriam “enormes e quase uniformemente negativas”.¹⁴³ Nas suas palavras: “O que antes era uma presunção geral de autoridade das agências para resolver ambiguidades nas legislações que lhes cabia aplicar foi alterado para uma presunção de inexistência desta autoridade, superável [apenas] por uma afirmativa intenção legislativa no sentido contrário. E, enquanto antes, quando não existia a autoridade da agência para solucionar ambiguidades, os tribunais eram livres para dar à legislação o que eles considerassem a sua melhor interpretação, doravante os tribunais devem supostamente dar à interpretação da agência uma quantidade indeterminada da chamada ‘deferência *Skidmore*’”.¹⁴⁴

142. Estas circunstâncias já foram afirmadas na parte anterior deste capítulo, na seção relativa à superação da simplicidade de *Chevron*.

143. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 261 (2001): “I dissent even more vigorously from the reasoning that produces the Court’s judgment, and that makes today’s decision one of the most significant opinions ever rendered by the Court dealing with the judicial review of administrative action. Its consequences will be enormous, and almost uniformly bad”.

144. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 239 (2001): “Today’s opinion makes an avulsive change in judicial review of federal administrative action. Whereas previously a reasonable agency application of an ambiguous statutory provision had to be sustained so long as it represented the agency’s authoritative interpretation, henceforth such an application can be set aside unless ‘it appears that Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law’, as by giving an agency ‘power to engage in adjudication or notice-and-comment rulemaking, or (...) some other [procedure] indicat[ing] comparable congressional intent’, and ‘the agency interpretation claiming deference was promulgated in the exercise of that authority’. (...). What was previously a general presumption of authority in agencies to resolve ambiguity in the statutes they have been authorized to enforce has been changed to a presumption of no such authority, which must be overcome by affirmative legislative intent to the contrary. And whereas previously, when agency authority to resolve ambiguity did not exist the court was free to give the statute what it considered the best interpretation, henceforth the court must supposedly give the agency view some indeterminate amount of so-called *Skidmore* deference. We will be sorting out the consequences of the *Mead* doctrine, which has today replaced the *Chevron* doctrine, for years to come. I would adhere to our established jurisprudence, defer to the reasonable interpretation the Customs

O colapso da simplificação de *Chevron*¹⁴⁵ e a adoção da complexidade através de um teste contextualizado foram assim duramente criticados por Scalia. Também mereceu ácidas críticas a “ressurreição” da doutrina *Skidmore*, chamada ironicamente por Scalia de *th’ol – totality of the circumstances’ test*, que ele caracterizou como o “teste mais desejado pelas cortes que não querem estar limitadas por regras e mais temido pelos litigantes que gostariam de saber o que esperar”.¹⁴⁶ Para o Ministro até “era possível viver com a indeterminação da deferência *Skidmore* antigamente. Mas numa era em que legislações federais administradas por agências federais são disseminadas, e em que as ambiguidades (intencionais ou não) que estas legislações contêm são inúmeras, a deferência *Skidmore* do tipo ‘totalidade das circunstâncias’ é uma receita para incerteza, imprevisibilidade e litigância sem fim”.¹⁴⁷

Service has given to the statute it is charged with enforcing, and reverse the judgment of the Court of Appeals”.

145. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 240 (2001): “Only five years ago, the Court described the Chevron doctrine as follows: ‘We accord deference to agencies under Chevron (...) because of a presumption that Congress, when it left ambiguity in a statute meant for implementation by an agency, understood that the ambiguity would be resolved, first and foremost, by the agency, and desired the agency (rather than the courts) to possess whatever degree of discretion the ambiguity allows’, *Smiley versus Citibank (South Dakota), N. A.*, 517 U.S. 735, 740-741 (1996) (citing *Chevron U.S. A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-844 (1984)). Today the Court collapses this doctrine, announcing instead a presumption that agency discretion does not exist unless the statute, expressly or impliedly, says so”.

146. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 240 (2001): “Once it is determined that Chevron deference is not in order, the uncertainty is not at an end – and indeed is just beginning. Litigants cannot then assume that the statutory question is one for the courts to determine, according to traditional interpretive principles and by their own judicial lights. No, the Court now resurrects, in full force, the pre-Chevron doctrine of Skidmore deference, see *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944), whereby ‘the fair measure of deference to an agency administering its own statute (...) var[ies] with circumstances’, including ‘the degree of the agency’s care, its consistency, formality, and relative expertness, and (...) the persuasiveness of the agency’s position’, ante, at. 8 (footnotes omitted). The Court has largely replaced Chevron, in other words, with that test most beloved by a court unwilling to be held to rules (and most feared by litigants who want to know what to expect): *th’ol’ totality of the circumstances’ test*”.

147. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 250 (2001): “Justice Jackson’s eloquence notwithstanding, the rule of Skidmore deference is an empty truism and a trifling statement of the obvious: a judge should take into account the well-considered views of expert observers. It was possible to live with the indeterminacy of Skidmore deference in earlier times. But in an era when federal statutory law administered by federal agencies is pervasive, and when the

De acordo com Scalia, a complexidade aportada por *Mead* teria as seguintes consequências práticas negativas: (i) confusão para as cortes inferiores, em função da imprecisão das orientações de *Mead*; (ii) um aumento artificial dos procedimentos de produção normativa de tipo *notice-and-comment*, para que as agências pudessem gozar de deferência *Chevron*; (iii) a “ossificação” de grandes porções do direito legislativo; (iv) confusão e insegurança jurídica devidas à ressurreição de *Skidmore*.

2.4.1.2 A resposta da maioria: *tailoring deference to variety*

A forte crítica de Scalia não fica sem resposta da maioria. Há toda uma seção voltada a enfrentá-la. A maioria afirma que subjacente à sua posição estão uma escolha judicial sobre a melhor maneira de enfrentar a grande variedade das leis que investem a administração em discricionariedade e a riqueza de possibilidades em que isso é feito. Embora se aceite a ideia de que o Judiciário deve deferir para ao menos algumas destas ações administrativas, é preciso decidir como tratar o leque de variedades. Diante deste problema, o Ministro Scalia escolheu o caminho da simplificação: apesar da grande quantidade de variações casuísticas, ele escolhe pelo sistema duplo de “*Chevron* ou nada”. Já, a escolha da Corte foi a de *tailor deference to variety* – adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la. “A aceitação deste leque de variações legislativas levou a Corte a reconhecer mais de uma variedade de deferência judicial, assim como a Corte reconheceu uma variedade de indicadores de que o Congresso esperaria a aplicação da deferência do tipo *Chevron*.”¹⁴⁸ Está aí explicitada

ambiguities (intended or unintended) that those statutes contain are innumerable, totality-of-the-circumstances *Skidmore* deference is a recipe for uncertainty, unpredictability, and endless litigation. To condemn a vast body of agency action to that regime (all except rulemaking, formal (and informal?) adjudication, and whatever else might now and then be included within today’s intentionally vague formulation of affirmative congressional intent to delegate is irresponsible”.

148. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001): “Underlying the position we take here, like the position expressed by Justice Scalia in dissent, is a choice about the best way to deal with an inescapable feature of the body of congressional legislation authorizing administrative action. That feature is the great variety of ways in which the laws invest the government’s administrative arms with discretion, and with procedures for exercising it, in giving meaning to acts of Congress. Implementation of a statute may occur in formal adjudication or the choice to defend against judicial challenge; it may occur in a central board or office or in dozens of enforcement agencies dotted across the Country; its institutional law-making may be confined to the resolution of minute detail or extend to

uma “opção pela complexidade”. Diante da sofisticação e da multiplicidade da administração pública, a Corte opta por oferecer um enfoque também sofisticado e também múltiplo.

O fato é que, enquanto a complexidade da administração pública canadense é absorvida pelos tribunais locais através de um teste formal e sistemático (como será visto a seguir), nos Estados Unidos a Suprema Corte ofereceu orientações muito escassas sobre como identificar a tal

legislative rulemaking on matters intentionally left by Congress to be worked out at the agency level. Although we all accept the position that the Judiciary should defer to at least some of this multifarious administrative action, we have to decide how to take account of the great range of its variety. If the primary objective is to simplify the judicial process of giving or withholding deference, then the diversity of statutes authorizing discretionary administrative action must be declared irrelevant or minimized. If, on the other hand, it is simply implausible that Congress intended such a broad range of statutory authority to produce only two varieties of administrative action, demanding either Chevron deference or none at all, then the breadth of the spectrum of possible agency action must be taken into account. Justice Scalia's first priority over the years has been to limit and simplify. The Court's choice has been to tailor deference to variety. This acceptance of the range of statutory variation has led the Court to recognize more than one variety of judicial deference, just as the Court has recognized a variety of indicators that Congress would expect Chevron deference. Our respective choices are repeated today. Justice Scalia would pose the question of deference as an either-or choice. On his view that Chevron rendered Skidmore anachronistic, when courts owe any deference it is Chevron deference that they owe (...). Whether courts do owe deference in a given case turns, for him, on whether the agency action (if reasonable) is 'authoritative' (...). The character of the authoritative derives, in turn, not from breadth of delegation or the agency's procedure in implementing it, but is defined as the 'official' position of an agency (...) and may ultimately be a function of administrative persistence alone (...). The Court, on the other hand, said nothing in Chevron to eliminate Skidmore's recognition of various justifications for deference depending on statutory circumstances and agency action; Chevron was simply a case recognizing that even without express authority to fill a specific statutory gap, circumstances pointing to implicit congressional delegation present a particularly insistent call for deference. Indeed, in holding here that Chevron left Skidmore intact and applicable where statutory circumstances indicate no intent to delegate general authority to make rules with force of law, or where such authority was not invoked, we hold nothing more than we said last Term in response to the particular statutory circumstances in Christensen, to which Justice Scalia then took exception, (...) just as he does again today. We think, in sum, that Justice Scalia's efforts to simplify ultimately run afoul of Congress's indications that different statutes present different reasons for considering respect for the exercise of administrative authority or deference to it. Without being at odds with congressional intent much of the time, we believe that judicial responses to administrative action must continue to differentiate between Chevron and Skidmore, and that continued recognition of Skidmore is necessary for just the reasons Justice Jackson gave when that case was decided”.

delegação legislativa para que a autoridade administrativa fale com força de lei. Se alguma indicação a este respeito pode ser encontrada em *Mead*, ela parece ser a de que a Corte realizou uma valorização procedimental da ação administrativa, talvez como forma de compensar a deferência judicial. Dito de outro modo: a Suprema Corte parece substituir o controle judicial direto pelo reforço procedimental na ação administrativa. Assim, sustentou que a delegação congressual para que a autoridade administrativa falasse com força de lei poderia ser presumida nos casos em que ela utilizasse os procedimentos de adjudicações formais e *notice-and-comment rulemaking*, ambos revestidos de garantias relevantes para os administrados. Nestes dois procedimentos, com efeito, a ação pública é transparente, bem motivada e aberta à participação das partes interessadas.

A Suprema Corte não excluiu que se pudesse identificar a delegação congressual também em outros procedimentos que não a adjudicação formal e o *notice-and-comment rulemaking*. Em relação a estas hipóteses, no entanto, a orientação da Suprema Corte foi bastante escassa. Estabeleceu-se, assim, um “teste contextualizado livre”, em que os aspectos a serem sopesados para identificar a delegação e a intenção congressual de deferência não são claros. Indicou-se apenas a possibilidade de aplicação da deferência a interpretações adotadas em procedimentos “relativamente formais que tendam a promover a equidade e a deliberação”¹⁴⁹ ou que se assemelhem à atividade legislativa, “vinculando partes além daquelas que deles participem”.¹⁵⁰

2.4.2 *O período pós-Mead:* *a confirmação das preocupações de Scalia*

No período posterior à decisão do caso *Mead* a Suprema Corte teve a oportunidade de esclarecer os critérios levados em consideração para a decisão relativa à aplicação, ou não, da deferência judicial. Nestas manifestações, no entanto, não apenas se aportou muito pouco, como se terminou por ampliar a confusão (item 2.4.2.1). As incertezas daí decorrentes puderam ser sentidas na jurisprudência vacilante das cortes inferiores nos últimos anos, que confirmam as preocupações expostas pelo Ministro Scalia (item 2.4.2.2).

2.4.2.1 Os esforços frustrados da Suprema Corte para esclarecer *Mead*

A Suprema Corte pronunciou-se algumas vezes no período pós-*Mead* em tentativas de conceder direcionamentos mais claros a propósito dos

149. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 232 (2001).

150. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 232 (2001).

critérios levados em consideração para a incidência da deferência de tipo *Chevron*.

Tome-se por exemplo o caso *Barnhart*, decidido menos de um ano após *Mead*. Nele se discutia interpretação legislativa informal promovida pela autoridade administrativa responsável pela seguridade social. Afirmando seguir a orientação de *Mead*, a Suprema Corte sustenta que “a aplicação da deferência de tipo *Chevron* depende, em larga medida, do método interpretativo usado e da natureza da questão”.¹⁵¹ Concretamente, no entanto, ao invés de aplicar os critérios estabelecidos em *Mead*, a Suprema Corte terminou citando ainda outros. Assim, para concluir pela adequação da deferência do tipo *Chevron*, fez referência aos seguintes critérios: (i) a natureza intersticial da questão jurídica; (ii) a expertise correspondente da agência; (iii) a importância da questão para a administração da legislação pertinente; (iv) a complexidade desta administração; e (iv) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo período de tempo.¹⁵²

Alguns anos depois, em *Brand X*, o Ministro Stephen Breyer ampliou a confusão ao afetar, com seu voto concordante, um dos únicos (se não o único) pontos que pareciam claros em *Mead*: o de que as interpretações promovidas através do procedimento de produção normativa de tipo *notice-and-comment* mereciam deferência automática. Breyer afirma que a utilização deste procedimento não seria nem necessária nem suficiente para a incidência da deferência de tipo *Chevron*. Que sua utilização não era necessária já ficara claro em *Mead*; por outro lado, a afirmação de que ela não seria *suficiente* contraria a afirmação que a Corte fizera nesta decisão a propósito da possibilidade de presumir a delegação legislativa quando fossem usados tais procedimentos.¹⁵³ Ao explicar quais seriam estes casos em que nem a utilização deste procedimento levaria à incidência da deferência de *Chevron*, o Ministro Breyer fez alusão a “questões jurídicas inabitualmente básicas” (*unusually basic legal questions*), sem fornecer esclarecimentos a propósito do que esta expressão poderia significar.¹⁵⁴

151. *Barnhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002).

152. *Barnhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002).

153. Lê-se, em *Mead* o seguinte trecho: “It is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when it provides for a relatively formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force. (...) Thus, the overwhelming number of our cases applying *Chevron* deference have reviewed the fruits of notice-and-comment rulemaking or formal adjudication” (*United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 232 (2001)).

154. *National Cable & Telecomms. Association versus Brand X Internet Services*, 125 S. Ct. 2688, 2713 (2005).

Finalmente, em *Long Island Care at Home*¹⁵⁵ tratava-se de controle de regulações do *Department of Labor* relativo às condições de trabalho no âmbito dos serviços de *Home Care*. A regra fora emitida como “interpretação”. A Suprema Corte aplicou *Chevron* e entendeu que a regra deveria ser mantida. No julgamento a Corte cita algumas circunstâncias que permitem presumir a intenção de delegação de autoridade pelo Congresso, voltando a adicionar elementos novos: (i) quando a autoridade promulga regras importantes sobre direitos e deveres individuais; (ii) quando a autoridade foca completa e diretamente na questão sob sua competência; (iii) quando a autoridade usa o procedimento completo de *notice-and-comment* para promulgar uma regra; (iv) quando a regra resultante se encaixa na delegação legislativa de autoridade; (v) quando a regra é razoável.¹⁵⁶

Os critérios expostos em *Mead*, *Barnhart* e *Long Island Care at Home* podem até não ser *contraditórios*, mas certamente não são correspondentes. Uma ação administrativa que passa no teste estabelecido pelo primeiro não necessariamente passará nos demais, e vice-versa. Fundamentalmente, a mensagem enviada pela Suprema Corte para os tribunais inferiores é ainda bastante imprecisa.

2.4.2.2 A confusão na jurisprudência das cortes inferiores pós-*Mead*

Em artigo publicado quatro anos após a decisão da Suprema Corte em *Mead*, Lisa Bressman demonstra que a preocupação do Ministro Scalia com a confusão ali criada não era sem fundamento. Através de uma análise das decisões dos tribunais inferiores, Bressman confirma a incerteza gerada pela imprecisão dos critérios que levariam à deferência judicial.¹⁵⁷ A autora reporta que alguns tribunais adotavam critérios próximos aos de *Mead*,¹⁵⁸ outros adotavam critérios inspirados em *Barnhart*¹⁵⁹ e outros simplesmente

155. *Long Island Care at Home, Ltd. versus Coke*, 127 S. Ct. 2339 (2007).

156. *Long Island Care at Home, Ltd. versus Coke*, 127 S. Ct. 2339 (2007), at. 2350-2351.

157. Lisa Bressman, “How *Mead* has muddled judicial review of agency action”, 58 *Vanderbilt Law Review* 1443 (2005).

158. Sob a influência de *Mead*, a existência de um “efeito vinculante” da interpretação em análise é considerado a pedra de toque da deferência de *Chevron* em *Schneider versus Feinberg*, 345 F.3d 135, 144 (2d. Cir. 2003). O critério também é considerado fundamental em *Wilderness Society versus United States Fish & Wildlife Service*, 353 F.3d 1051 (9th. Cir. 2003).

159. Assim, por exemplo, a ênfase que *Barnhart* dera ao critério da *expertise* da autoridade administrativa pode ser vista em: *Schuetz versus Banc One Mortgage Corp.*, 292 F.3d 1004, 1011-13 (9th. Cir. 2002); e *Robert Wood Johnson University*

evitavam aplicar a confusa deferência *Chevron*, recorrendo à formulação de *Skidmore*. Ainda mais problemático, os mesmos tribunais que às vezes adotavam uma orientação posteriormente vinham a seguir outra.¹⁶⁰

Em alguns casos as Cortes inferiores reconheceram as dificuldades do cenário pós-*Mead*. Em uma decisão da Corte do Nono Circuito afirmou-se, ironicamente, que, “após *Mead*, temos certeza de apenas duas coisas sobre o espectro de deferência devido para as decisões das agências: *Chevron* oferece um exemplo de quando a deferência *Chevron* se aplica, e *Mead* oferece um exemplo de quando ela não se aplica”.¹⁶¹ Já, em decisão da Corte do Sétimo Circuito os Juízes Posner e Easterbrook discordaram sobre as orientações da Suprema Corte. Enquanto Posner sugere que a multiplicidade de critérios adotada em *Barnhart* importaria a fusão das deferências de tipo *Chevron* e *Skidmore*, Easterbrook afirma que *Mead* fora claro na distinção existente entre as duas.¹⁶²

A sugestão de Posner ilustra a orientação adotada por alguns tribunais como estratégia para evitar o problema da aplicabilidade de *Chevron*: considerar que *Mead* fundira esta espécie de deferência com *Skidmore*. Assim, em um caso a Corte do Segundo Circuito afirmou que, “em casos como este, em que uma agência que detém alta expertise administra um esquema regulatório largo e complexo em cooperação com outros atores institucionais, os vários possíveis modelos de deferência começam a convergir”.¹⁶³ No caso concreto, a Corte afirmou que a agência merecia “considerável deferência, seja sob *Chevron* ou outra doutrina”.

Embora em ambos os casos a agência administrativa tenha sua interpretação mantida e “vença”, a escolha entre aplicar as deferências de *Chevron* e *Skidmore* não é sem consequências. A própria racionalidade de cada uma destas doutrinas é distinta: enquanto sob *Chevron* a agência é a primeira responsável pela interpretação legislativa (que será mantida, a menos que seja irrazoável), sob *Skidmore* a interpretação cabe em princípio aos tribunais, que apenas levarão em consideração a leitura operada pela

Hospital versus Thompson, 297 F.3d 273, 281-282 (3d. Cir. 2002). Já, o critério da *careful consideration* se nota em *Kruse versus Wells Fargo Home Mortgage, Inc.*, 383 F.3d 49, 61 (2d. Cir. 2004).

160. Lisa Bressman, “How *Mead* has muddled judicial review of agency action”, cit., 58 *Vanderbilt Law Review* 1443, 1446.

161. *Wilderness Society*, 316 F.3d, 922 (9th. Cir. 2003).

162. *Krzalic versus Republic Title Co.*, 314 F.3d 875 (7th. Cir. 2002). V. §§ 877-879 e 882.

163. *Community Health Center versus Wilson-Coker*, 311 F.3d 132, 138 (2d. Cir. 2002).

agência *na medida de sua persuasão*. Do ponto de vista prático, a deferência de tipo *Skidmore* pode implicar uma menor flexibilidade da agência em alterar sua interpretação posteriormente – na medida em que uma específica interpretação já foi adotada pelos tribunais (enquanto sob *Chevron* ela teria sido apenas “aceita como razoável”).¹⁶⁴

* * *

A complexidade inaugurada nos Estados Unidos com o caso *Mead* atinge dois aspectos do sistema de controle judicial: (i) a quantidade de modelos de controle existentes; (ii) o procedimento para determinação do modelo de controle aplicável ao caso concreto.

Um dos aspectos alterados foi a *quantidade de modelos de controle existentes*. Antes de *Mead* os tribunais trabalhavam com uma possibilidade polarizada: ou bem aplicavam um controle regular, ou um controle deferente. No controle regular os tribunais podiam interpretar autonomamente a legislação em questão e anular a interpretação administrativa quando ela não fosse concordante. Era o controle cabível quando não havia ambiguidades legislativas e a intenção do Congresso era clara. Cabia aos tribunais identificar esta intenção clara do Congresso e aplicá-la. A decisão administrativa que destoasse desta vontade clara era anulada. No controle deferente, aplicável nos casos em que a legislação fosse ambígua quanto a alguma questão, não cabia aos tribunais interpretá-la direta e autonomamente. Sua função consistia em avaliar a razoabilidade/permisibilidade da interpretação promovida pela autoridade administrativa a quem havia sido confiada a legislação em questão. *Mead* altera esta lógica bipolar, e inaugura um sistema com um “espectro infinito” de intensidades de controle aplicáveis. Não há mais apenas controle regular e controle deferente: há uma infinidade de modelos de controle, a depender das circunstâncias específicas do caso concreto. Esta é consequência da retomada da chamada “deferência *Skidmore*”. Trata-se de posição complexa, mas admitida pela decisão da Suprema Corte, que faz referência a “mais de uma variedade de deferência judicial”. Este primeiro aspecto alterado por *Mead* será objeto de exame mais profundo na Terceira Parte do trabalho.

O segundo aspecto alterado do sistema de controle judicial foi o *procedimento para determinação do modelo de controle aplicável ao caso concreto*. Antes de *Mead* os tribunais americanos trabalhavam com o sistema formalista e simplificador, que foi objeto de análise no capítulo anterior.

164. Lisa Bressman, “How *Mead* has muddled judicial review of agency action”, cit., 58 *Vanderbilt Law Review* 1443, 1466-1467.

A ambiguidade legislativa era o índice da deferência judicial: se ela existisse, cabia um controle deferente; se ela não existisse, cabia um controle regular. Como já se afirmou, *Mead* supera este procedimento simplificado, e inaugura um sistema contextualizado para a definição do modelo de controle a ser aplicado no caso concreto.

É este segundo aspecto que interessa a esta parte do trabalho. Como demonstrou o relato acima, a explícita “opção pela complexidade” da Suprema Corte americana gerou consequências não negligenciáveis. A ambição pela precisão (isto é, incidência do modelo de controle *mais adequado* às circunstâncias do caso concreto) acabou provocando dificuldades aplicativas nos tribunais inferiores. Disto resultaram incertezas e insegurança jurídica, tal como previsto pelo Ministro Scalia. Além disso, o acréscimo da complexidade do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial termina consumindo parte da atenção e do tempo do juiz numa questão acessória à discussão realmente substancial da validade jurídica da decisão. Ao tema se voltará mais adiante.

2.5 *A evolução canadense em direção à redução da complexidade*

Os Estados Unidos poderiam voltar os olhos ao caso canadense. Precisamente no início deste século, quando a Suprema Corte americana dava estes importantes passos em direção à complexidade, a Corte correspondente canadense começava a repensar esta orientação, iniciando o movimento que culminaria com a reforma simplificadora do seu teste contextualizado.

2.5.1 *O “teste pragmático e funcional” e a motivação da sua reforma*

O Direito Canadense fornece certamente o exemplo mais completo e sofisticado de teste contextualizado para determinação da intensidade do controle judicial. Nesta jurisdição a superação da fase formalista (com a aplicação da teoria da questão jurisdicional) deu ensejo ao chamado “teste pragmático e funcional”. No âmbito deste teste os tribunais ponderavam quatro fatores para a identificação do modelo de controle a ser aplicado sobre ele (item 2.5.1.1). Estes fatores ponderados remetiam às características essenciais da decisão controlada e da instituição que a prolatou, teoricamente permitindo a identificação do modelo de controle judicial mais adequado às circunstâncias do caso concreto. Elogiado pela sua transparência, seu “realismo” e sua adaptação à riqueza institucional da administração pública,

o teste também recebeu fortes críticas por sua complexidade e frágil operacionalidade. Estas críticas levaram a uma importante reforma simplificadora iniciada pela Suprema Corte no caso *Dunsmuir*, em 2008 (item 2.5.1.2).

2.5.1.1 As quatro fases fixas do teste pragmático e funcional

Como se afirmou no item 2.1 deste capítulo, a Suprema Corte canadense superou a fase formalista de sua jurisprudência, baseada na teoria da questão jurisdicional, com o caso *CUPE*, em 1979. Esta superação não deu origem imediata à chamada “análise pragmática e funcional”, teste contextualizado com quatro fatores fixos a serem sopesados pelos tribunais. Nos primeiros anos da década de 1980 aplicava-se um teste ainda não sistematizado e sem fatores fixos. Ao tema se voltará com maiores detalhes no capítulo seguinte. Aqui, é suficiente afirmar que a análise pragmática e funcional foi mencionada pela primeira vez no caso *Bibeault*,¹⁶⁵ em 1988, e ganhou seus contornos clássicos apenas nove anos depois, em *Pushpanathan*.¹⁶⁶

A partir de então, e até a reforma promovida em 2008, a tarefa dos tribunais consistia em proceder ao exame de quatro fatores, um a um, sopesá-los autonomamente e identificar, com base neles, o modelo de controle judicial aplicável. Os fatores eram os seguintes: (i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação relativa à autoridade sob controle; (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa em relação à questão sob controle, comparada com a expertise do tribunal controlador; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa.

2.5.1.1.1 Passo 1: disposições legislativas específicas – A primeira fase do enfoque pragmático e funcional é às vezes rotulada como fase relativa à identificação de cláusulas privativas (disposições legislativas que afastam ou limitam o controle judicial). A rigor, no entanto, ela compreende o exame de quaisquer previsões legislativas relativas ao controle judicial constantes da legislação específica à autoridade administrativa. Enquanto algumas buscam limitar o controle judicial incidente sobre a decisão administrativa, ou-

165. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048.

166. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982.

tras preveem explicitamente o direito de recurso ao Poder Judiciário. Numa terceira hipótese, a legislação específica silencia sobre o assunto.

Se a lei relativa à autoridade administrativa faz referência a um direito de recorrer das suas decisões ao Poder Judiciário (*statutory right of appeal*), há uma tendência à adoção do modelo de controle não deferente, de “correção” (*correctness*). Por outro lado, a existência na legislação específica de uma cláusula privativa (*privative clause*) indica a intenção legislativa de restringir o controle judicial sobre as decisões das agências administrativas. Há diversos tipos de cláusula privativa, que se distinguem pela sua redação. Embora nenhuma delas tenha o efeito de evitar completamente o controle judicial,¹⁶⁷ podem provocar um controle de razoabilidade.¹⁶⁸ Finalmente, o eventual silêncio da legislação específica da agência a propósito do modelo de controle judicial aplicável às suas decisões é em geral considerado uma circunstância neutra. Assim, outros fatores serão examinados para se chegar à intensidade do controle.¹⁶⁹

2.5.1.1.2 Passo 2: o propósito da legislação e da disposição específica – Até a reforma de *Dunsmuir* a segunda fase do teste contextualizado canadense envolvia o “propósito da legislação e da disposição legislativa específica”. Considerava-se importante fazer esta distinção entre propósito geral e propósito específico porque às vezes a finalidade da legislação atrai um modelo de controle mais limitado, mas a específica disposição em questão foge às características do programa regulatório tomado como um todo

167. Cláusula privativa que tentava afastar completamente o controle judicial foi julgada inconstitucional em *Crevier versus Québec*, [1981] 2 SCR 220.

168. No caso *Dayco (Canada) Ltd. versus National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada*, [1993] 2 SCR 230, a Suprema Corte sugeriu que diferentes redações das cláusulas privativas implicariam diferentes graus de deferência: *final and binding upon the parties* seria menos intenso que *final and conclusive for all purposes*. Sarah Blake afirma que são três os tipos diferentes de cláusulas privativas. A menos forte é a que afirma apenas que a decisão das agências é final, conclusiva, vinculativa ou não sujeita a controle (*final, conclusive, binding or not subject to review*). Considerada um pouco mais forte é a cláusula que confere a uma agência “jurisdição exclusiva” para lidar com determinado assunto. Em outros casos o legislador se refere diretamente às cortes, retirando-lhes a possibilidade de impor alguns remédios ou limitando a amplitude do seu controle (*Administrative Law in Canada*, Ontario, LexisNexis, 2006, p. 207).

169. V., no entanto, a discussão no caso *Khosa*, em que o Ministro Rothstein defendeu que o silêncio da legislação específica deveria ter como consequência a aplicação do dispositivo genérico do *Federal Courts Act* que previa, segundo sua interpretação, o controle de correção (em *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339). O tema é tratado de forma mais extensa no próximo capítulo.

– e, portanto, não haveria razão para a deferência. Sob a perspectiva mais genérica, a jurisprudência costumava examinar se o papel que a legislação comete à autoridade se assemelha ou difere do papel tradicional cumprido pelos tribunais.¹⁷⁰ Assim, quando a finalidade da lei é a proteção de grupos vulneráveis, a tendência é por um controle não deferente, porque este é o papel habitual dos tribunais. Por outro lado, esquemas administrativos complexos, que requerem o balanceamento de interesses conflitantes e o interesse público, são tradicionalmente razões de deferência.¹⁷¹ Isto porque eles estabelecem uma agência com competências diferentes daquelas usualmente desempenhadas pelos tribunais.¹⁷² Estas questões que envolvem ponderação de interesses são chamadas pela jurisprudência de “policêntricas”.¹⁷³

Em *Southam* (1997), caso que tratava de contestação a decisão da autoridade antitruste, a Suprema Corte fez declaração relevante no exame do fator relativo ao “propósito da legislação”. Observou que o propósito do *Competition Act* era mais econômico do que estritamente jurídico, e este propósito poderia ser mais bem entendido por homens de negócio e economistas do que por juízes.¹⁷⁴ Para avaliar a intenção legislativa no que

170. *Barrie Public Utilities*. V. também *Baker versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999], para. 60, falando de controle mitigado nos casos em que “decision relates directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them”.

171. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 36: “Where the purposes of the statute and of the decision-maker are conceived not primarily in terms of establishing rights as between parties, or as entitlements, but rather as a delicate balancing between different constituencies, then the appropriateness of court supervision diminishes. (...). These considerations are all specific articulations of the broad principle of ‘polycentricity’ well known to academic commentators who suggest that it provides the best rationale for judicial deference to non-judicial agencies. (...) While judicial procedure is premised on a bipolar opposition of parties, interests, and factual discovery, some problems require the consideration of numerous interests simultaneously, and the promulgation of solutions which concurrently balance benefits and costs for many different parties. Where an administrative structure more closely resembles this model, courts will exercise restraint. The polycentricity principle is a helpful way of understanding the variety of criteria developed under the rubric of the ‘statutory purpose’.

172. *Monsanto Canada Inc. versus Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 SCR 152, at. 203; *Dr. Q versus College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 SCR 226, at. 612.

173. Sobre o tema, v. o Capítulo I da Primeira Parte.

174. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 48-49: “The aims of the Act are more ‘economic’ than

concerne à questão referente a qual instituição deve decidir sobre casos de direito da concorrência, a Suprema Corte examinou a composição da autoridade da concorrência. Observou que ela era composta por não mais do que quatro membros do Judiciário e não mais do que oito membros leigos em Direito, nomeados por um Conselho composto por pessoas versadas em outras áreas, como Economia, Indústria e Comércio. A Suprema Corte entendeu que a preponderância de membros leigos em Direito refletia o julgamento do Parlamento no sentido de que, para o objetivo de administrar e aplicar a legislação antitruste, a expertise comercial e econômica é mais relevante e desejável do que a expertise jurídica. Isto indicaria necessidade de deferência.¹⁷⁵

Nesta fase do teste pragmático e funcional as Cortes costumavam, ainda, identificar uma tendência a um controle limitado no caso de leis que conferem à autoridade administrativa discricionariedade para tomar decisões visando ao interesse público. Em *Pushpanathan* a Corte observou que a autoridade administrativa que emitira a decisão contestada não possuía largos poderes de “administração” da legislação de imigração, nem era responsável pela evolução das políticas públicas a ela relativas.¹⁷⁶ Além disso, se a lei pede decisões rápidas, esta é também uma razão que atrai controle menos restrito, porque a intervenção judicial pode causar delongas.¹⁷⁷

2.5.1.1.3 Passo 3: a expertise comparada da autoridade administrativa – O terceiro passo do enfoque pragmático e funcional correspondia ao exame da expertise da autoridade controlada. Em *Pushpanathan* a Suprema Corte fez menção às três dimensões sob as quais a expertise da autoridade deve ser avaliada. O tribunal responsável pelo controle judicial deve:

they are strictly ‘legal’. The ‘efficiency and adaptability of the Canadian economy’ and the relationships among Canadian companies and their foreign competitors are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge. (...). Because an appellate court is likely to encounter difficulties in understanding the economic and commercial ramifications of the Tribunal’s decisions and consequently to be less able to secure the fulfilment of the purpose of the Competition Act than is the Competition Tribunal, the natural inference is that the purpose of the Act is better served by appellate deference to the Tribunal’s decisions”.

175. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 51.

176. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 48.

177. *Starson versus Swayze*, [2003] SCJ 33, 225 DLR (4th.) 385 at. 417.

(i) identificar e caracterizar a expertise detida pela agência;¹⁷⁸ (ii) comparar sua própria expertise em relação à da agência; (iii) identificar a natureza da questão específica decidida pela agência em confronto com sua expertise.¹⁷⁹

Em relação à “natureza da expertise” detida pela autoridade, a Suprema Corte observa que ela não corresponde sempre à detenção de conhecimento especializado. A expertise pode consistir também na adoção de um procedimento específico ou na forma não judicial de implementar a legislação relevante (por exemplo, o policentrismo). Isso é explicável se a questão for vista sob o ângulo comparativo, de que se falou acima e sob a perspectiva do Poder Judiciário: o juiz é mais especializado na aplicação de um procedimento judicial.¹⁸⁰ Além disso, vários fatores são considerados para determinar a expertise de uma agência. A agência cujo papel único é aplicar o Direito a fatos ou resolver disputas entre partes é considerada detentora de menos expertise diferenciada do que a agência que desenvolve políticas públicas.¹⁸¹ Uma agência que tem farta jurisprudência que a ajuda nas decisões futuras é considerada dona de grande expertise.¹⁸² A expertise pode resultar, ainda, da sensibilidade contextual (*contextual sensitivity*) do tomador da decisão.¹⁸³

As outras duas dimensões da avaliação da expertise demonstram que ela deve ser tomada concretamente e utilizada como fator de comparação. Assim, a específica expertise detida pela autoridade deve ser comparada

178. Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 215: “In terms of broad expertise, bodies that deal with economic, financial, or technical matters seem to sit at the apex. Members of securities commissions, international trade tribunals, telecommunications bodies etc. have all been recognized by the court as possessing experience, expertise, and specialized knowledge that courts lack”.

179. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 33.

180. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 32.

181. *Monsanto Canada Inc. versus Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 SCR 152 at. 202.

182. *Canada (Attorney General) versus Mossop*, [1993] 1 SCR 554, para. 69; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227, at. 235-236.

183. Assim, foi afirmado em *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 69: “That is, even a body made up of ‘non-specialists’ may develop a certain ‘field-sensitivity’ where that body is in a position of proximity to the community and its needs. Where the question is one that requires a familiarity with and understanding of the context, there is a stronger argument that a higher degree of deference may be appropriate”.

com aquela detida pelo juiz. Esta avaliação deve ser feita em relação à decisão particular em questão – e não em abstrato. É possível que a autoridade administrativa seja bastante especializada mas que a decisão em questão não dependa ou não tenha se valido desta experiência. Neste sentido, a expertise é um “conceito relativo”.¹⁸⁴ As cortes, evidentemente, têm maior expertise nas questões que puderem ser consideradas “puramente jurídicas” – em especial, a interpretação da lei e da jurisprudência.¹⁸⁵ Também têm expertise superior em questões relativas a direitos humanos ou fundamentais.¹⁸⁶

2.5.1.1.4 Passo 4: a natureza da questão – O quarto e último passo do teste aplicado pela Suprema Corte tem a ver com a natureza da questão específica decidida pela autoridade administrativa e objeto do controle. Junto com a fase relativa à expertise, sempre foi considerado o fator mais importante do teste multifásico. Após *Dunsmuir* esta importância pode ter-se intensificado (v. próximo item).

Quando a questão concerne aos limites de jurisdição da autoridade, há sempre a atração do modelo de correção. Quando se trata de puras questões de direito há uma tendência à adoção do modelo de correção. Assim se dá com as questões de pura interpretação de lei, por exemplo, ou questões em geral com potencial para criar precedentes. Na verdade, a atração do modelo de correção é mais evidente quando se trata de uma “questão jurídica genérica”. Estas questões incluem, por exemplo, a interpretação de direitos constitucionais e outras leis que não a lei que estabelece a autoridade.¹⁸⁷

184. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 33. V., ainda: *Dr. Q versus College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 SCR 226, para. 28.

185. *Barrier Public Utilities versus Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 SCR 476; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) versus Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 SCR 100; *Toronto (City) versus Canadian Union of Public Employees, Local 79*, [2003] 3 SCR 77.

186. *Chamberlain versus Surrey District School Board N. 36*, [2002] 4 SCR 710, at. 169-170.

187. *Dr. Q versus College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 SCR 226, para. 34: “When the finding being reviewed is one of pure fact, this factor will militate in favour of showing more deference towards the tribunal’s decision. Conversely, an issue of pure law counsels in favour of a more searching review. This is particularly so where the decision will be one of general importance or great precedential value (...). Finally, with respect to questions of mixed fact and law, this factor will call for more deference if the question is fact-intensive, and less deference if it is law-intensive”.

No caso *Bibeault* também foi aplicado o modelo de correção, especialmente por se ter entendido que a questão sob controle era a interpretação de um termo jurídico genérico (alienação ou alteração do operador). A Suprema Corte chegou a repreender a autoridade administrativa por ter interpretado estes termos de forma “não jurídica” e, mesmo, “incomum”.¹⁸⁸

Se a questão jurídica for “específica”, pode estar sob a expertise da autoridade e demandar um controle de razoabilidade. Quando a interpretação da lei exige expertise técnica especial, há uma tendência à adoção do modelo de razoabilidade. Assim se deu no caso *Pezim*, em que se considerou que a interpretação de “mudança material”, no contexto da regulação do mercado financeiro, exigia conhecimento técnico específico.¹⁸⁹

Outra questão que recebe grande deferência são os *findings of fact*, especialmente quando baseados na credibilidade das testemunhas que estiveram perante a agência – aspecto que considera que o depoimento pode ser melhor avaliado pela autoridade administrativa.¹⁹⁰

Quando a questão não é exatamente sobre fatos, mas sobre inferências feitas a partir de fatos, a atração da deferência é atenuada. Questões que misturam fato e direito recebem menor deferência.¹⁹¹ Para a identificação de uma questão de fato ou de direito usa-se o critério do valor de precedên-

188. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 138-139. Sobre este caso, v. o item 1.2.1.1.1 do Capítulo II da Primeira Parte.

189. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 76: “It must also be noted that the definitions in the Securities Act exist in a factual or regulatory context. They are part of the larger regulatory framework discussed above. They are not to be analyzed in isolation but rather in their regulatory context. This is something that requires expertise and thus falls within the jurisdiction of the Commission. This is yet another basis for curial deference”. Também em *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 37, a Suprema Corte observa que mesmo questões de direito podem merecer deferência se se enquadrarem no núcleo da expertise de autoridades administrativas: “As mentioned above, even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors of the pragmatic and functional analysis suggest that such deference is the legislative intention, as this Court found to be the case in *Pasiechnyk*, *supra*. Where, however, other factors leave that intention ambiguous, courts should be less deferential of decisions which are pure determinations of law”.

190. V. o caso *Housen versus Nikolaisen*, [2002] 2 SCR 235, para. 15-18. Em um caso em que os testemunhos foram dados por escrito considerou-se que não havia razão para esta atração de deferência (cf. *Gould versus Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 SCR 571, para 4).

191. *Canada versus Southam; Harvard College versus Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] SCJ 77, 219 DLR (4th.) 577 at. 635.

cia. Uma questão que tende a criar precedente tende a ser considerada uma questão de direito.¹⁹²

No caso de questões relacionadas a direitos humanos, consideradas jurídicas por excelência, há uma tendência à incidência do modelo de controle de correção, já que as cortes estão adaptadas a resolvê-las. Assim, em *Pushpanathan* a Corte observa que o *Refugee Board* não tem expertise específica na questão sob exame, uma questão jurídica, de interpretação legislativa, sobre direitos humanos.¹⁹³ Cinco anos antes a mesma orientação já havia sido adotada no caso *Mossop*.¹⁹⁴

2.5.1.2 O caso *Dunsmuir*: o anúncio da reforma simplificadora

Inaugurado a partir da superação de uma tradição formalista, o enfoque “pragmático e funcional” mereceu grandes elogios em função do seu “realismo”, da sua adaptação à complexidade da administração pública e da transparência que conferia ao procedimento de determinação, pelos tribunais, da intensidade do controle judicial sobre as decisões da administração pública. Ao lado destas menções elogiosas, no entanto, sempre se postraram críticas à complexidade do modelo.¹⁹⁵ O enfoque contextualiza-

192. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 36: “To some extent, then, the question resembled one of mixed law and fact. But the question was one of law, in part because the words in question were present in a statutory provision and questions of statutory interpretation are generally questions of law, but also because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future: the argument was about kinds of information and not merely about the particular information that was at issue in that case. The rule on which the British Columbia Securities Commission seemed to rely – that newly acquired information about the value of assets can constitute a material change – was a matter of law, because it had the potential to apply widely to many cases”.

193. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982.

194. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554.

195. Laverne Jacobs, “Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of *Dunsmuir*”, *Supreme Court Law Review* 43(2d)/1-34, 2008, p. 8: “Almost since the inception of the pragmatic and functional approach, the legal community has bemoaned its problems. Criticism has been sounded by judges, lawyers and academics alike. The problems identified with the pragmatic and functional approach have crystallized into forces leading to the change adopted by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir*. The challenges with the approach are of two main types. Practical problems dealing with the nature and application of the three standards have been identified as well as theoretical questions relating to the appropriate relationship between courts and delegated decision-makers”.

do era acusado de ser pouco prático,¹⁹⁶ excessivamente técnico,¹⁹⁷ custoso e demorado. Afirmava-se, ainda, que ele desviava a atenção dos juizes da questão essencial (o controle judicial em si) para uma questão secundária (a intensidade deste controle).

A Suprema Corte foi se mostrando progressivamente sensível a estas críticas a partir do início da década passada.¹⁹⁸ Esta progressão culminou com a reforma explícita do sistema no caso *Dunsmuir*, julgado em 2008. Em seu voto, a Ministra Deschamps lamentava como “o processo de responder a esta questão preliminar [*relativa à intensidade do controle a ser aplicado*] se tornou mais complexo do que a determinação das questões substantivas que a Corte é chamada a resolver”.¹⁹⁹ A Corte reconhece que do período pré-CUPE²⁰⁰ até então a jurisprudência passara de um teste altamente formalista, artificial e facilmente manipulável (a teoria da questão preliminar) para um substituto bastante flexível, mas pouco previsível. E completa: “O que é necessário é um teste que ofereça alguns direcionamentos, não seja formalista ou artificial, e permita controle onde a Justiça o requer, mas não em outros casos. Um teste mais simples é necessário”.²⁰¹

196. A despeito disso, após pesquisa empírica, William Lahey e Diana Ginn concluíram que, apesar de suas complexidades, o teste pragmático e funcional parecia bem assimilado pelos tribunais inferiores (“After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), 25 *Dal. L. J.* 259, 270-271).

197. Deborah K. Lovett, “That enigmatic curial deference and the continuing and most curious search for legislative intent – What to do, what to do?” (2004), 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 207, p. 216: “Although the Supreme Court of Canada said in Ryan that the pragmatic and functional approach should not be ‘unworkable or highly technical’ many believe that it is just that and that the type of ‘complex and technical debates’ at the outset of each court proceeding the Court hoped would be avoided are the norm, rather than the exception”.

198. V., por exemplo, o manifesto do Ministro LeBel no caso *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77.

199. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, dissenso, voto de J. Deschamps, para. 160.

200. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

201. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 43: “The Court has moved from a highly formalistic, artificial ‘jurisdiction’ test that could easily be manipulated, to a highly contextual ‘functional’ test that provides great flexibility but little real on-the-ground guidance, and offers too many standards of review. What is needed is a test that offers guidance, is not formalistic or artificial, and permits review where justice requires it, but not otherwise. A simpler test is needed”.

Em outra passagem a Corte qualifica o procedimento desejável como “coerente e funcional” (*coherent and workable*).²⁰² O teste é ainda caracterizado como “simples e funcional” em artigo doutrinário publicado por um dos ministros responsáveis pela reforma – que reconhece, ainda, o desejo de retirar o foco da definição da intensidade do controle judicial, para focar o próprio controle.²⁰³

2.5.2 Os aspectos da reforma para redução da complexidade

A reforma operada em *Dunsmuir* importou diversas alterações no procedimento para definição da intensidade do controle a ser aplicável. A primeira e menos significativa alteração promovida diz respeito ao nome do teste, que passa de “enfoque pragmático e funcional” (*pragmatic and functional approach*) para, simplesmente, “análise do modelo de controle” (*standard of review analysis*). A Suprema Corte não oferece longas razões para a alteração, limitando-se a afirmar que a denominação anterior “talvez tenha confundido tribunais”.²⁰⁴

Outra alteração denominativa pode ter consequências um pouco mais relevantes, mas isto ainda não é totalmente claro. A fase do teste contextualizado relativa ao “propósito geral da legislação e da disposição legislativa em específico” foi substituída por uma análise sobre o “propósito da autoridade administrativa, de acordo com a interpretação da legislação relevante”. A Corte não deu maiores detalhes ou explicações sobre a nova denominação da fase, nem fez menção de que houve de fato alguma alteração substantiva. Nos casos que se seguiram à reforma a jurisprudência tem aplicado as mesmas considerações anteriores.

Para além destas alterações denominativas, dois outros aportes são particularmente relevantes, por veicularem um esforço de simplificação

202. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 32: “Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable”.

203. Michel Bastarache, “Modernizing judicial review”, (2009) 22 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 227, p. 237: “In writing *Dunsmuir*, we set out to create a simpler and more coherent framework. That being said, I acknowledge that some complexities will remain. The modern regulatory state is vast and necessarily requires a huge variety of decisions. We have nevertheless tried to eliminate some of the emphasis on legal arguments related to standard of review and put the focus back on the impugned decision itself. Time will show whether this has been successful”.

204. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 63.

do teste contextualizado. São eles: a criação de uma fase prévia à análise contextualizada e o abandono do caráter fixo de cada uma de suas fases (item 2.5.2.1). De todo modo, a Suprema Corte perdeu a oportunidade de promover mudanças mais drásticas. Importantes alterações adicionais foram propostas por alguns ministros, mas não receberam a acolhida da maioria (item 2.5.2.2).

2.5.2.1 A simplificação promovida: a fase preliminar e o abandono do *iter* fixo

A mudança mais significativa é, sem dúvida, a inserção de uma fase preliminar ao teste contextual. Esta fase consiste no exame da jurisprudência, para identificar se já houve decisões anteriores que determinaram o modelo de controle a ser adotado para o tipo específico de questão trazida a juízo. Nesta hipótese, nenhuma análise posterior é devida: basta usar o modelo de controle já identificado previamente. Caso este exame da jurisprudência se mostre infrutífero e o modelo de controle não tenha sido já determinado, então, a Corte passará para o segundo passo, que consiste na aplicação de um teste multifásico muito próximo ao anterior enfoque pragmático e funcional.²⁰⁵

A introdução desta fase preliminar voltada à análise da jurisprudência é salutar, na medida em que evita a repetição de análises já realizadas. Estudos empíricos demonstram a efetividade do mecanismo. Um exame das decisões das cortes inferiores no período de um ano após *Dunsmuir* apontou que cerca de 40% dos casos foram definidos nesta fase preliminar, em adoção de manifestação jurisprudencial anterior.²⁰⁶ A jurisprudência dos tribunais inferiores no período posterior a *Dunsmuir*, no entanto, revelou uma difi-

205. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 62. Esta fase preliminar, antes oficialmente inexistente, fora informalmente adotada em alguns casos anteriores. Cf., por exemplo, *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, onde a Suprema Corte examinou se o o modelo de controle aplicável ao *Refugee Board* já havia sido estabelecido em casos anteriores. A Corte, então, identifica uma determinação anterior do modelo de controle como sendo de manifesta irrazoabilidade. Curiosamente, no entanto, não aplica este modelo, e, após a aplicação do enfoque pragmático e funcional, chega à conclusão de que o modelo adequado é o de correção. Em pesquisa empírica realizada perante os tribunais inferiores, William Lahey e Diana Ginn relatam que esta fase jurisprudencial já era aplicada em cerca de 10% dos casos (“After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), cit., 25 *Dal. L. J.* 259, 273).

206. Gerald Heckman, “Substantive review in appellate courts since *Dunsmuir*” (2009), 47 *Osgoode Hall L. J.* 751, p. 766.

culdade prática importante: como interpretar a expressão “tipo específico de questão trazida a juízo” (*particular category of question*), sob a qual se deve analisar a jurisprudência?²⁰⁷ A compreensão ampla ou restrita desta expressão pode ser decisiva na identificação da existência de manifestação jurisprudencial anterior.²⁰⁸ A questão gerou polêmica na própria Suprema Corte, no caso *Proprio*.²⁰⁹

Além da fase jurisprudencial preliminar, a reforma de *Dunsmuir* também promoveu o abandono do caráter fixo de cada uma das fases. A partir desta decisão os tribunais não são mais obrigados a repassá-las mecânica e automaticamente. Em *Khosa*,²¹⁰ caso que consolidou e desenvolveu a reforma promovida por *Dunsmuir*, a Suprema Corte foi explícita neste sentido: “Nem todos os fatores serão relevantes para todos os casos. Um enfoque contextualizado é exigido. Os fatores não precisam ser tomados como um

207. Laverne Jacobs, “Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of *Dunsmuir*”, cit., *Supreme Court Law Review* 43(2d)/1-34, p. 30.

208. Gerald Heckman, “Substantive review in appellate courts since *Dunsmuir*” (2009), cit., 47 *Osgoode Hall L. J.* 751, p. 760: “When will it be appropriate for a reviewing court to eschew a full standard of review analysis in favour of following judicial precedent that has ‘determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question?’ Much depends on the scope of the concept of the ‘particular category of question’. Limiting it to the narrow issue in the case at bar makes it less likely that prior case law will have determined the appropriate standard of review. Extending it to ‘large, classic labels’ of ‘question of law’ or ‘mixed question of fact and law’ under a particular statutory regime could sweep ‘a wide variety of issues into a single standard, without analysis of the expertise of the decision-maker and the administrative decision-making context’”.

209. *Association des Courtiers et Agents Immobiliers du Québec versus Proprio Direct Inc.*, [2008] 2 SCR 195.

210. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339. Khosa era um imigrante indiano no Canadá. Dirigindo em alta velocidade com um amigo, terminou causando a morte de uma pessoa, sendo condenado criminalmente. Teve, então, deportação ordenada, e requisitou à *Immigration Appeal Division*/IAD a permanência no Canadá por razões humanitárias e de compaixão. A IAD, por maioria, negou o pedido, entendendo que não havia razões humanitárias e de compaixão suficientes no caso. Khosa recorreu desta decisão ao Poder Judiciário. Em primeira instância, entendendo aplicável o modelo de controle de razoabilidade manifesta, o Juiz Revisor negou a reforma da decisão. A seu turno, a Corte Federal de Apelação, por maioria, entendeu aplicável o modelo de razoabilidade e proveu o recurso, reformando a decisão da IAD. Entendeu a maioria que a IAD se ativera com o fato de que a morte teria sido causada por “racha”, fato negado por Khosa. Recurso do Ministro levou o caso à Suprema Corte, que restaurou a decisão da IAD. Já atuando pós-unificação de modelos de razoabilidade ocorrida em *Dunsmuir*, a Suprema Corte entendeu aplicável o modelo de razoabilidade.

item de uma *checklist* de critérios que precisam ser individualmente analisados, categorizados e balanceados em cada caso para determinar se a deferência judicial é apropriada ou não. O que se exige é uma avaliação geral”.²¹¹

A alteração é questionável. Como já se afirmou acima, o estabelecimento de um *iter* claro e fixo a ser seguido pelos tribunais possuía dois méritos importantes: (i) forçava-os a percorrer um caminho teórico previamente trabalhado, que supostamente conduziria ao resultado mais adequado; (ii) exigia que eles se reportassem a questões importantes, que terminavam por funcionar como itens de justificação da decisão judicial a propósito da extensão de seus próprios poderes revisionais. Um mérito, portanto, está ligado à *qualidade* da avaliação a ser promovida pelo tribunal; o outro mérito vincula-se a controlar os poderes do juiz e lançar luz sobre seu exercício. É no mínimo incerto que os ganhos em simplicidade aportados pela “avaliação geral” superarão as perdas na transparência da atividade judicial e na própria qualidade da decisão adotada. Ao tema se retornará no próximo capítulo.

2.5.2.2 A simplificação frustrada: as propostas recusadas pela maioria

A concepção de que nem todas as fases do teste contextualizado serão sempre necessárias sugere a existência de uma hierarquia entre elas. Ora, se uma das fases pode ser definitiva em determinado caso é porque as eventuais indicações em sentido contrário provenientes das demais não seriam suficientes para fazer-lhe face. A Suprema Corte, no entanto, ao menos explicitamente, evitou conferir esta primazia a uma das fases. A afirmação de que um dos fatores pode ser determinante é escassamente desenvolvida.

A concessão de pesos às fases poderia ajudar a tornar mais clara a resolução de conflitos entre indicações em sentidos conflitantes – algo que é particularmente desejável, na medida em que *Dunsmuir* fundiu os dois modelos de razoabilidade em um único. Não existindo mais um modelo de intensidade intermediária, elimina-se este refúgio judicial para as hipóteses de existência de indicações contextualizadas tanto no sentido de um controle intenso como no sentido de um controle deferente.²¹²

Em alguns trechos da decisão parece haver sugestões de que questões de fato, discricionariedade ou política pública seriam determinantes na aplicação do controle de razoabilidade.²¹³ Para outras questões, mais jurídicas

211. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 54.

212. Sobre o tema, v. o Capítulo I da Terceira Parte.

213. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 53.

e genéricas, também parece ser sugerido que há uma aplicação automática, mas do modelo de correção. Assim se passa com: (i) questões jurídicas “gerais”; (ii) questões jurídicas “importantes para o sistema jurídico como um todo” e que constituam o núcleo da administração da Justiça (como a coisa julgada); (iii) questões jurídicas fora da área de expertise da autoridade; (iv) questões relativas a conflito de competência entre autoridades administrativas.²¹⁴ Estas considerações, no entanto, não se traduzem numa oficial admissão da maior relevância da fase relativa à natureza da questão. Tal primazia até foi proposta pela Ministra Deschamps – que chegou a defender que “muito pouco precisa ser feito para além desta análise”²¹⁵ –, mas não foi expressamente adotada pela maioria.

Por sua vez, o Ministro Binnie propôs que a eventual existência de uma cláusula privativa não deveria ser interpretada como um “mero fator”, como qualquer outro, do teste contextualizado. Ao invés disso, deveria implicar a presunção de um controle substancial limitado, a menos que a parte interessada na aplicação de um controle judicial mais intenso “pudesse demonstrar que a cláusula, adequadamente interpretada, o permite”.²¹⁶ A importância da fase relativa à declaração legislativa expressa sobre a intensidade do controle voltou a ser discutida – mais longamente – no caso *Khosa*. Uma das questões mais importantes do caso é sobre o procedimento para identificar o modelo de controle que deveria ser aplicado. A maioria aplicou a *standard*

214. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 60-61.

215. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, voto de J. Deschamps, para. 158: “The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes. This area of the law can be simplified by examining the substance of the work courts are called upon to do when reviewing any case, whether it be in the context of administrative or of appellate review. Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body”.

216. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 143: “The existence of a privative clause is currently subsumed within the ‘pragmatic and functional’ test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. (...) Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying ‘what’s wrong with these people, [the judges] can’t they read?’ A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another ‘factor’ in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of outcome on substantive grounds unless the applicant can show that the clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect”.

of review analysis de *Dunsmuir*, e chegou à conclusão de que o modelo de controle adequado seria o de razoabilidade. Em longo dissenso, o Ministro Rothstein entendeu que, à ausência de uma cláusula privativa, deveria ser aplicada diretamente (e sem passar pelo teste bifásico de *Dunsmuir*) a regra geral do art. 18.1 do *Federal Courts Act*, que requer, segundo sua interpretação, um controle de correção.²¹⁷

Note-se que a argumentação do Ministro Rothstein é diversa daquela promovida pelo Ministro Binnie, no dissenso de *Dunsmuir*. Enquanto o primeiro sustenta que, *na ausência de uma cláusula privativa*, deve-se aplicar a regra geral do art. 18.1 do *Federal Courts Act*, o segundo afirma que, *na existência de uma cláusula privativa*, deve-se dar-lhe primazia, aplicando uma presunção de que o controle devido é o de razoabilidade. Unem as duas propostas a tentativa de dar maior efetividade à “intenção legislativa expressa” relativa ao modelo de controle e o objetivo de simplificar o teste contextualizado, que não seria sempre necessário. Como a proposta do Ministro Binnie em *Dunsmuir*, no entanto, a proposta do Ministro Rothstein em *Khosa* tampouco mereceu acolhida da maioria.²¹⁸

Outra importante proposta voltada à simplificação do teste para a determinação da intensidade do controle judicial foi recusada pela maioria da Suprema Corte. Em *Dunsmuir* o Ministro Binnie sugeriu a adoção de uma presunção de que o controle aplicável é limitado (no modelo de razoabilidade).²¹⁹ A parte que desejasse ver aplicado um controle regular (no modelo de correção) deveria esforçar-se para demonstrar que as circunstâncias do caso concreto apontam neste sentido e superam a presunção contrária.

A proposta do Ministro Binnie é bastante interessante. Ela ajudaria a reduzir o custo, a incerteza e a demora resultante da complexa determinação do modelo de controle, sem produzir problemas relevantes. Além disso,

217. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 70.

218. Sobre o tema da intenção legislativa, v. o próximo capítulo.

219. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 146: “The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (‘contextually’ applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision-maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is no single ‘correct’ outcome. It should also be presumed, in accordance with the ordinary rules of litigation, that the decision under review is reasonable until the applicant shows otherwise”.

poderia transferir a real discussão do modelo de controle aplicável para o mérito substantivo do caso.²²⁰ Note-se que a existência de uma presunção de que o modelo de controle é de razoabilidade gera um desincentivo ao litigante para produzir grandes argumentações neste sentido, assim como um incentivo para que ele foque na questão substancial: por que a decisão administrativa deveria ser anulada ou mantida.²²¹

O objetivo de reduzir a complexidade atingida pelo teste pragmático e funcional é evidente na motivação da Suprema Corte no caso *Dunsmuir*. Entretanto, ao mesmo tempo em que introduziu no procedimento de determinação da intensidade do controle alguns mecanismos voltados a torná-lo mais funcional e prático, a Corte perdeu clara oportunidade de promover uma simplificação ainda mais ampla e efetiva. A conclusão é a de que a reforma de *Dunsmuir* ao procedimento de determinação da intensidade judicial é mais relevante pelo que ela revela (uma intenção de reduzir a complexidade do teste contextualizado) do que pelo que ela promove (uma simplificação apenas limitada deste mesmo teste).

* * *

O relato acima dá conta da grande quantidade de aspectos levados em consideração pelos tribunais canadenses e americanos para a definição do modelo de controle judicial. A despeito desta multiplicidade nominal, no entanto, estes aspectos são em geral reconduzíveis aos critérios substanciais apresentados na Primeira Parte deste trabalho.

220. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 145: “The present incarnation of the ‘standard of review’ analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the ‘real’ nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere preparation for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn’t be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case”.

221. Para Deborah K. Lovett: “Administrative law practitioners are the primary beneficiaries, as the established overarching approach provides ample ammunition for arguing earnestly and with both ease and great persuasion virtually any side of a standard of review issue in a given case. The result is that legal arguments are most often lengthy and complex, and this only adds unnecessary expense for parties and places greater burdens on scarce judicial resources” (“That enigmatic curial deference and the continuing and most curious search for legislative intent — What to do, what to do?” (2004), cit., 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 207, p. 237).

Assim, há fatores atinentes à proteção de direitos individuais – e, portanto, ligados à sensibilidade jurídica da questão. É o caso de considerações feitas pelos tribunais canadenses no âmbito do quarto passo do teste pragmático e funcional, relativo à natureza da questão trazida a juízo: questões jurídicas (aí incluídas questões relativas a direitos fundamentais ou direitos humanos) merecem menor deferência judicial. Também parece ser este o caso das considerações dos tribunais americanos no âmbito da doutrina *Skidmore* e do teste estabelecido em *Mead* a propósito do grau de formalidade procedimental observado pela decisão controlada. Maiores formalidades procedimentais durante o procedimento administrativo indicam a menor necessidade de intervenção judicial posterior, tendo em vista que o administrado já teve bem garantidos os seus direitos de ser ouvido ou de participar do procedimento administrativo. Finalmente, pode ser citado o fator relativo à coerência com o posicionamento anterior, que também sugere um controle judicial mais fraco, provavelmente em atenção à segurança jurídica.

Igualmente, há fatores ligados às preocupações com a complexidade técnica das questões trazidas ao controle judicial. Daí a importância destacada dos aspectos relativos à análise da expertise da autoridade administrativa. Tanto no âmbito do teste pragmático e funcional canadense como no âmbito de *Skidmore* nos Estados Unidos, questões que se inscrevem no campo de expertise da autoridade administrativa estão submetidas a um controle limitado. Finalmente, a fase relativa ao propósito da agência, no teste pragmático e funcional, abre espaço para considerações relativas à natureza política da questão, que levaria a um controle limitado, em função da maior legitimidade democrática das autoridades administrativas.

Isto significa que os fatores levados em consideração nos testes usados no Canadá e nos Estados Unidos abriam aos tribunais possibilidades amplas de contextualização, de modo a que o controle judicial finalmente aplicado fosse o “mais adequado” a estas circunstâncias. No âmbito de cada um dos fatores é possível ponderar diversas características relevantes das decisões administrativas controladas.

Mas o relato acima também provoca reflexões profundas sobre o dilema de um teste contextualizado. No limite, os pontos positivos deste procedimento coincidem com seus pontos negativos. Um teste que seja altamente complexo e sensível aos mínimos aspectos da decisão administrativa é a chave para a definição do modelo de controle judicial que lhe seja *perfeitamente* adequado. Por outro lado, corre o risco de não passar de idealismo, e ser pouco operacional ou funcional.

Diante deste contexto, a decisão canadense de simplificar o teste contextualizado importa necessariamente uma limitação da “ambição de com-

plexidade”. O reconhecimento desta limitação não é exatamente inédito. Na prática, a contextualização sempre conheceu limites importantes.²²² No caso canadense, a doutrina criticava especialmente a ausência de considerações relativas à “importância da decisão para o administrado”.²²³ O critério já é levado em consideração no âmbito do teste estabelecido no caso *Baker* para a definição das garantias procedimentais aplicáveis a cada caso.²²⁴ No

222. Jared Craig, por exemplo, argumenta que o teste contextualizado canadense não é suficientemente flexível para absorver as peculiaridades das decisões municipais (“Defending city hall after *Dunsmuir*” (2008), 46 *Alberta L. Rev.* 275, 279).

223. V., por exemplo: Lorne Sossin e Colleen M. Flood, “The contextual turn: Iacobucci’s legacy and the standard of review in administrative law” (2007), 57 *U. T. L. J.* 581, p. 596: “The most striking omission of the contextual analysis is the lack of any reference to the effect of the administrative decision on the parties. Why should this factor not be included as part of the pragmatic and functional approach? One answer might be that reviewing an administrative decision is not about doing justice to the parties but, rather, is concerned with fidelity to legislative intent. That argument fails on two counts. First, in the context of procedural fairness (discussed further below), where the Court states that it is also interested in discerning legislative intent, the effect of the decision on the party is considered relevant; second, other areas of the pragmatic and functional approach (such as the decision-maker’s accumulated expertise on a particular matter of law) have little to do with legislative intent but are still considered relevant. If attention to context is the goal of the pragmatic and functional approach (on the assumption that true legislative intent can properly be ascertained only through a contextual lens), then the onus is on the Court to justify why some contexts matter and others do not. Moreover, if impact on the individual is not specifically weighed as a factor, it will likely be de facto considered without proper argument or reasoning”.

224. Curiosamente, o direito administrativo canadense não tem um rol preciso e bem estabelecido de regras processuais que devem ser seguidas pelas autoridades administrativas para prolatar suas decisões. As salvaguardas processuais de que dispõe o cidadão são flexíveis, e dependem de características do caso concreto. Elas decorrem de um dever genérico de equidade (*duty of fairness*). Para a determinação do grau de salvaguardas procedimentais a jurisprudência canadense aplica um teste muito parecido com o teste pragmático e funcional, embora com fatores distintos. Os fatores analisados incluem: (i) a natureza da decisão e o processo para adotá-la (quanto mais se parecer com um processo judicial, mais salvaguardas procedimentais são necessárias); (ii) a natureza do esquema legislativo; (iii) a importância da decisão para os indivíduos afetados; (iv) a existência de expectativas legítimas; (v) a possibilidade de a agência escolher seus próprios procedimentos. Alguns fatores se assemelham aos fatores do teste pragmático funcional, outros são originais, como a importância da decisão para os indivíduos afetados. A lista de fatores acima – não exaustiva, como se apressa em esclarecer a Corte – foi estabelecida no caso *Baker versus Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817. A Suprema Corte anulou, por defeitos procedimentais e substanciais, a decisão administrativa que negava a regularização da residência permanente no Canadá a uma cidadã jamaicana. Do ponto de vista procedimental, entendeu que a decisão foi viciada pela

caso do teste pragmático e funcional, estas considerações poderiam ser introduzidas no quarto passo, relativo à natureza da questão. Mas, na prática, trata-se de circunstância ignorada. Nos Estados Unidos, por outro lado, não parecem ter muita relevância o exame da natureza política da questão trazida a juízo ou análises relativas à forma de atuar da autoridade administrativa controlada. Estas circunstâncias são consideradas no segundo passo do teste pragmático e funcional, levando a um controle menos intenso.

De todo modo, em nenhuma das jurisdições a contextualização atinge níveis extremos.²²⁵ Assim, tribunais canadenses e americanos ainda não se aventuraram – ao menos, não explicitamente – a sugerir um controle mais ou menos intenso em função da *reputação* da autoridade controlada. A literatura sugere que este tipo de avaliação é feito inadmitidamente. Assim, uma das explicações mais difundidas para o controle inesperadamente intenso que a Suprema Corte aplicou no caso *Allentown Mack* refere-se à reputação da autoridade administrativa correspondente, o *National Labor Relations Board/NLRB*.²²⁶

demonstração de um viés contrário ao caso da Sra. Baker. Na análise concreta das salvaguardas processuais aplicáveis ao caso concreto, a Suprema Corte entendeu que a inexistência de uma entrevista (*oral hearing*) não consistia em violação dos direitos procedimentais, tendo em vista que a interessada pode submeter suas observações por escrito. Sobre a motivação, considerou que ela houve, no caso concreto. Entretanto, na motivação oferecida pela autoridade se podia detectar flagrante parcialidade (*apprehension of bias*). A autoridade parecia inclinada a recusar o pedido da Sra. Baker por ela ser mãe solteira de oito filhos (quatro canadenses). Curiosamente, até mesmo o fato de que a autoridade tinha se referido a este fato em letras maiúsculas foi levado em consideração para identificar a imparcialidade.

225. Lorne Sossin, “Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003), cit., 27 *Advocates’ Q.* 478, 493.

226. *Allentown Mack Sales & Services, Inc. versus NLRB*, 522 U.S. 359, 376 (1998). Neste sentido, a Suprema Corte realmente fez referência ao fato de que o NLRB, “uniquely among major federal administrative agencies, has chosen to promulgate virtually all the legal rules in its field through adjudication rather than rulemaking”. A Corte parece sugerir que, com este proceder, a agência estaria buscando impedir o controle judicial – e até mesmo o controle político –, mascarando suas adoções de escolhas políticas (*policy-making*) como determinações de fato (*fact finding*). Neste sentido, v. Richard Pierce: “Some circumstantial evidence supports an interpretation of *Allentown Mack* that limits it to judicial review of findings of fact made by NLRB. The recent pattern of circuit court opinions in this area suggests that many judges are increasingly suspicious of the integrity of the process through which NLRB finds facts and draws inferences. Most disputes with respect to the sufficiency of the evidence to support an NLRB findings are resolved in brief, unpublished, summary affirmances. There seems to have been an increase, however, in the number of cases in which courts reverse NLRB findings in opinions that are highly

Além disso, embora a expertise seja um fator bastante relevante, ela é entendida em um sentido institucional.²²⁷ Assim, o que importa não é a experiência concreta e específica de cada um dos membros de uma autoridade administrativa, mas a capacitação institucional.²²⁸ No caso que primeiro mencionou o teste pragmático e funcional a Suprema Corte canadense fez referência à “expertise dos membros” da autoridade administrativa como um dos fatores relevantes do texto contextualizado, mas a menção textual não deve ser superestimada.²²⁹ Na sequência da jurisprudência a análise da expertise se deu sempre no nível institucional.²³⁰

Em um caso decidido no ano 2000 a Corte americana do 7º Circuito deparou-se com decisão da *Commodity Futures Trading Commission*

critical of the agency’s dubious bases from drawing inferences” (*Administrative Law Treatise*, 5ª ed., New York, WoltersKluwer, 2010, p. 987).

227. Esta compreensão mais institucional da expertise é criticada por Wade MacLauchlan, para quem seria conveniente que a análise comparativa fosse mais *real*, incluindo, por exemplo, análise do currículo dos membros envolvidos na decisão administrativa e no controle judicial (“Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 380).

228. Cf. Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 219: “Although the Supreme Court clearly prioritizes expertise in formulating the standard of review, its inquiry is limited to the statutory role of the administrative actor, not to the particular individual occupying it. Courts will glean evidence of expertise from statute and surrounding context, but will not scrutinize the qualifications, competence, training, or experience of the specific decision-maker”. Lorne Sossin observa que a atenção à expertise *pessoal* dos membros das instituições consideradas, ao invés do foco na expertise institucional, teria consequências sobre as análises realizadas: “Should expertise be derived from the particular conduct of particular decision-makers on a particular issue? Does this mean, for example, that a junior tribunal member who might need the help of an outside legal opinion should be subject to a different standard than a senior member who does not? Expertise, as the above discussion indicates, may be understood from many perspectives – as being specialized knowledge, specialized experience, specialized qualifications or specialized tasks, among others. Each perspective may call for a different line of inquiry, give rise to different evidentiary problems or problems of proof, and may lead to a differently tailored degree of deference” (“Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003), cit., 27 *Advocates’ Q.* 478, 491-492).

229. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 121-122.

230. Neste sentido, v.: William Lahey e Diana Ginn, “After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), cit., 25 *Dal. L. J.* 259, 302.

no sentido de que determinadas transações comerciais complexas por ela analisadas constituíam comércio ilegal, por serem anticoncorrenciais e previamente arranjadas. Um dos juízes responsáveis pelo controle pretendeu ingressar numa análise profunda da decisão, sob o argumento de que possuía expertise superior à dos membros da comissão em matéria de organização industrial, e, portanto, estava mais apto a tomar a decisão correta. Apontou, assim, falhas na análise procedida pela comissão, observando que nenhum dos comissários era especialista em organização industrial, análise estatística ou teoria dos jogos.²³¹ Os demais juízes que formaram a maioria mantiveram a decisão, aplicando o tradicional padrão deferente do modelo de controle de evidência substancial. Argumentaram que a expertise a ser levada em consideração é a expertise institucional. Assim, apontaram que o quadro de funcionários da agência incluía especialistas em cada um destes campos.²³² Observaram, ademais, que cada uma das teorias arroladas pelo juiz do dissenso estavam submetidas a controvérsia na literatura especializada, não sendo as questões resolvíveis em termos de decisão correta ou incorreta.

Apesar destas “limitações à ambição da complexidade” já previamente existentes, o *movimento* da Suprema Corte em direção à simplificação (adicional) reforça o foco sobre a questão de qual seria a “complexidade ótima” de um procedimento de determinação do modelo de controle. No mesmo sentido de uma das conclusões essenciais da primeira parte deste trabalho, parece essencial apontar, aqui também, para a inexistência de uma solução ideal, que possa valer para todos os casos e em todas as jurisdições. O *trade-off* entre precisão e operacionalidade não permite soluções fáceis ou perfeitas. Cabe a cada jurisdição examinar quando os custos marginais de um sistema em termos de operacionalidade já não se justificam diante dos benefícios gerados em termos de precisão. Cabe-lhes decidir a *natureza* e a *medida* das imperfeições que consagram.

231. *Elliot versus Commodity Futures Trading Commission*, 202 F.3d 926 (7th. Cir. 2000).

232. Neste sentido, também, James O. Freedman, “Expertise and the administrative process”, 28 *Admin. L. Rev.* 363, 376 (1976): “The continuing expertness of an administrative agency as to matters of technical substance can be more properly understood as deriving primarily from its staff, and not from the shifting membership of those who temporarily serve as commissioners. It is, indeed, the experience and specialization of a large and dedicated staff that has permitted agencies to channel the diverse expertise of many individuals into the process of institutional decision-making—one of the unique contributions of the modern administrative process”.

3. Conclusão

A Primeira Parte deste trabalho demonstrou a complexidade e a riqueza potencial existente na determinação da intensidade do controle judicial incidente em determinado caso concreto. Desta circunstância resulta uma questão: em que medida o procedimento concreto de determinação da intensidade do controle *reflete e está aberto* a esta complexidade? Por um lado, uma abertura total às mínimas características da decisão administrativa controlada poderia levar a uma *precisão ótima* na determinação da intensidade do controle judicial. Por outro lado, ela poderia fazer com que esta empresa se tornasse demasiadamente complexa e pouco operacional. Este capítulo vale-se de dois tipos extremos de procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial para examinar este dilema entre precisão e operacionalidade.

O primeiro tipo estudado é bastante comum: nele, a intensidade do controle judicial é determinada através do uso, pelos tribunais, de esquemas lógicos simplificados compostos de duas ou três categorias formais. Estas categorias cristalizam e veiculam uma específica ponderação dos critérios substanciais tratados na Primeira Parte deste trabalho. A partir daí, caberia aos tribunais apenas verificar a existência concreta de uma categoria, aplicando-lhe o modelo de controle judicial correspondente. Os méritos deste procedimento seriam sua simplicidade e operacionalidade: ele evitaria que os tribunais precisassem sopesar todas as circunstâncias do caso concreto para identificar a mais adequada intensidade do controle judicial.

Mas o recurso ao histórico jurisprudencial de algumas jurisdições mostrou que esta simplicidade é *ilusória*, porque enganosa e insustentável. A simplicidade é *enganosa* porque, na prática, o uso de esquemas lógicos simples não impede que os tribunais integrem no seu raciocínio variáveis e ponderações neles não veiculadas. Ela é *insustentável* porque o engrandecimento da complexidade da administração pública e das decisões administrativas acaba por gerar uma necessidade de adaptar a estrutura simples (tornando-a relativamente mais complexa) ou abandoná-la completamente.

O segundo tipo estudado vai ao outro extremo. Confia aos tribunais a tarefa de ponderar diretamente as características da decisão administrativa controlada. Assim, através de um teste contextualizado e com múltiplos fatores, devem eles identificar a intensidade mais adequada do controle que realizarão. O objetivo da adoção deste procedimento é levar mais realismo, sofisticação e refinamento à determinação da intensidade do controle judicial. A abertura aos múltiplos detalhes da decisão controlada permitiria uma precisão ótima, uma calibragem refinada da intervenção dos tribunais sobre

a competência administrativa. Este foi o objetivo declarado das Supremas Cortes americana e canadense ao consagrarem a adoção deste procedimento: promover um controle judicial perfeitamente *adaptado (tailored)* ao objeto do controle.

A realidade das coisas tem se mostrado um pouco menos alvissareira. A ambição de sofisticação revelou seu preço: a pouca operacionalidade do procedimento. Nos Estados Unidos pesquisas empíricas revelaram a confusão reinante nos tribunais inferiores diante da falta de indicações precisas da Suprema Corte sobre *quais fatores* ponderar para chegar à intensidade adequada do controle judicial. No Canadá as críticas constantes à complexidade do teste multifásico “pragmático e funcional” levaram a uma reforma com o objetivo de simplificá-lo e fazê-lo mais exequível.

No fundo, a contraposição entre estes dois tipos de procedimentos refile o embate caro à Teoria do Direito entre *formalismo e funcionalismo*.²³³ O formalismo tem a oferecer uma suposta *simplicidade* de suas soluções. Baseia-se fortemente na ideia de que a regulação efetiva da sociedade depende de uma redução pragmática das variáveis encontradas no mundo real. Na prática, isso se traduz na consagração de conceitos jurídicos rígidos e polarizantes.²³⁴ Alguns autores sugerem que os conceitos formais seriam preferidos pelos tribunais, habituados a manejá-los. Daí uma resistência de sua parte em transportar-se de um *bright-line world into a messy contingent one*.²³⁵ Os proponentes do funcionalismo, por sua vez, defendem que ele permitiria o enfrentamento das *questões reais*, dos problemas efetivos envolvidos em cada questão jurídica – e não apenas dos problemas fictos e simplificados que se veiculam mediante o formalismo jurídico. É o embate entre *forma e substância*.²³⁶ O fato é que a consagração do formalismo é tanto mais insustentável quanto mais complexo for o mundo ao qual ele se reporta. Neste sentido, a complexização crescente da administração pública levaria a uma demanda progressiva pelo funcionalismo.²³⁷

233. Cf. John Willis, “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” (1935/1936), cit., 1 *U. T. L. J.* 53, 75.

234. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 418.

235. Martin Loughlin, “Procedural fairness: a study of the crisis in administrative law theory” (1978), 28 *U. T. L. J.* 215, 220. No mesmo sentido, v.: David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, 55 *U. Toronto L. J.* 691, 696 (2005).

236. David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the process/substance distinction: Baker versus Canada” (2001), cit., 51 *U. T. L. J.* 193, 242.

237. Assim, Wade MachLauchlan sugere que o formalismo é um método de *negação* do *Administrative State* (“Judicial review of administrative interpretations

Aqui como alhures, no entanto, não se exigem escolhas extremas. A rigor, também a diferença entre formalismo e funcionalismo é uma distinção de grau, mais do que uma distinção de natureza.²³⁸ Assim, a real questão que se põe a cada jurisdição não é entre adotar um ou outro modelo extremo, mas o tanto de formalismo e de funcionalismo que pretendem – a exata medida da precisão a que almejam. Há muito espaço para soluções intermediárias. O próprio relato acima revela duas delas. Na Itália a superação da binariedade deu lugar a um esquema simples e formal trinário, com as categorias *vinculação*, *discrecionabilidade* e *avaliações técnicas complexas*. Lamentavelmente, o curto período em que esta solução esteve em vigor (entre 2001-2004) não permitiu maiores possibilidades de análise sobre seus méritos concretos. No Canadá parece promissora a retração da complexidade, veiculada na reforma de *Dunsmuir*. A adoção da fase jurisprudencial, por exemplo, reduz o tempo e o esforço empreendidos para determinar a intensidade do controle judicial em boa parte dos casos. Por outro lado, a Suprema Corte do Canadá perdeu a oportunidade de consagrar mecanismos simplificadores ainda mais relevantes, ao descartar as propostas de conceder prevalência expressa para um dos fatores ou de estabelecer algumas presunções relativas.

of law: how much formalism can we reasonably bear?" (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 350.

238. Wade MachLauchlan, "Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?" (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 345.

Capítulo II

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA ESCOLHA DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL

Introdução. 1. A legitimação mediante recurso à “intenção do legislador”: 1.1 Disposições relativas ao controle judicial e seus mecanismos: 1.1.1 O emblemático caso da Itália – 1.1.2 O exemplo menos claro da França – 1.2 Disposições relativas à decisão ou à autoridade controlada: 1.2.1 A relevância da intentio legis no discurso dos tribunais – 1.2.2 O mundo real da determinação da intensidade do controle judicial. 2. A legitimação através do processo de escolha da intensidade: 2.1 A legitimação através do processo no uso de categorias formais: 2.1.1 A “objetivização” do procedimento como fator de sua legitimação – 2.1.2 Limites do método de legitimação através do uso de categorias formais – 2.2 A legitimação através da estruturação da motivação dos tribunais: 2.2.1 A raridade da estruturação argumentativa polifásica no teste contextualizado – 2.2.2 A conveniência de regras claras sobre a interação entre fatores. 3. Conclusão.

Introdução

A escolha da intensidade do controle judicial incidente sobre uma decisão administrativa envolve uma *variedade* de considerações relativas às finalidades conflitantes do direito administrativo. Eis aí a conclusão mais relevante da Primeira Parte deste trabalho. Não há uma solução *ótima* ou *abstratamente superior* para ser aplicada em cada situação, dada a específica natureza da decisão administrativa. Nem se dará jamais uma escolha neutra, objetiva e imune a críticas. Ao contrário, no processo em que a intensidade do controle judicial é determinada há diversas “válvulas” de subjetividade: na identificação daquilo em que consiste “a natureza” da decisão, na identificação da natureza específica de uma dada decisão, na escolha dos objetivos que se quer privilegiar através do controle judicial etc.

Assim, uma solução poderá contribuir para a ampliação da proteção dos direitos dos cidadãos, ao passo em que compromete em alguma medida a eficiência da administração pública. Outra solução pode provocar precisamente o estado de coisas inverso. A opção por privilegiar a legitimidade democrática das decisões administrativas pode resultar no comprometimento tanto da lisura como da eficiência administrativa – e assim por diante. Para além disso, e fundamentalmente, há espaço para calibrar a medida de fomento e a medida de comprometimento de cada um destes objetivos públicos. Em definitivo, a decisão final a propósito da intensidade do controle judicial revelará uma específica *opção* das instituições públicas responsáveis, e terá como consequência o fomento de *objetivos específicos*, em *medidas específicas*.

Estas conclusões levam ao questionamento da *legitimidade* da escolha pública relativa à intensidade do controle judicial. Ora, se a determinação da intensidade do controle judicial envolve a opção de *uma entre várias possibilidades* e tende a *causar um impacto* na sociedade, há de se questionar (i) *quem* está tomando esta decisão e (ii) *como* isto está sendo feito.

No que atina ao primeiro elemento, duas são as instituições públicas às quais a escolha da intensidade do controle judicial costuma ser atribuída: o legislador e os tribunais. Ao menos em teoria, a determinação direta do modelo de controle judicial pelo legislador pode implicar três benefícios. Em primeiro lugar, ela possibilita a ponderação e a deliberação pública a propósito de uma questão politicamente sensível. Se a escolha do modelo de controle sobre cada específica decisão administrativa veicula importantes decisões referentes à ponderação entre finalidades públicas conflitantes, a atribuição desta competência ao mais democrático Poder do Estado abre espaço para que ela seja exercida de forma transparente, deliberativa e participativa. Em segundo lugar, ao menos (ou particularmente) nos países que não adotam a jurisdição administrativa, a questão da intensidade do controle judicial é também *institucionalmente* problemática, na medida em que interfere na relação entre o Poder Judiciário e a administração pública. A intensidade do controle judicial é índice da intervenção operada por um Poder sobre o outro. Neste contexto, é relevante a atuação do Poder Legislativo como *árbitro neutro* para definir as esferas de atuação de cada um deles. Em terceiro lugar, a definição da intensidade do controle de forma prévia, pelo legislador, pode servir à segurança jurídica. A determinação direta de um modelo de controle poderia evitar a incerteza e os custos da ponderação caso a caso pelos tribunais. Bastaria que o legislador fosse claro em seu comando.

Naturalmente, este método de determinação do controle judicial também possui seus inconvenientes. O principal deles é o de que, por constituir

um procedimento prévio, ele opera de forma relativamente alheia à riqueza específica do caso concreto. Para permitir esta normatização prévia, o legislador agrupa atos de um dado gênero ou decisões de uma dada autoridade administrativa, fazendo incidir sobre todos eles (indistintamente) um modelo de controle específico. Adotada esta solução prévia, então, tornam-se irrelevantes circunstâncias do caso concreto que poderiam sugerir a adequação de outra forma de controle judicial. A determinação da intensidade do controle judicial pelo legislador, em resumo, é pouco adaptada à complexidade institucional e substancial da administração pública contemporânea. O problema principal daí decorrente é a redução na medida da realização de alguma finalidade pública relevante. Assim, a adoção de um método genérico, enquanto privilegia a simplicidade, descarta a oportunidade de realizar um equilíbrio ótimo entre as finalidades contrastantes do direito administrativo.

Além dos inconvenientes, o método também possui algumas limitações. Em primeiro lugar, não é totalmente claro que, nas hipóteses em que esta opção é adotada, dê-se realmente no Parlamento um debate específico e estruturado a propósito das vantagens e desvantagens da adoção de um ou outro modelo de controle previsto na legislação. Isto significa que a vantagem democrática deste método, apontada acima, pode constituir mera teoria. Além disso, a experiência concreta demonstra que a efetivação da vontade do legislador nem sempre é realizada. Isso se dá por duas razões principais. Numa primeira hipótese, o legislador opta por utilizar termos ambíguos (ou relativamente genéricos) para passar sua mensagem.¹ Esta circunstância

1. Nesta hipótese, os comandos e a intenção legislativa não seriam realizados, porque os tribunais não conseguiriam entendê-los perfeitamente. A experiência concreta das jurisdições estudadas para o desenvolvimento deste trabalho parece corroborar esta tese. No Direito Francês as intervenções legislativas são relativamente simples e, talvez por isso, bastante eficazes. Em primeiro lugar, o legislador intervém *unicamente* para determinar a incidência de um controle não deferente e substitutivo. Não se encontraram exemplos em que o legislador determinou a incidência do modelo de controle mínimo (modelo francês deferente), ou mesmo do controle normal (modelo de controle não deferente, mas não substitutivo). Em segundo lugar, o legislador faz uso de determinações claras e inequívocas. Assim, para fazer incidir o tal controle não deferente e substitutivo, faz uso de um conceito bem conhecido dos tribunais franceses – exigindo o controle de “plena jurisdição” ou de “pleno contencioso” (*contrôle de pleine juridiction* ou *contrôle de plein contentieux*) – ou simplesmente transfere o contencioso para a jurisdição ordinária, que não conhece modelos deferentes de controle. Como exemplos do primeiro caso, v.: art. 42-8 da Lei de 30.9.1986, em relação a sanções do CSA; arts. 5 e 36-11, 5º, do *Code des Postes et Communications Électroniques*, relativo a sanções da ARCEP; art. 40, 7º, da Lei 2000-108, de 10.2.2000, sobre sanções da CRE; e art. 621-45 do *Code Monétaire et Financier*, a propósito de sanções da AMF. Como exemplo do segundo caso, v.: art. 5-6 do *Code des Postes et Communications Électroniques*; art. 38 da Lei

2000-108, de 10.2.2000, sobre decisões da autoridade reguladora de energia; art. 16, III, da Lei de 8.12.2009, sobre a regulação de transportes ferroviários. O exemplo francês pode ser contrastado com o canadense e o americano, em que o legislador faz uso de formulações redacionais mais complexas e às vezes ignora conceitos já estabelecidos jurisprudencialmente. Um bom exemplo é o art. 18.1(4) do *Federal Courts Act* canadense, aplicável a todas as autoridades administrativas federais, na ausência de indicações específicas em contrário. O dispositivo estabelece as razões genéricas autorizadoras da anulação judicial de uma decisão administrativa. No caso *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 72, o Ministro Rothstein sustentou que este dispositivo determinava uma incidência de um controle não deferente, no modelo de “correção”, modelo de controle não deferente no Canadá, para as questões relativas a competência, justiça natural, direito e fraude. Por outro lado, o dispositivo determinaria um controle deferente unicamente para as questões de fato. A interpretação do Ministro leva em conta a redação das diferentes alíneas. Segundo ele, só haveria uma “formulação redacional deferente” (*deferential wording*) na alínea “d”, referente a questões factuais. Esta interpretação, no entanto, não é incontroversa. A primeira observação óbvia é a de que a redação da alínea “d” não é tão diferente das demais, como faz crer o Ministro Rothstein. Ali se estabelecem duas formas de ilicitude relativas à identificação de fatos promovida pela autoridade administrativa: (i) a identificação procedida de modo perverso ou caprichoso; (ii) ou aquela procedida sem atenção aos dados disponíveis. Se a primeira hipótese denota um enfoque judicial deferente, a segunda sugere que qualquer identificação de fatos que destoe dos dados disponíveis pode ser anulada. A segunda – e mais importante – observação é a de que os outros dispositivos não necessariamente indicam um controle sob o modelo não deferente de “correção”. Eles simplesmente estabelecem as hipóteses de anulação de uma decisão administrativa. A intensidade do exame judicial para identificar estas hipóteses não é clara na lei. Assim, por exemplo, embora os “erros de direito” deem ensejo à anulação judicial, não está claro se a perquirição de tais erros pelo Judiciário deve ser rigorosa e detalhista, ou se ele deve se contentar com a anulação de erros evidentes. A distinção é particularmente relevante num contexto em que se reconhece a “subjetividade” dos erros de direito. Nos Estados Unidos as disposições genéricas da Seção 706 do *Administrative Procedure Act* fornecem outro exemplo. Embora a Seção seja denominada “A Extensão do Controle Judicial” (*The Scope of Review*), não é fácil identificar com clareza, a partir do seu texto, a intensidade do controle aplicável a cada espécie de decisão administrativa. A leitura do dispositivo não permite uma rápida conclusão nem sobre a quantidade de modelos de controle judicial existente, nem sobre as hipóteses de sua aplicabilidade, nem sobre a intensidade relativa a cada um deles. Apenas 28 anos após a promulgação do *Administrative Procedure Act*, no julgamento do caso *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402 (1971), a Suprema Corte ofereceu uma interpretação simplificadora que passou a orientar a aplicação do dispositivo. Três modelos de controle seriam ali previstos: (i) o controle *de novo* (de novo *judicial review*); (ii) o controle de evidências substanciais (*substantial evidence test*); (iii) o controle de arbitrariedade (*arbitrary and capricious test*). Estes modelos de controle aplicam-se às ações das agências administrativas que não correspondem a interpretação legislativa (*statutory construction*), não envolvem discussão a propósito do significado de termos constantes da legislação. Estes modelos de controle são aplicáveis, por exemplo, a apurações factuais, interpretações factuais, inferências a partir de fatos, atos discricionários ou, mesmo, medidas por meio das quais se

pode derivar de inapetência legislativa, mas também pode decorrer de vontade implícita do legislador de minimizar os problemas da definição prévia do modelo de controle, atribuindo alguma discricionariedade aos tribunais, no momento da aplicação normativa. Numa segunda hipótese, o comando legislativo, apesar de claro, é simplesmente desobedecido ou ignorado pelos tribunais, que aplicam outra forma de controle que lhes parece mais adequada, de forma explícita ou dissimulada.² Este procedimento é particularmente esperado nas hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto sejam particularmente sugestivas de um controle diferente daquele determinado legislativamente.

O problema da legitimação coloca-se de forma particularmente acentuada quando a determinação da intensidade do controle judicial é realizada pelos tribunais. Esta sensibilidade democrática peculiar decorre de duas circunstâncias principais. A primeira reside nas baixas credenciais democráticas dos tribunais, por todas as suas características institucionais repetidamente assinaladas na Primeira Parte do trabalho. A segunda está em que, neste caso, cabe ao próprio Poder Judiciário a decisão final a propósito da intensidade do *seu* controle. Dito mais claramente: configura-se a situação em que uma instituição pública define a extensão de seus próprios poderes – com todos os riscos e tendências daí decorrentes. Há um risco evidente em atribuir a competência de delimitação de um poder àquele que irá exercê-lo. Proponentes da Escola de *Public Choice* diriam que a situação tende a gerar uma ampliação dos poderes: os agentes públicos buscariam ampliar sua esfera de competência e influência. Se esta tese estiver correta, tem-se que os procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial que dependem da intervenção dos tribunais tenderiam a gerar modelos de controle não deferentes.

Este capítulo examina as duas formas principais por meio das quais os tribunais buscam *legitimar* as decisões que adotam a propósito da intensidade do controle judicial aplicado. Estas duas formas poderiam ser classificadas como legitimação *derivada* e legitimação *própria*.³ Na primeira hipótese

introduza dada política pública. Sobre uma proposta de reforma do *Administrative Procedure Act*, para ampliar a intensidade do controle, v.: David R. Woodward e Ronald M. Levin, “In defense of deference: judicial review of agency action”, 31 *Admin. L. Rev.* 329 (1979).

2. O caso dos tribunais canadenses em relação às chamadas *cláusulas privadas* e o dos tribunais americanos em relação à doutrina *Chevron* ilustram bem esta hipótese, e serão tratados em detalhes mais adiante.

3. A denominação é inspirada em classificação proposta por Tarcila Reis em outro contexto: aquele relativo à legitimidade das agências reguladoras. A autora faz referência à “dupla legitimidade” de que poderiam gozar tais entidades administrati-

os tribunais buscam valer-se das credenciais democráticas do legislador para legitimar sua própria atuação. Trata-se de uma legitimidade “tomada de empréstimo”, ou derivada. Assim, apresentam sua decisão como sendo uma mera *identificação da vontade abstrata do legislador*. Na segunda hipótese a legitimação decorre do processo, das regras que disciplinam a determinação da intensidade. Valendo-se de estruturas aplicativas voltadas a limitar a liberdade dos tribunais na determinação da intensidade, busca-se tornar esta determinação mais transparente e menos arbitrária.

A seguir são examinados mais profundamente e em sequência cada um destes métodos de legitimação.

1. A legitimação mediante recurso à “intenção do legislador”

Na ausência de uma determinação expressa do legislador a propósito da intensidade do controle judicial a ser aplicado em determinado caso (ou na medida em que haja uma indeterminação legislativa neste sentido), haverá um espaço para a escolha dos tribunais. Nesta hipótese, a primeira forma de que eles se valem para *legitimar* sua escolha é fazer referência a uma suposta “intenção do legislador”. Através deste expediente os tribunais buscam persuadir sua audiência de que não *decidiram eles mesmos* a intensidade do controle que aplicaram em um dado caso concreto, mas apenas identificaram a vontade correspondente do legislador.

Para identificar esta *intenção implícita* do legislador os tribunais buscam supostas “mensagens indiretas” suas. Tais “mensagens indiretas” constituem o objeto deste item do capítulo. Elas podem consistir em disposições relativas ao procedimento de controle, aos poderes do juiz ou de sua secretaria, à competência jurisdicional. Mas também podem corresponder a aportes legislativos sobre as características institucionais das autoridades administrativas sobre a extensão de suas competências ou seu procedimento decisório. Em suma: trata-se de aspectos que tenham relevância sobre o controle e que possam ser interpretados como sugestões legislativas de extensão ou retração da intervenção judicial sobre os afazeres administrativos.

vas: (i) uma legitimidade derivada, decorrente de sua eventual adesão ao Poder Executivo central; (ii) uma legitimidade própria, resultante das próprias características institucionais das agências e do seu modo de atuar (cf. Tarcila Reis, “Dépendance ou indépendance des agences de régulation brésiliennes? Une contribution à l’étude de la légitimité des agences de régulation”, *Revue Française d’Administration Publique* 143/803-816, 2012/3).

A pesquisa promovida durante a elaboração do trabalho sugere que os tribunais da Itália e (em menor medida) da França parecem influenciados por mensagens legislativas indiretas que demonstram uma orientação generosa do legislador em relação ao controle judicial (item 1.1). Por outro lado, aos tribunais dos Estados Unidos e Canadá parecem ser mais relevantes as disposições legislativas relativas às características da decisão ou da autoridade administrativa que a adotou (item 1.2). Em todos os casos, ficará claro que o recurso à ideia de intenção do legislador corresponde, na realidade, a um mecanismo retórico de legitimação do que são (ao menos em grande medida) escolhas próprias dos tribunais. Ciente de suas próprias limitações democráticas, os tribunais buscam dividir os ônus políticos das suas decisões com o legislador. Como indicativos de uma efetiva “intenção do Congresso”, contudo, as mensagens indiretas levadas em conta pelas jurisdições estudadas não se sustentam: seja porque muito vagas e passíveis de interpretações divergentes, porque inidôneas a acarretar as conclusões que delas se extraem ou porque conflitantes com mensagens *diretas* e *inequívocas* em sentido contrário.

1.1 Disposições relativas ao controle judicial e seus mecanismos

Considerem-se primeiramente as “mensagens indiretas” que resultariam de disposições legislativas que se referem ao controle judicial *em si*, e não à decisão administrativa específica sob controle ou à autoridade que a adotou. Como já se afirmou, esta hipótese parece ter tido particular relevância na Itália (v. item 1.1.1), mas talvez também na França (item 1.1.2). Em ambos os casos cogitou-se de um recrudescimento do controle judicial como consequência de medidas legislativas a ele atinentes. Como será visto, no entanto, estas medidas legislativas não precisariam necessariamente ser interpretadas como reveladoras de uma intenção legislativa neste sentido.

1.1.1 O emblemático caso da Itália

O caso italiano é particularmente claro no que concerne à influência das “mensagens indiretas” do legislador na definição da intensidade do controle judicial. O legislador italiano promoveu um processo progressivo de aparelhamento da jurisdição administrativa (e, em alguns casos, da jurisdição ordinária) com a finalidade essencial de garantir a mais efetiva proteção dos cidadãos em relação às decisões administrativas (item 1.1.1.1). Esta tendência constante e (quase) unidirecional foi acompanhada, ainda, de importantes inovações substanciais com efeitos relevantes no enquadra-

mento jurídico da administração pública. Estes aportes legislativos foram destacados na motivação de importantes decisões judiciais que afirmaram a imposição de um controle judicial pouco deferente à administração pública (item 1.1.1.2).

1.1.1.1 As inovações legislativas que favoreceram o controle judicial

As inovações legislativas que favoreceram o controle judicial no Direito Italiano podem ser divididas entre aquelas que implicaram o aparelhamento da jurisdição administrativa (item 1.1.1.1.1) e aquelas que ampliaram o enquadramento jurídico substancial da administração pública (item 1.1.1.1.2).

1.1.1.1.1 O aparelhamento progressivo da jurisdição administrativa – O fortalecimento da jurisdição administrativa é observado desde o início do século XX. Assim, em 1923 o legislador criou a chamada “jurisdição exclusiva” (*giurisdizione esclusiva*), em cujas hipóteses o juiz administrativo pode estatuir não apenas sobre interesses legítimos, mas também sobre direitos subjetivos.⁴ No ano seguinte, também através de lei, criou-se a noção de “jurisdição especial de mérito”, por meio da qual os tribunais podem não apenas examinar a *legitimidade* das decisões administrativas, mas também reavaliar as escolhas de oportunidade e conveniência feitas pela administração pública.⁵

4. V. *Regio Decreto* 2.840/1923. Na jurisdição de legitimidade o juiz administrativo estatui apenas sobre interesses legítimos, enquanto na jurisdição exclusiva ele pode também estatuir sobre direitos subjetivos. Antes as duas jurisdições se distinguiam pelo fato de que na jurisdição de legitimidade só se admitiam ações anulatórias, enquanto na jurisdição exclusiva que tivesse por objeto direitos subjetivos o juiz poderia emitir sentenças declaratórias e condenatórias. Hoje esta distinção está ofuscada, porque a lei permite ao juiz administrativo emitir sentença condenatória a ressarcimento mesmo no caso de danos por interesses legítimos (v. art. 7º, alínea 4, da Lei 205/2000). Também antes se dizia que a jurisdição de legitimidade é geral e a exclusiva é especial. Mas tantas foram as matérias atribuídas à jurisdição exclusiva, que hoje esta afirmação é duvidosa. De todo modo, só há jurisdição exclusiva dos tribunais administrativos em matérias particulares, em casos previstos pela lei. Não obstante o art. 103 da Constituição, houve grande extensão da jurisdição exclusiva nos últimos anos – especialmente em áreas em que a determinação do juiz competente com base nos critérios tradicionais é mais complexa.

5. V. art. 27 do *Testo Unico delle Leggi sul Consiglio di Stato*, 26.6.1924, n. 1.054. As jurisdições de mérito e de legitimidade distinguem-se em função (i) dos diversos poderes de cognição e (ii) das diversas decisões que o juiz administrativo exerce em cada uma delas. Em relação aos poderes de cognição, na jurisdição de mérito o juiz trabalha com as possibilidades: medida legítima ou ilegítima. Na

A promulgação da Constituição de 1948 deu novo ímpeto à tendência de aparelhamento da jurisdição administrativa.⁶ Nela se previu a criação de tribunais administrativos de primeira instância.⁷ A ideia era desafogar o Conselho de Estado e permitir maior dispersão da jurisdição administrativa no território italiano. Estes tribunais de primeira instância foram finalmente estabelecidos em 1971, com a denominação de Tribunais Administrativos Regionais/TARs.⁸ A lei que os instituiu trouxe, ainda, outra previsão relevante, abolindo a necessidade de proposição de recurso administrativo hierárquico antes do recurso à justiça administrativa.⁹ Ao eliminar uma sua pré-condição, a medida facilitava consideravelmente o acesso à justiça administrativa.

Em outra medida relevante para ampliação do controle judicial, a Constituição italiana autorizou o legislador a determinar quais órgãos da jurisdição poderiam anular os atos da administração pública, abrindo caminho para que o juiz ordinário também pudesse fazê-lo.¹⁰ Várias leis posteriores conferiram ao juiz ordinário este poder, que até 1948 era monopólio do juiz administrativo.

O processo de fortalecimento institucional para controle da administração pública ganhou capítulos intensos e muito significativos também nos últimos anos. A Lei 205, de 21.7.2000,¹¹ promoveu uma das mais importantes

jurisdição de mérito a cognição se estende ao mérito do ato. Assim, além de avaliar a legitimidade, o juiz pode avaliar oportunidade e conveniência. Em relação aos poderes decisórios, na jurisdição de legitimidade, se acolhe o recurso, o juiz anula o ato impugnado; enquanto na jurisdição de mérito ele pode substituir-se à administração (art. 7, alínea 6, do *Codice di Processo Amministrativo*).

6. Na época da Constituinte discutiu-se a ideia de abolição da jurisdição administrativa. A proposta era defendida por juristas importantes, como Piero Calamandrei. Ao final, prevaleceu sua manutenção, principalmente em função da força do *Consiglio di Stato*, que mesmo perante o regime fascista dera mostras de sua independência do governo (cf. Guido Corso, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 461).

7. V. art. 125 da Constituição italiana de 1948.

8. V. Lei 1.034, de 6.12.1971.

9. A facultatividade do recurso administrativo hierárquico devida à lei do TAR diminuiu-lhe a importância. Sua relevância atual é especialmente existente no caso de vícios de mérito (normalmente não acessíveis ao juiz administrativo). O recurso administrativo hierárquico tem alcance genérico: está sempre aberto às partes, mesmo na ausência de previsão legislativa específica. Volta-se à proteção de interesses legítimos e direitos subjetivos. Ele está disciplinado de forma genérica no DPR 1.199/1971.

10. V. art. 113, 3, da Constituição italiana de 1948.

11. A Lei 205/2000 absorveu o Decreto Legislativo 80/1998, que havia sido declarado parcialmente inconstitucional, por excesso de delegação (v. Corte Cost., Sent. 292/2000).

reformas do processo da justiça administrativa. Em seu art. 16 generalizou a possibilidade de recurso a um perito do juízo no caso de questões técnicas. Esta possibilidade havia sido prevista havia pouco, mas apenas para alguns casos, como aqueles ligados ao funcionalismo público (art. 35 do Decreto Legislativo de 31.3.1998, n. 80).

Ademais, preocupando-se com a duração do processo, o legislador: (i) permitiu ao juiz rejeitar ou prover liminarmente uma ação quando manifestamente fundada ou manifestamente infundada ou manifestamente irrecebível (por intempestividade, por exemplo); (ii) aprimorou o sistema de procedimento cautelar;¹² (iii) instituiu um rito acelerado (*rito abbreviato*) para matérias julgadas mais sensíveis.¹³ Neste último caso, reduzem-se à metade os prazos processuais, com a exceção do prazo para propor a ação. A previsão atinge os casos de controle judicial das autoridades administrativas independentes (como a autoridade antitruste, as autoridades de regulação de telecomunicações e energia etc.).¹⁴

A lei também redefiniu o âmbito da jurisdição exclusiva. Afastou de seu âmbito o contencioso relativo ao funcionalismo público (que foi transferido ao juiz ordinário), mas nele incluiu a matéria relativa a serviços públicos, por exemplo.¹⁵ Finalmente, previu também as ações de ressarcimento de danos mesmo no caso de interesses legítimos (art. 7º), tanto no âmbito da jurisdição exclusiva como na jurisdição de legitimidade.

Em julho/2010, através do Decreto Legislativo 104, aprovou-se um Código de Processo Administrativo propriamente dito. A codificação derivou de exigências formais de unificação, clareza e coordenação das normas esparsas. Mas, além de codificar os avanços anteriores, o Código de Processo Administrativo ainda inseriu novos elementos. Assim, por exemplo,

12. Em geral o provimento cautelar não é concedido monocraticamente (art. 53, alínea 1, do Código de Processo Administrativo italiano). A Lei 205/2000, no entanto, inseriu uma derrogação a esta regra. Em caso de extrema gravidade e urgência, que não permitam a dilação da decisão, o caso pode ser decidido pelo presidente do TAR ou outro magistrado ao qual ele delegou este poder. Apenas neste caso a tutela cautelar será concedida *inaudita altera parte*. A mesma lei previu, ainda, a atipicidade das medidas cautelares, que antes consistiam unicamente na suspensão da medida administrativa contestada.

13. Art. 4º da lei 205, de 21.7.2000. O tema está hoje codificado no art. 119 do Código de Processo Administrativo italiano.

14. Houve alguma discussão doutrinária sobre a aplicabilidade deste rito para a revisão de atos regulamentares. O *Consiglio di Stato* resolveu pela aplicabilidade (Cons. St., Sez. VI, 15.4.2003, n. 1945).

15. Esta disposição foi depois redimensionada pela *Corte Costituzionale* com as Decisões 204/2004 e 191/2006.

ampliaram-se os meios de prova disponíveis para o juiz administrativo¹⁶ e se admitiu expressamente a possibilidade de cumulação de ações de diferentes tipos (como anulatória e condenatória) – hipótese que antes era objeto de controvérsia na jurisprudência.

Por outro lado, ao menos um sinal no sentido contrário – de limitação do controle judicial sobre a administração pública – pode ser apontado. A entrada em vigor do Código de Processo Administrativo reduziu sensivelmente os casos de jurisdição de mérito na Itália. A hipótese mais comum é a do chamado *giudizio di ottemperanza*.¹⁷ Outra hipótese significativa já foi mencionada na Primeira Parte do trabalho: trata-se das sanções pecuniárias da administração, incluídas aquelas impostas pelas autoridades administrativas independentes. No controle de mérito das sanções o juiz administrativo tem os mesmos e amplos poderes do juiz ordinário, inclusive os de substituir a decisão administrativa pela sua e reduzir ou aumentar as penas impostas (v. art. 23 da Lei 689/1981).

1.1.1.1.2 A ampliação do enquadramento jurídico substancial da administração – Ao lado de todas estas inovações institucionais, cumpre, ainda, mencionar algumas inovações legislativas materiais, com efeitos significativos no enquadramento jurídico da administração pública.

Numa perspectiva mais genérica, pode-se fazer referência ao processo de redução do espaço do “mérito administrativo” através do avanço do Direito. Em suma: o espaço de liberdade de que goza a administração é hoje menos amplo do que anteriormente. Este processo é consequência da adoção de disposições expressas voltadas a regulamentar aspectos da decisão administrativa antes desregulados. A este respeito a doutrina costuma apontar os critérios de “economicidade e eficácia” trazidos pela Lei 241/1990, relativa aos procedimentos a serem seguidos pela administração na elaboração de suas decisões. Os novos critérios condicionam a atividade administrativa, limitando as ações efetivamente válidas perante o Direito.

A mesma Lei 241/90 estabeleceu uma obrigação generalizada de motivação dos atos administrativos. Antes desta previsão os atos administrativos só precisavam ser motivados em caso de imposição por lei específica ou em função da natureza de alguns atos, como os pareceres ou os atos ablativos.¹⁸

16. Art. 63 do Código de Processo Administrativo italiano.

17. O *giudizio di ottemperanza* volta-se a um provimento jurisdicional satisfativo, em que o juiz administrativo se substitui à administração pública. Tem lugar nas hipóteses em que a administração deixa de cumprir decisão judicial anterior.

18. A Constituição italiana de 1948 estabelece uma obrigação generalizada de motivação apenas para as decisões judiciais (art. 111). Entretanto, mesmo no contex-

A obrigação generalizada foi instituída pelo art. 3º da lei mencionada, com o objetivo de tornar mais transparente a relação entre a administração e os cidadãos.¹⁹ As exceções são os atos normativos e os demais atos de conteúdo geral, considerados “amplamente discricionários” e de “natureza política”, usualmente não podendo causar violações a direitos individuais.²⁰

1.1.1.2 A influência do aporte legislativo no recrudescer do controle judicial

As inovações legislativas no enquadramento da ação administrativa e no aparelhamento dos tribunais administrativos parecem ter sido assimiladas como mensagens indiretas para o fortalecimento do controle judicial sobre a administração pública.²¹

to da ausência de previsão legislativa específica os tribunais administrativos já haviam reconhecido a necessidade de motivação em alguns casos, notadamente aqueles que pudessem gerar violação a direitos subjetivos. Admitia-se, assim, a anulação de decisões administrativas por excesso de poder (*eccesso di potere*) nos casos de motivação insuficiente (*insufficienza della motivazione*) ou motivação contraditória (*contraddittorietà della motivazione*).

19. V. art. 3º da Lei 241/90. Sobre a motivação no direito administrativo italiano, v.: R. Scarciglia, *La Motivazione dell'Atto Amministrativo: Profili Ricostruttivi e Analisi Comparatistica*, Milano, Giuffrè, 1999; A. G. Diana, *La Motivazione dell'Atto Amministrativo*, Padova, CEDAM, 2001; T. Autieri e M. de Paolis, *La Motivazione del Provvedimento Amministrativo: Raccolta di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, Padova, CEDAM, 2002.

20. A exceção demonstra como a motivação no Direito Italiano está ligada à proteção de direitos individuais – aspecto a que se faz referência como a *funzione garantistica della motivazione*. Esta concepção limitada contrasta com as posições mais generosas da Carta Europeia de Direitos Fundamentais e do próprio Tratado que estabelece a Comunidade Europeia. Nestes dois diplomas a motivação é necessária mesmo no caso de atos normativos. V. art. 41 (direito à boa administração) do Capítulo V (“Direitos dos Cidadãos”) da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e art. 253 do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia.

21. V. Silvia Nicolai, “Notazioni sul controllo del giudice amministrativo sugli atti delle autorità indipendenti in Italia”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato* 12.1.2011 (*federalismi.it*): “Si intende richiamare l’attenzione su come, tra i molti elementi che influenzano l’impostazione del problema del controllo giurisdizionale sulle autorità indipendenti, uno sia rappresentato dal tipo di autorità giudiziaria del cui sindacato si parla, dalle sue specifiche competenze e attribuzioni e dal disegno complessivo e storico del suo ruolo (...). A partire dagli anni ‘990, c’è stata però una crescita esponenziale delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le quali gli atti delle a.a.i. (in particolare con il d.lgs. n. 80 del 1998). Il cambiamento non è stato solo quantitativo, ma qualitativo, perché sorretto da una modificazione nell’approccio del legislatore alle finalità e ai contenuti di questa forma di cognizione, nell’esercizio della quale

1.1.1.2.1 A efetividade da tutela jurisdicional como o objetivo das reformas – Assim, por exemplo, a doutrina afirma que a evolução do processo judicial administrativo está voltada à realização da efetividade e da plenitude da tutela jurisdicional, em atenção ao mandamento do art. 24 da Constituição.²²

A busca por este objetivo pode ser identificada com facilidade no caso da introdução da ressarcibilidade da violação a interesses legítimos. A própria Corte de Cassação admitiu que o movimento se dava por impulsão do direito comunitário e seu princípio de efetividade da tutela judicial.²³ Ainda sobre o tema, a doutrina observou como a alteração derrubava a longeva concepção de que o processo administrativo teria natureza objetiva, sendo voltado ao exame do ato administrativo e de sua legalidade. O objeto do processo administrativo passa a ser a relação jurídica controversa, aumentando a proteção jurídica ao administrado.

Em setores técnicos complexos, como a regulação antitruste ou setorial, também merece destaque a previsão do rito abreviado. Este rito é essencial para permitir um controle judicial mais intenso, sem causar grandes danos à política regulatória respectiva. Com efeito, um argumento sempre repetido para limitar o controle judicial nesta área é a necessidade de decisões expeditas, em função da dinamicidade da economia. Neste sentido, o demorado debate judicial poderia implicar a inefetividade da política regulatória (no caso de suspensão da decisão controlada) ou, mesmo, a inutilidade do provimento judicial anulatório (no caso em que a decisão já houvesse sido executada). O rito abreviado previsto pelo legislador italiano para ser aplicado, entre outras hipóteses, sobre o controle judicial das autoridades administrativas independentes reduz a força deste argumento e permite a proteção de direitos individuais e coletivos com menor compro-

furono, in questi anni, messi a disposizione del giudice amministrativo nuovi strumenti di conoscenza del fatto, che hanno permesso di caratterizzare la giurisdizione esclusiva come ‘giurisdizione piena’ che permette al giudice amministrativo italiano, per la prima volta nella sua storia, di non limitarsi alla verifica della esistenza dei fatti di una controversia, ma a spingersi a verificare il loro corretto apprezzamento e la loro valutazione da parte della amministrazione pubblica”.

22. Roberto Chieppa e Roberto Giovagnoli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Percorsi/Giuffrè, 2011, p. 923: “Si può, quindi, affermare che il tratto distintivo dell’evoluzione del processo amministrativo sia stato la ricerca dell’effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e che tale evoluzione, sotto alcuni profili in corso, può subire ora una accelerazione e una consacrazione proprio con l’entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo e con la codificazione dei principi generali, primo fra tutti quello dell’effettività e della pienezza della tutela”.

23. Cass. Civ., Sez. Unite, 22.7.1999, n. 500.

metimento de outras finalidades públicas, como a eficiência administrativa e regulatória.

1.1.1.2.2 Efeitos na intensidade do controle: a “discrezionalità tecnica” – No que concerne especificamente à intensidade do controle judicial, um aporte legislativo merece particular atenção: a possibilidade de recurso pelo juiz administrativo a um perito do juízo (*consulenza tecnica d’ufficio*).²⁴ A inovação legislativa teve efeitos fundamentais na alteração da posição jurisprudencial relativa à chamada “discrezionalità tecnica”.²⁵ Como já foi afirmado, este conceito indicava as situações em que a administração pública promovia análises técnicas para as quais não havia apenas uma única resposta correta (a chamada “opinabilità”). Compreendida num primeiro momento como uma “espécie” de discrezionalità, estava naturalmente submetida a um controle restrito.²⁶

A partir da introdução da possibilidade do recurso ao perito, a posição jurisprudencial foi alterada. Com efeito, em uma decisão de 1999 o Conselho de Estado afirmou claramente que iria reformar sua jurisprudência, passando a admitir o controle “intrínseco” da discrezionalità técnica.²⁷ Em resumo: decisões administrativas técnicas opináveis, antes imunes a controle judicial, passaram a ser objeto de controle na sequência desta importante inovação institucional.²⁸

24. Antes da previsão deste meio instrutório para casos específicos como aqueles relativos ao funcionalismo público (art. 35 do Decreto Legislativo de 31.3.1998, n. 80) e da generalização trazida pela Lei 205/2000 o Direito Italiano continha apenas o instrumento da “verificação” (*verificazione*), previsto no art. 26 do *r. d.* de 17.8.1907, n. 642. Diferentemente da perícia, a verificação deve limitar-se a uma questão factual pontual e específica. Além disso, a verificação é promovida por um órgão integrante da administração pública, o que a torna menos imparcial. Neste sentido, cf.: Monica Delsignore, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601), *Dir. Proc. Amm.* 1/185, 2000.

25. Roberto Garofoli e Giulia Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 3ª ed., Lecce, Nel Diritto, 2010, p. 723: “Può dirsi, in conclusione, che sottesa alla generalizzazione nel processo amministrativo della consulenza tecnica vi è la precisa volontà legislativa di ammettere un sindacato penetrante, intrinseco e non più solo estrinseco, della discrezionalità tecnica esercitata dall’amministrazione”.

26. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Primeira Parte e o Capítulo I da Segunda Parte.

27. Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601.

28. Sobre a previsão de recurso ao perito do juízo e sua relação com o recrudescimento do controle judicial, v. Aldo Fera, “Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo”, *Corso di Formazione per Magistrati Amministrativi*, Caserta, 6.6.2003 (disponível em <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/>

1.1.1.2.3 Efeitos no acesso ao controle: a evolução relativa à legitimção ativa – Há outra revolução jurisprudencial muito relevante que acompanhou o aparelhamento institucional da jurisdição administrativa e parece ter sido por ela influenciado. Trata-se da orientação relativa à legitimidade para contestar as decisões das autoridades reguladoras, que evoluiu de um enfoque restritivo para um posicionamento mais generoso. Sob uma perspectiva teórica, a jurisprudência sempre exigiu que o interesse de agir fosse “concreto, direto e atual”. A questão essencial estava relacionada à natureza “direta” do interesse de sujeitos aos quais as decisões administrativas não são direcionadas, mas sofrem seus efeitos.

Tome-se como ilustrativo o caso do direito antitruste. A posição original da jurisprudência autorizava a contestação judicial apenas pelas empresas diretamente atingidas pela decisão administrativa, excluindo a legitimidade de seus concorrentes ou consumidores. Esta tese estava embasada em dois argumentos: (i) a autoridade administrativa está voltada à tutela do interesse público da liberdade de iniciativa econômica, razão pela qual todos os sujeitos que não o diretamente destinatário da medida administrativa em questão seriam titulares de mero “interesse de fato”, não possuindo interesse jurídico específico e relevante; (ii) a cisão entre participação no procedimento administrativo e participação no processo judicial, a primeira não implicando a segunda.²⁹

studi_contributi/fera_processo.htm): “È del tutto evidente che l'introduzione di un ausiliare, chiamato a consigliare il giudice con relazioni e pareri non vincolanti in materie di particolare competenza tecnica, non avrebbe senso ove al giudice fosse impedito di entrare nel merito delle valutazioni tecniche fino ad allora riservate all'autorità amministrativa”. No mesmo sentido, Paolo Lazzara, “‘Discrezionalità tecnica’ e situazioni giuridiche soggettive” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601), *Dir. Proc. Amm.* 1/212, 2000: “Le più recenti tendenze del giudice amministrativo sembrano voler rispondere al progressivo aumento – quantitativo e qualitativo – della domanda di tutela nei confronti dei pubblici poteri: sempre più spesso i privati pretendono un'analisi giudiziale approfondita del problema amministrativo e dei fatti rilevanti che prescindano dalle prospettazioni e dalle valutazioni della pubblica amministrazione. Da qui la riduzione degli spazi di autonomia della pubblica amministrazione, l'ampliamento – in via giurisdizionale e legislativa – degli strumenti istruttori a disposizione del giudice e la definitiva ammissione della consulenza tecnica d'ufficio. Questa apertura del Consiglio di Stato appare dunque l'ultima tappa di un cammino dottrinale, giurisprudenziale e legislativo che va velocemente ripercorso”.

29. Michele Corradino, *Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2009, p. 293. Neste mesmo sentido, a Corte de Cassação, em ação antitruste de reparação de danos (competência da Justiça Civil), excluía a legitimção destas outras pessoas, tendo em vista a ausência de um “interesse diferenciado” (Corte Cassazioni, Sez. I, 9.12.2002, n. 17475). No caso, a Corte de Cassação sustentou que a finalidade da lei da concorrência era a de assegurar as condições para o pleno e livre jogo da concor-

Este posicionamento restritivo foi superado pelo Conselho de Estado a partir de duas decisões entre 2004 e 2005 nas quais se consideraram legitimados a agir também os consumidores e os concorrentes.³⁰ No que concerne aos operadores econômicos do mesmo setor em que a decisão foi tomada, entendeu-se que eles possuem “interesse diferenciado” em relação à decisão – e, portanto, estariam suscetíveis de sofrer dano direto a partir de violação a uma norma protetora da concorrência. Haveria interesse *concreto, diretto ed attuale* para contestar a decisão. No que concerne a associações de consumidores, elas têm um interesse qualificado e diferenciado à “correta informação econômica” e, consequentemente, à liberdade de determinação nas suas escolhas comerciais, interesses diretamente lesados por algumas práticas anticompetitivas como a publicidade enganosa.³¹

1.1.2 O exemplo menos claro da França

Do mesmo modo que na Itália, também na França o legislador contribuiu, ao longo do tempo, para um progressivo aparelhamento da jurisdição

rência. Excluía-se a existência de um interesse juridicamente relevante dos sujeitos não diretamente visados pela decisão.

30. Cons. St., Sez. VI, 14.6.2004, n. 3865; Cons. St., Sez. VI, 3.2.2005, n. 280. V. Também: Cons. St., Sez. VI, 21.3.2005, n. 1113, em que se discutia a legitimidade de um concorrente para contestar decisão que autorizou operação de concentração. Afirmou o *Consiglio di Stato* que “le imprese concorrenti (nel medesimo settore economico) non si trovano sullo stesso piano degli altri appartenenti alla collettività: dato che non sono portatrici di un interesse indifferenziato alla concorrenza nel mercato. Esse vantano invece un interesse personale e individuale al rispetto della normativa antitrust, in quanto dalle determinazioni dell’Autorità, dirette ad altri, possono derivare uno svantaggio (in presenza di deliberazioni di natura autorizzatoria) – o un vantaggio (come nel caso di provvedimenti inibitori e sanzionatori) chiaramente riferibile alla loro sfera individuale”. V. Também: TAR Lazio Roma, Sez. I, 10.10.2006, n. 10200; TAR Lazio Roma, Sez. I, 9.2.2007, n. 515.

31. Cf. Monica Giunta, “Il sindacato del giudice amministrativo si estende fino all’analisi compiuta dall’autorità”, *Guida al Diritto* 9/103-109, 2005. Na jurisdição civil a Corte de Cassação também alterou seu posicionamento através de um julgamento no início de 2005 (Corte Cassazioni, Sez. Unite, 4.2.2005, n. 2207). Reconheceu-se, então, que a Lei 287/1990 tutela não apenas interesses das empresas, mas de todos os sujeitos que fazem parte do mercado, incluindo os consumidores. (neste sentido o art. 4º da lei). Foi dito nesta sentença que “la previsione del risarcimento del danno sarebbe meramente retorica si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla ‘cospirazione anticompetitiva’ e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi all’intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire”. Assim a Corte de Cassação admitiu a existência de um específico interesse das partes privadas, merecedor de tutela a um bom funcionamento dos mercados (Cass. Civ., Sez. III, 2.2.2007, n. 2305).

administrativa. Outros tantos avanços genéricos em direção a um controle judicial mais generoso foram dados pelo próprio Conselho de Estado (item 1.1.2.1). No entanto, ao contrário da Itália, não é totalmente clara a influência das mensagens indiretas do legislador para a adoção destes passos jurisprudenciais (item 1.1.2.2).

1.1.2.1 O aparelhamento progressivo dos tribunais operado pelo legislador

Também na França o legislador promoveu um progressivo aparelhamento do juiz administrativo, reduzindo a assimetria instrumental em relação ao juiz ordinário e ampliando a efetividade da proteção ao administrado. O movimento é menos intenso do que o verificado na Itália, mas é também perceptível. Dois exemplos podem ser citados: o estabelecimento do poder de injunção por meio da lei de 8.2.1995³² e a extensa reforma do provimento cautelar em 2000.³³

Mas o melhor indicativo da postura do legislador francês em relação à jurisdição administrativa se extrai de suas medidas para enfrentar o crônico congestionamento da jurisdição administrativa.³⁴ Teoricamente, trata-se de problema que se resolve por duas vias diversas: ou bem se limita o acesso à Justiça, ou bem se amplia sua capacidade. A prática demonstra que o le-

32. Tradicionalmente, o juiz administrativo não se permitia determinar injunções. A lei de 8.2.1995 põe fim de forma parcial a esta situação, deixando claro que o juiz pode direcionar injunções à administração, mas unicamente *en vue de l'exécution de la chose jugée*. Ou seja: pode apenas determinar as medidas que devem ser tomadas para que o que se julgou seja executado. Atualmente o Conselho de Estado tem inserido em suas decisões verdadeiros guias de execução. Indica claramente os motivos da sua decisão e o que implica exatamente a execução da anulação que ele pronuncia. Normalmente usa a fórmula: "Cette annulation comporte pour l'État les obligations exposées dans les motifs de la présente décision qui en constituent le soutien nécessaire". De acordo com o art. L. 911-1 CJA, o juiz deve estabelecer o prazo para a execução. Pode estabelecer também uma multa para o caso de descumprimento da determinação (L. 911-3).

33. V. item 2.2.2.1.1.3 do Capítulo II da Primeira Parte.

34. A França foi condenada repetidas vezes pela Corte Europeia de Direitos Humanos por violação à obrigação de promover prestações jurisdicionais em prazos razoáveis (art. 6º, § 1º). V., por exemplo: CEDH, 26.3.1992, *Éditions Périscope c. France*; CEDH, 24.11.1994, *Beaumartin c. France*; CEDH, 13.6.2000, *Serra c. France*. Olivier Gohin reporta o número de recursos registrados nos tribunais administrativos em 1971 (20 mil); em 1981 (39 mil); em 1985 (58 mil); em 1987 (62 mil); em 1988 (68 mil), em 1998 (133 mil), em 2003 (138 mil), em 2007 (175 mil) (*Contentieux Administratif*, 6ª ed., Paris, LexisNexis, 2009).

gislador francês quase sempre optou pela segunda via, evitando ao máximo limitar o acesso à Justiça.

Assim, na primeira grande reforma, em 1953, foram criados os órgãos de primeira instância, os tribunais administrativos, para desafogar o Conselho de Estado. Hoje eles existem em número de 42. Nova sobrecarga levou à criação das Cortes Administrativas de Apelação, órgãos jurisdicionais de segunda instância, através da Lei de 31.12.1987.³⁵ A partir do estabelecimento destas Cortes, a jurisdição administrativa passou também a ter três graus, assim como a jurisdição comum. Outras reformas foram no mesmo sentido, como a *Loi de Programme* de 6.1.1995, que recrutou 180 magistrados e 200 funcionários de secretária, criando 2 novos Tribunais Administrativos na *Ile-de-France* e duas novas Cortes de Apelação.

Por outro lado, a despeito da exortação de parte da doutrina, o legislador segue esquivando-se de adotar uma obrigação generalizada de proposição de recurso administrativo antes do ingresso na Justiça (a ideia do *recours administratif préalable*).³⁶ Esta obrigação existe apenas para alguns poucos casos específicos, previstos explicitamente pelo legislador.

Além disso, o legislador sempre optou por manter bastante reduzidos os custos da justiça administrativa, em uma atitude convidativa a novas ações. Assim, em geral, ações perante tribunais administrativos costumam ser menos custosas do que aquelas que correm perante a Justiça ordinária.³⁷ Os únicos custos enfrentados pelas partes são relativos a advogados, peritos ou a alguns procedimentos extras requisitados em juízo. Ainda assim, estes custos são eventuais. De fato, embora a regra geral seja a de necessidade de contar com advogado para contestar decisões administrativas (art. 431-2 do Código de Justiça Administrativa), suas exceções são significativas, e afetam mesmo a mais importante das ações usadas para este fim, o *recours pour excès de pouvoir*. Mesmo estes escassos custos eventuais podem ser suprimidos ou reduzidos para cidadãos menos abastados, por força de uma Lei de 10.7.1991 que instituiu ajuda para custos judiciais (v. art. 441-1 do

35. As Cortes Administrativas foram criadas em função do asoerboamento do Conselho de Estado, que em 1987 tinha 25 mil casos que não poderiam ser liquidados em 4 ou 5 anos (Élisabeth Chaperon, *Droit Administratif*, Paris, Sup'Foucher, 2010, p. 100).

36. Sobre o tema do recurso administrativo prévio, v. : Olivier Schrameck, "Le recours administratif préalable obligatoire est un investissement rentable pour l'administration?" (Rapport du Groupe de Travail du CE), *AJDA* 2008, p. 1628; e Béatrice Belda, "Faut-il généraliser le recours administratif préalable obligatoire?", *RD publ.* 2008, 1483.

37. Jean Waline, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2010, p. 647.

Código de Justiça Administrativa).³⁸ Finalmente, o valor máximo da multa aplicada nos casos de abuso do direito de recurso ao Poder Judiciário (€ 3.000,00) é ínfimo, e, portanto, de pouco efeito dissuasivo (v. art. 741-12 do Código de Justiça Administrativa).³⁹

Raros e menos significativos contraexemplos podem ser citados. Um deles foi o estabelecimento da obrigação geral de contar com o patrocínio do advogado em apelações, por reforma promovida por um Decreto de 24.6.2003. A ideia, aqui, era ampliar um custo para o requerente, de modo a desincentivar a proposição de recursos e a reduzir a sobrecarga das Cortes de Apelação. Outro foi a supressão da possibilidade de apelação em certo número de pequenos litígios. Também deve ser citado o “vai-e-vem” relativo ao *droit de timbre*, valor a ser pago pelo demandante na proposição de ações na Justiça ordinária e administrativa. Previsto até 1977, foi suprimido pela lei que estabelecia a gratuidade dos atos de justiça. Reestabelecido em 1.1.1994, voltou a ser eliminado, após críticas, pela *Ordonnance* de 22.12.2003. Finalmente, uma nova Lei de 29.7.2011 tornou a instituí-lo como forma de financiamento da ajuda judicial.

De modo geral, portanto, a atitude do legislador tem sido a de ampliar a capacidade e o aparelhamento da justiça administrativa. Este aspecto parece denotar uma orientação muito generosa e convidativa do legislador em relação ao controle judicial da administração pública.

1.1.2.2 Os efeitos incertos das reformas na intensidade do controle judicial

Diante deste panorama, cumpre questionar como esta atitude do legislador tem sido interpretada pela jurisdição administrativa, e se esta atitude a tem influenciado na adoção de modelos de controle mais ou menos intensos. A resposta não é totalmente evidente.

Comparativamente às demais jurisdições estudadas – notadamente Estados Unidos e Canadá –, o juiz administrativo francês é claramente menos propenso a limitar sua cognição, em deferência à administração pública. Isto vem sendo e seguirá sendo demonstrado ao longo de todo o trabalho. Muitas decisões que no Canadá e nos Estados Unidos mereceriam deferência, pela compreensão de que envolvem *policy-making*, e decisões que na Comunidade Europeia (e, por um período, na Itália) estariam submetidas

38. V. também CE, 22.7.1992, *Marcuccini*.

39. Ademais, na prática, a multa é raramente aplicada pelos tribunais administrativos, e, mesmo nestes raros casos, quase nunca alcança seu valor máximo (v. CE, 10.7.2006, *Jacques A*, n. 294971).

a um controle limitado, pela compreensão de que envolviam “avaliações técnicas complexas”, estiveram na França sempre submetidas a um controle não deferente (*contrôle normal*). No mais, a doutrina francesa reporta um movimento judicial de ampliação das hipóteses de aplicabilidade deste modelo de controle não deferente, contrastando com um declínio flagrante do modelo de controle deferente (*contrôle minimum*).⁴⁰

De todo modo, não há elementos suficientes para concluir que este movimento em direção a um controle cada vez mais intenso da administração pública seja consequência de uma eventual interpretação jurisdicional da vontade do legislador, através de mensagens indiretas. De um lado, não há na jurisprudência francesa um exemplo claro em que uma alteração legislativa específica teve efeitos diretos sobre a intensidade do controle judicial – como foi o caso do estabelecimento do recurso ao perito e do recrudescimento do controle sobre a discricionariedade técnica na Itália. De outro, a jurisdição administrativa na França é caracterizada por forte autonomia. Com efeito, muitas dos importantes progressos do direito administrativo foram capitaneados autonomamente pela jurisdição administrativa, a ponto de se dizer que o Conselho de Estado *criou* e fez evoluir o direito administrativo francês.⁴¹

40. Didier Truchet, *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, PUF, 2010, p. 217: “Le contrôle minimum régresse-t-il actuellement au profit du contrôle normal? C’est le sentiment que donne la jurisprudence: elle tend à ne plus utiliser le contrôle minimum que lorsque sont en cause, non pas un droit que les normes donnent au citoyen, mais un avantage, une faculté que l’administration n’est pas tenue de lui accorder”. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Terceira Parte.

41. Um bom exemplo é a atitude extremamente generosa do Conselho de Estado em relação ao interesse de agir desde o início do século passado. A este respeito costuma-se citar a admissão de ações de um contribuinte que contestava as despesas de uma localidade (CE, 29.3.1901, *Casanova*), do usuário de um serviço público que contestava decisões relativas à sua organização (CE, 21.12.1906, *Syndicat des Propriétaires et Contribuables du Quartier Croix de Seguey-Tivoli*), de um acampador eventual em relação a uma lei local que impedia acampamentos (CE, 14.2.1958, *Abisset*, Req. 7715) ou de um hoteleiro que contestava uma lei estabelecendo o período de férias escolares (CE, 28.5.1971, *Damasio*, Req. 78951). O interesse de agir coletivo é também aceito de forma generosa (v., por exemplo, CE 21.7.1972, *Union Interfédérale des Syndicats*, Req. 75225, e CE, Sect., 17.3.1995, *Syndicat des Casinos Autorisés de France*, Req. 93229-93230). V., ainda, a atitude convidativa em relação às intervenções de terceiros (CE, 18.12.2002, *Société Scoot France*, Req. 249300; CE, 27.4.2009, *Société Bouygues Télécom*; e CE, 24.7.2009, *Société Orange France et Société Française de Radiotéléphonie*). O último destes casos versava sobre regulação de tarifas de interconexão. Admitiu-se a intervenção da sociedade *Free*, apesar de ela não ser ainda uma operadora do setor. Sobre o tema, v. Rozen Noguellou, “Le Conseil d’État et la régulation des télécommunica-

* * *

Os relatos acima evidenciam a propensão dos legisladores italiano e francês em ampliar a efetividade da tutela jurisdicional oferecida aos cidadãos contra os atos da administração pública. Os tribunais administrativos são cada vez mais poderosos, possuem cada vez mais mecanismos que possibilitam ampla e profunda supervisão da ação administrativa. Na Itália estas circunstâncias foram explicitamente consideradas pelos tribunais para intensificar o controle judicial sobre manifestações administrativas técnicas, além de reformar generosamente as regras de legitimação ativa. Na França seria possível supor que semelhantes intervenções legislativas favorecendo o controle judicial tenham tido efeitos comparáveis. Isto porque este movimento legislativo ocorreu paralelamente a um fluxo jurisprudencial ampliativo do âmbito de incidência do modelo não deferente de controle e rarefação das hipóteses de aplicação do modelo deferente de controle. Sucede que as evidências de nexo causal entre as duas tendências não são significativas.

Considerando existente este tal nexo causal para fins de argumentação, pode-se proceder a uma ilustração do problema que se quer analisar nesta parte do capítulo. As tais “mensagens legislativas indiretas”, precisamente por serem indiretas, possibilitam múltiplas interpretações. Exatamente por isso, constituem justificação frágil para sustentar movimentações e reformas jurisprudenciais. No caso específico do aparelhamento institucional e substancial do legislador em direção a um controle judicial mais amplo, evidentemente, não importa que esta mesma tendência tenha que ser seguida também no âmbito da intensidade do controle. Ao invés disso, é plausível que o legislador tenha pretendido ampliar a proteção do cidadão através, por exemplo, da facilitação do seu acesso aos tribunais (redução de custos, ampliação de instâncias), e não através do recrudescimento substancial do controle. Note-se, a propósito, que, por todas as razões amplamente debatidas na Primeira Parte deste trabalho, a intensificação do controle substancial é amplamente polêmica – e significativamente mais polêmica do que outras medidas que contribuem para a proteção do cidadão contra a administração pública. Além disso, a sugestão de uma mensagem indireta deve sempre gerar a dúvida relativa ao porquê da inexistência de uma mensagem direta – ou seja, de uma disposição legislativa expressa para intensificar substancialmente o controle, se esta é a vontade do legislador. Dito de outro modo: a adoção de uma medida em um sentido não implica necessariamente que se queira adotar outras no mesmo sentido. Supor esta consequência seria

impossibilitar que o legislador pudesse arquitetar uma atuação jurisdicional ótima, ampliando sua incidência em campos menos problemáticos e reduzindo-a em domínios mais delicados.

Em resumo: a menção a mensagens legislativas indiretas pode estar servindo como ferramenta legitimadora de movimentos jurisprudenciais autônomos. Para não enfrentarem sozinhos os ônus da intensificação do controle, os tribunais fazem recurso ao discurso das mensagens indiretas, trazendo o Poder Legislativo também para sua causa. Esta circunstância é bastante mais clara nos casos de Estados Unidos e Canadá, aos quais se passa em seguida.

1.2 *Disposições relativas à decisão ou à autoridade controlada*

Nas jurisprudências canadense e americana o recurso à “intenção do legislador” para legitimar a decisão relativa à intensidade do controle judicial é explícito e recorrente. Nestes dois Países costumam ser ressaltadas supostas “mensagens legislativas indiretas” relacionadas com características substanciais das decisões administrativas ou peculiaridades institucionais da entidade que as prolatou. De acordo com a retórica dos tribunais, disposições legislativas sobre estes temas revelariam a vontade do legislador a propósito da intensidade do controle judicial (item 1.2.1).

O exame cuidadoso da prática destes tribunais, no entanto, demonstra que este discurso oficial é, no mínimo, questionável. Em diversas situações, disposições legislativas *explicitas* a propósito do tipo de controle judicial a ser aplicado são simplesmente ignoradas. Por outro lado, elementos efetivamente levados em consideração possuem aptidão bastante duvidosa para servir como indicadores da real intenção legislativa no que concerne à intensidade do controle judicial sobre determinada questão. Esta circunstância sugere que a ideia de “intenção legislativa” constitui mero recurso retórico para legitimar a decisão autônoma dos tribunais (item 1.2.2).

1.2.1 *A relevância da intentio legis no discurso dos tribunais*

Nos Estados Unidos os tribunais afirmam explicitamente buscar em indicativos legislativos indiretos a “vontade do legislador” relativa tanto à (i) disponibilidade do controle judicial como à (ii) intensidade do controle judicial incidente sobre as interpretações legislativas da administração pública (item 1.2.1.2). No Canadá o afastamento legislativo do controle judicial não

é permitido.⁴² Mas, de acordo com o discurso oficial, o teste polifásico e contextualizado que leva à determinação da intensidade do controle judicial volta-se à identificação da pertinente “vontade do legislador” (item 1.2.1.1). Em ambas as jurisdições, portanto, os tribunais buscam se eximir da responsabilidade pela *determinação* da intensidade do controle judicial afirmando que os procedimentos por eles promovidos apenas visam a *identificar* a intenção legislativa a este respeito.

1.2.1.1 O teste contextualizado canadense para identificação da *intentio legis*

No Canadá os tribunais aplicam um teste contextualizado de ponderação de diversas características relevantes da ação administrativa controlada e da instituição que a prolatou, para fins de identificação da intensidade do controle judicial sobre ela incidente. Originariamente chamado de “análise pragmática e funcional”, este teste polifásico incluía: (i) verificação da presença de disposições legislativas específicas; (ii) análise do propósito da legislação e da disposição específica; (iii) exame da expertise comparada da autoridade administrativa; (iv) identificação da natureza da questão. Estas fases foram examinadas individualmente no capítulo anterior. Aqui, é suficiente discutir a justificativa utilizada pelos tribunais para seu emprego.

De acordo com ideia muito repetida na jurisprudência canadense, o dilema fundamental do controle judicial da administração pública é entre o dever dos tribunais de garantir o Estado de Direito e a necessidade de respeitar o princípio democrático, veiculado por meio dos atos legislativos.

42. No Canadá a estatura constitucional da disponibilidade do controle judicial foi estabelecida no caso *Crevier versus Québec*, [1981] 2 SCR 220. Tratava-se do exame de uma lei da Província de Québec que criava um autoridade administrativa (*Professions Tribunal*) responsável por julgar os recursos das condenações por má conduta profissional proferidas por dezenas de corporações profissionais. A lei dispunha que as decisões desta autoridade estavam excluídas de qualquer revisão judicial, inclusive quanto a questões relativas à sua competência. Esta disposição foi julgada inconstitucional por violação à Seção 96 do *Constitutional Act* de 1867. O argumento foi o de que o legislador não pode evitar o controle judicial de questões relativas à competência da autoridade administrativa – até porque a decisão fora de competência “nem mesmo é uma decisão no sentido da legislação correspondente” (*Crevier versus Québec*, [1981] 2 SCR 220 at. 234-236). A decisão constitucionaliza o controle judicial em questões relativas à jurisdição das autoridades administrativas. A legislação infraconstitucional não pode afastar o controle destas questões. No caso *Dunsmuir*, em 2008, a Corte fez nova referência aos limites impostos pelo art. 96 do *Constitutional Act* (*Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 127).

Como o controle judicial é uma decorrência lógica do dever das cortes de garantir o Estado de Direito, tem-se que a deferência, quando existente, seria decorrência de uma vontade legislativa. Esta inferência é confirmada quando se percebem as insistentes afirmações da Corte no sentido de que o teste pragmático e funcional serve precisamente para a identificação da intenção legislativa. É este seu objetivo declarado.

No discurso dos tribunais canadenses há referências profícuas a esta finalidade oficial. No caso *Pezim* afirma-se que “a questão central para determinar o modelo de controle é a identificação da intenção legislativa” na atribuição de competências à autoridade administrativa.⁴³ Em *Dr. Q* a Suprema Corte sustenta que “o objetivo geral [*do enfoque pragmático e funcional*] é discernir a intenção legislativa”.⁴⁴ Neste contexto, o recurso aos diversos fatores do enfoque pragmático e funcional serviria precisamente para identificar esta intenção legislativa. Na motivação do caso *Pasiechnyk*, este raciocínio é explícito. Afirma a Suprema Corte: “fatores como o propósito da legislação que cria a agência, a razão para a sua existência, a área de sua expertise e a natureza do problema são todos relevantes para chegar-se à intenção da legislatura”.⁴⁵ Além disso, em *Bibeault* a Corte apresenta como uma das “três vantagens” do teste contextualizado denominado pragmático e funcional o fato de ele supostamente permitir a identificação “direta” da

43. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 65: “The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal’s role or function. Also crucial is whether or not the agency’s decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved”.

44. *Dr. Q versus College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 SCR 226, para 21: “The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law”.

45. *Pasiechnyk versus Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 SCR 890, para. 18: “Factors such as the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise and the nature of the problem are all relevant in arriving at the intent of the legislature”. V. também esta passagem de outro julgamento: “The expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal’s decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal’s enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada*, *supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction” (*C.J.A., Local 579 versus Braco Construction Ltd.*, [1993] 2 SCR 316, at. 335).

intenção do legislador, ao invés do foco na interpretação de uma disposição legislativa isolada.⁴⁶

1.2.1.2 A *intentio legis* sobre disponibilidade e intensidade do controle nos EUA

Nos Estados Unidos as supostas “mensagens legislativas indiretas”, reveladoras de uma intenção implícita do legislador, são utilizadas pelos tribunais para fundamentar decisões relativas tanto à disponibilidade do controle judicial (item 1.2.1.2.1) como à sua intensidade (item 1.2.1.2.2).

1.2.1.2.1 *A disponibilidade do controle judicial* – Em superação ao entendimento prevalecente no século XIX, o Direito Americano consagra hoje uma *presunção generalizada de disponibilidade do controle judicial*.⁴⁷

46. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 123-126: “This development seems to me to offer three advantages. First, it focuses the court’s inquiry directly on the intent of the legislator rather than on interpretation of an isolated provision”.

47. Durante o século XIX a discricionariedade administrativa estava excluída do controle judicial. As ações discricionárias eram consideradas “fora do Direito”, sendo imunes à sua intervenção. Neste sentido, v., por exemplo, *Martin versus Mott*, 25 U.S. (12 Wheat) 19, 29 (1827). Além disso, adotava-se uma definição excessivamente ampla da discricionariedade. Era discricionária toda ação em que a agência tivesse qualquer liberdade, de modo que a maioria das ações das agências ficava imune ao controle, a não ser pelas vias da *Common Law*, como as ações de responsabilidade civil propostas diretamente contra o funcionário da autoridade administrativa que causara o dano (v. Richard Pierce, *Administrative Law Treatise*, 5ª ed., New York, WoltersKluwer, 2010, p. 1584). A presunção de indisponibilidade do controle começou a ser alterada logo no início do século XX, com o caso *American School of Magnetic Healing versus McAnnulty*, 187 U.S. 94 (1902). Então, a Corte considerou que a ação do *Postmaster General* estava eivada de claro erro e que as cortes tinham o poder de anulá-la, caso contrário “the individual [would be] left to the absolutely uncontrolled and arbitrary action of a public and administrative officer (...) and is in violation of the rights of the individual”. Mas a mudança de orientação ainda não era expressa. Foi só após a promulgação do *Administrative Procedure Act*/APA, e tendo em vista sua linguagem bastante generosa ao controle judicial, que a Suprema Corte estabeleceu a presunção de disponibilidade do controle. A mudança veio em 1967, no julgamento do caso *Abbott Laboratories Inc. versus Gardner*, 387 U.S. 136. Ali fica evidente, nas palavras da Corte, a importância do aporte substancial do APA: “The Administrative Procedure Act (...) embodies the basic presumption of judicial review (...). So long as no statute precludes such relief or the action is not one committed to agency discretion (...). The Administrative Procedure Act specifically not only for review of ‘agency action made reviewable by statute’ but also for review of ‘final agency action for which there is no other adequate remedy in a court’ (...). Only upon a showing of ‘clear and convincing evidence’ of a contrary legislative intent should

A presunção não é absoluta. O próprio *Administrative Procedure Act*/APA prevê, na Seção § 701, a possibilidade de imposição legislativa de limites ao controle judicial. No entanto, cabe à autoridade administrativa demonstrar que a presunção foi revertida pela legislação pertinente. De acordo com a jurisprudência americana, a disponibilidade do controle judicial pode ser afastada explícita (item 1.2.1.2.1.1) ou implicitamente (item 1.2.1.2.1.2) pela legislação.

1.2.1.2.1.1 A indisponibilidade do controle por disposição legislativa expressa: No caso de afastamentos legislativos explícitos os tribunais costumam acatar a ordem e se abster. Assim, em *Briscoe versus Bell* a Suprema Corte recusou-se a promover o controle judicial da ação administrativa contestada, observando que a disposição legislativa que tornava tal controle indisponível possuía formulação redacional absoluta. Além disso, adicionou que os propósitos da lei e as discussões havidas no Congresso no momento de sua elaboração apontavam no mesmo sentido.⁴⁸ De todo modo, a existência da presunção de disponibilidade do controle tem como consequência a interpretação restritiva das disposições legislativas que limitam o controle.⁴⁹

A hipótese em que o controle judicial está indisponível por disposição explícita do legislador, entretanto, não é relevante para este capítulo. É que neste caso a decisão é tomada diretamente pelo mais democrático dos Poderes do Estado, de modo que a questão da legitimidade desta decisão não se põe.⁵⁰

courts restrict access to judicial review". Um passo ainda adiante foi dado na decisão do caso *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402, 415 (1971). Neste caso a Corte fez uma leitura muito clara dos dispositivos relevantes do APA, concluindo que a discricionariedade administrativa só estaria isenta do controle judicial nos casos em que os "statutes are drawn in such broad terms that in a given case there is no law to apply". Havendo indicações legislativas a condicionar o exercício da discricionariedade (law to apply), o controle judicial é possível. No caso de *Overton Park* a legislação vetava construções em parques quando "alternativas prudentes e viáveis" existissem. A Corte entendeu que estas expressões consistiam em "direito suficiente" para justificar o controle. Sobre o tema, v., ainda, Keith Werhan, "The neoclassical revival in administrative law", 44 *Admin. L. Rev.* 567, 597-598 (1992).

48. *Briscoe versus Bell*, 432 U.S. 404, 410 (1977): "The language is absolute on its face and would appear to admit of no exceptions. The purposes and legislative history of the Act strongly support this straightforward interpretation".

49. V., por exemplo, *Adamo Wrecking Co. versus United States*, 434 U.S. 275 (1978), ou *Bowen versus Michigan Academy of Family Physicians*, 476 U.S. 667 (1986).

50. Louis L. Jaffe, "The right to judicial review I", 71 *Harv. L. Rev.* 401, 432 (1957).

1.2.1.2.1.2 A indisponibilidade do controle por intentio legis implicita:

São particularmente relevantes as circunstâncias em que esta indisponibilidade do controle judicial é definida pelos tribunais a partir de supostas indicações legislativas implícitas. Em função da existência de uma “presunção de disponibilidade do controle”, as evidências de afastamento do controle pelo Poder legislativo devem ser, na fórmula do caso *Abbott*, “claras e convincentes”.⁵¹ No caso *Block*, em 1984, a Suprema Corte estabeleceu os parâmetros para a identificação de uma tal intenção legislativa. Além da previsão legislativa específica, podem constituir indícios claros e convincentes: (i) a história legislativa; (ii) interpretações judiciais contemporâneas seguidas da aquiescência do Congresso; (iii) contribuição coletiva das histórias legislativa e judicial da lei; (iv) inferências extraídas do esquema regulatório como um todo.⁵²

Esta quarta possibilidade é particularmente interessante. Ela foi utilizada no próprio caso *Block*. Uma lei americana de 1937 autorizara o Secretário de Agricultura a estabelecer preços mínimos de venda de leite, com a finalidade de controlar uma situação de “concorrência excessivamente acirrada”. O esquema regulatório incluía algumas previsões relativas à contestação das medidas governamentais adotadas em seu âmbito. Havia um procedimento administrativo a ser seguido antes que contestações pudessem ser levadas ao Poder Judiciário. A legislação previa este procedimento administrativo apenas para os agentes processadores de laticínios. Em 1980 um litisconsórcio ativo contestou as medidas governamentais do esquema, entendendo que o elevado preço mínimo estabelecido tornava praticamente inviável o processamento de laticínios. O litisconsórcio era formado por três consumidores, um processador e uma organização sem fins lucrativos. A Corte Distrital concluiu que os consumidores individuais e a organização sem fins lucrativos não possuíam legitimidade ativa para contestar o esquema regulatório e recusou também a contestação do processador, por não ter ele esgotado o

51. *Abbott Laboratories versus Gardner*, 387 U.S. 136, 140-141 (1967).

52. *Block versus Community Nutrition Institute*, 467 U.S. 340, 349 (1984): “The presumption favoring judicial review of administrative action is just that – a presumption. This presumption, like all presumptions used in interpreting statutes, may be overcome by specific language or specific legislative history that is a reliable indicator of congressional intent. (...). The congressional intent necessary to overcome the presumption may also be inferred from contemporaneous judicial construction barring review and the congressional acquiescence in it, (...) or from the collective import of legislative and judicial history behind a particular statute. (...). More important for purposes of this case, the presumption favoring judicial review of administrative action may be overcome by inferences of intent drawn from the statutory scheme as a whole”.

procedimento administrativo previsto na lei para preceder as contestações judiciais. O julgamento foi revertido pela Corte de Apelação, que entendeu que os consumidores tinham legitimidade de agir e que não havia na legislação relevante “a evidência clara e convincente da intenção do Congresso de superar a presunção em favor da disponibilidade do controle judicial” (fazendo alusão à jurisprudência da Suprema Corte em *Abbott*). A decisão da Corte de Apelação foi revertida pela Suprema Corte, que entendeu discernível na legislação correspondente a intenção legislativa de limitação do controle judicial.

A Suprema Corte esclareceu que a preclusão do controle judicial é determinada não apenas pela expressa redação da lei, mas também pela “estrutura do esquema regulatório, seus objetivos, sua história legislativa e a natureza da ação administrativa envolvida”.⁵³ De acordo com o raciocínio da Suprema Corte, no caso concreto, “a estrutura da lei e do esquema regulatório” pretendia confinar as contestações administrativas e judiciais aos processadores de laticínios. Não havia no esquema regulatório “nenhum papel” a ser cumprido pelos consumidores individuais – o esquema criava um projeto de cooperação entre o Secretário de Estado, produtores e processadores.⁵⁴ O fato de que a legislação não incluía menções aos consumidores foi considerado suficiente para excluir sua legitimidade de agir. Ainda mais significativamente, a Suprema Corte entendeu que a abertura das contestações judiciais para os consumidores “prejudicaria seriamente o esquema regulatório complexo e delicado”.⁵⁵

53. *Block versus Community Nutrition Institute*, 467 U.S. 340, 345 (1984): “Whether and to what extent a particular statute precludes judicial review is determined not only from its express language, but also from the structure of the statutory scheme, its objectives, its legislative history, and the nature of the administrative action involved”.

54. *Block versus Community Nutrition Institute*, 467 U.S. 340, 347 (1984): “Nowhere in the Act, however, is there an express provision for participation by consumers in any proceeding. In a complex scheme of this type, the omission of such a provision is sufficient reason to believe that Congress intended to foreclose consumer participation in the regulatory process”.

55. *Block versus Community Nutrition Institute*, 467 U.S. 340, 348 (1984): “Allowing consumers to sue the Secretary would severely disrupt this complex and delicate administrative scheme. It would provide handlers with a convenient device for evading the statutory requirement that they first exhaust their administrative remedies. A handler may also be a consumer and, as such, could sue in that capacity. Alternatively, a handler would need only to find a consumer who is willing to join in or initiate an action in the district court. The consumer or consumer-handler could then raise precisely the same exceptions that the handler must raise administratively”.

Do mesmo modo, já se identificou o afastamento do controle judicial em situações em que sua disponibilidade poderia criar atrasos e delongas em programas regulatórios para os quais a rapidez da ação administrativa é crucial. Assim, em *Morris versus Gressette*⁵⁶ a decisão tomada pelo *Attorney General* foi considerada não passível de controle, em função da necessidade de uma rápida decisão administrativa.

1.2.1.2.2 A intensidade do controle judicial sobre interpretações legislativas – No que atina especificamente à intensidade do controle judicial, as supostas “mensagens indiretas” são particularmente relevantes no âmbito do controle de interpretações legislativas promovidas pela administração pública (*statutory construction*). Por razões didáticas, é possível identificar três fases no histórico jurisprudencial americano relativo a este âmbito: (i) o período pré-*Chevron* (antes de 1984); (ii) o período entre *Chevron* e *Mead* (entre 1984 e 2001); (iii) o período pós-*Mead* (a partir de 2001). Em todos eles a eventual deferência judicial a uma interpretação legislativa tem como fundamento uma suposta intenção legislativa neste sentido.

1.2.1.2.2.1 O período pré-Chevron (antes de 1984): Já no período que antecedeu a célebre decisão da Suprema Corte no caso *Chevron* a “intenção legislativa” era considerada relevante na determinação do modelo de controle a ser aplicado às interpretações legislativas das autoridades administrativas. Para identificar esta intenção legislativa, no entanto, não havia uma teoria unificada: aplicava-se um enfoque “pragmático e contextualizado”.⁵⁷ Através de uma ponderação autônoma de diversas variáveis (como a expertise da agência, a complexidade da questão sob análise, a concessão de poderes normativos à agência etc.) concluía-se pela aplicação de uma deferência judicial “forte”, “média” ou “fraca”, embora jamais tenha havido esforço para calibrar estas ideias com precisão.⁵⁸

56. *Morris versus Gressette*, 432 U.S. 491 (1977).

57. Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, 101 *Yale L. J.* 969, 972-974 (1992).

58. V., por exemplo: *Aluminum Co. of Am. versus Central Lincoln Peoples' Util. Dist.*, 467 U.S. 380, 390 (1984); *Bell versus New Jersey*, 461 U.S. 773 (1983); *Blum versus Bacon*, 457 U.S. 132 (1982); *United States versus Clark*, 454 U.S. 555 (1982); *Federal Election Comm'n versus Democratic Senatorial Campaign Comm'n*, 454 U.S. 27 (1981); *Heckler versus Campbell*, 461 U.S. 466, 468 (1983); *Herweg versus Ray*, 455 U.S. 265, 274-75 (1982); *Batterton versus Francis*, 432 U.S. 416, 424-26 (1977); *E. I. du Pont de Nemours & Co. versus Train*, 430 U.S. 112, 134-35 e n. 25 (1977); *NLRB versus Seven-Up Bottling Co.*, 344 U.S. 344, 348 (1953).

1.2.1.2.2.2 *O período entre Chevron e Mead (entre 1984 e 2001):* A decisão da Suprema Corte no caso *Chevron*, uma das mais célebres do direito público americano, já foi apresentada nos capítulos anteriores. Em rápida síntese, decidiu-se neste caso que os tribunais deveriam deferir para as interpretações que as agências promovessem de termos ambíguos contidos na legislação a elas correspondente. Estas interpretações deveriam ser mantidas pelos tribunais, salvo em caso de irrazoabilidade.

Uma das suas leituras mais interessantes de *Chevron* é aquela segundo a qual esta decisão veio precisamente a abandonar o método de ponderação caso a caso e estabelecer uma presunção de que, na hipótese em que houvesse uma *ambiguidade legislativa*, a intenção do Congresso seria presumivelmente a de conceder discricionariedade para a agência decidir. A decisão da Suprema Corte em *Chevron*, portanto, criaria uma importante *regra procedimental*. Ela alteraria o *método* utilizado pelos tribunais para identificar a intenção legislativa de deferir para a administração: de uma ponderação e sopesamento de múltiplos fatores para um método baseado numa presunção de que a ambiguidade legislativa corresponde à existência de intenção do Congresso de delegar. Com efeito, um dos pontos mais relevantes de *Chevron* é o reconhecimento claro da possibilidade de existência de “delegações implícitas”⁵⁹ do Poder legislativo a uma autoridade administrativa.⁶⁰

59. V., neste sentido, a interpretação de Michael Herz: “In *Chevron*, the Court deferred not because it deemed the agency to have a superior understanding of the statute, but because there was nothing to understand. Congress had left a ‘gap’ for the agency to fill, thereby implicitly instructing the courts to accept the agency’s decision” (“Deference running riot: separating interpretation and law-making under *Chevron*”, 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187 (1992)). V. também Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/469-489, ano II, 2000, pp. 469-489: “La soluzione che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dato (da *Chevron* in poi) a questo problema è formalmente motivata con la teoria della delegazione implicita. (...) le delegazioni implicite, che si verificherebbero in tutte le ipotesi in cui il legislatore non ha dettagliatamente disciplinato tutti i casi possibili”.

60. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-844 (1984): “The power of an administrative agency to administer a congressionally created (...) program necessarily requires the formulation of policy and the making of rules to fill any gap left, implicitly or explicitly, by Congress. (...). If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency”.

1.2.1.2.2.3 *O período pós-Mead (a partir de 2001)*: A “intenção legislativa” segue sendo relevante no contexto pós-*Mead*.⁶¹ Esta decisão de 2001 da Suprema Corte americana forneceu nova interpretação para a aplicabilidade do teste bifásico de *Chevron*. No caso, discutia-se se os tribunais deviam deferência a toda interpretação de ambiguidades legislativas promovida pelas agências, mesmo quando veiculada em circunstâncias informais, como cartas ou declarações de diretrizes institucionais. Em outras palavras: discutia-se quando o teste de *Chevron* seria aplicável. A Suprema Corte, então, esclareceu que, embora não aplicável a todos os casos de interpretação legislativa, o teste de *Chevron* é aplicável em todas as situações em que se puder identificar a intenção do Congresso de delegar para a autoridade administrativa o poder de falar com força de lei.⁶² Neste sentido, *a deferência é uma consequência direta da intenção legislativa de delegação* – e aquela só será aplicada quando esta puder ser identificada.

No caso *Mead* a Suprema Corte americana restaura o procedimento judicial contextualizado e multifásico (próprio do período pré-*Chevron*) para identificar esta intenção legislativa. Afirma, assim, que é razoável inferir a existência de intenção legislativa de delegar no caso de circunstâncias para as quais a legislação determina o uso de procedimentos administrativos revestidos de algumas garantias formais,⁶³ como a adjudicação formal e os procedimentos participativos de produção normativa de tipo *notice-and-comment*.⁶⁴ Mas deixa claro que estas não são as únicas circunstâncias em que a deferência caberá. E, de forma relevante, remete aos tribunais – sem grandes indicações – a tarefa de ponderar os diversos aspectos da decisão controlada para chegar a esta intenção legislativa.

* * *

61. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218 (2001).

62. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 231 (2001).

63. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 230-231 (2001): “It is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when it provides for a relatively formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force. (...). Thus, the overwhelming number of our cases applying *Chevron* deference have reviewed the fruits of notice-and-comment rulemaking or formal adjudication”.

64. Embora o os procedimentos participativos de produção normativa de tipo *notice-and-comment* sejam qualificados como *informal rulemaking* pelo *Administrative Procedure Act* (art. 553(d)), eles são, de fato, compostos por diversas garantias procedimentais relativas à participação e à motivação.

Em resumo, portanto: nos discursos oficiais dos tribunais de Estados Unidos e Canadá a aplicação de um controle judicial deferente (e, no caso específico americano, também a indisponibilidade do controle judicial) resulta da vontade do legislador de que tal circunstância se produza. Os tribunais não tomariam estas atitudes de forma autônoma, mas apenas cumpririam uma determinação legislativa implícita.

1.2.2 *O mundo real da determinação da intensidade do controle judicial*

O exame cuidadoso da prática dos tribunais em relação ao procedimento objeto de estudo deste capítulo demonstra que o discurso oficial é dificilmente sustentável (item 1.2.2.1).⁶⁵ Nos Estados Unidos os fatores considerados relevantes para a identificação da intenção legislativa relativa à intensidade do controle judicial são claramente inidôneos a este fim. No Canadá este procedimento se repete, com um agravante: ali, chega-se a ignorar disposições legislativas explícitas a propósito da intensidade do controle judicial, privilegiando-se as supostas mensagens legislativas indiretas. Estas circunstâncias sugerem fortemente que o recurso à ideia de “intenção legislativa” é um mero recurso retórico dos tribunais para legitimar suas determinações autônomas a propósito da intensidade do controle por eles realizado (item 1.2.2.2).

1.2.2.1 *A clara improcedência do discurso oficial de identificação da intentio legis*

Não é difícil demonstrar a improcedência do discurso oficial dos tribunais americano e canadense a propósito da identificação de uma intenção legislativa.

1.2.2.1.1 EUA: a inaptidão dos fatores sopesados para traduzir a intentio legis – No caso americano os fatores ponderados pelos juízes para identificar a tal intenção legislativa são claramente inaptos para este fim. Isso se dá tanto na análise relativa à disponibilidade do controle judicial

65. David J. Barron e Elena Kagan, “Chevron’s nondelegation doctrine”, 201 *Sup. Ct. Rev.* 201, 203 (2001): “An inquiry into actual congressional intent, of the kind the Mead Court advocated, cannot realistically solve this question. Although Congress has broad power to decide what kind of judicial review should apply to what kind of administrative decision, Congress so rarely discloses (or, perhaps, even has) a view on this subject as to make a search for legislative intent chimerical and a conclusion regarding that intent fraudulent in the mine run of cases”.

(item 1.2.2.1.1.1) como no exame do modelo de controle judicial aplicável sobre interpretações legislativas da administração pública (item 1.2.2.1.1.2).

1.2.2.1.1.1 A disponibilidade do controle judicial: Inicie-se pela suposta identificação de uma determinação legislativa implícita de afastamento ou limitação do controle judicial. É ilustrativo o caso *Block*, citado acima, em que as circunstâncias supostamente aptas para esta identificação foram apresentadas. Nele, a Suprema Corte considerou o controle judicial indisponível para o consumidor principalmente porque não encontrou no esquema regulatório nenhum papel a ser por ele cumprido. Sucede que esta circunstância não implica também e necessariamente o afastamento de sua participação pela via judicial. A relação estabelecida pela Corte entre os dois fatos não é exatamente “clara e convincente”. Como a própria Corte admitiu, constava dos objetivos explícitos da lei pertinente a proteção do consumidor.⁶⁶ Esta previsão poderia ter conduzido ao reconhecimento da possibilidade de que ele próprio pudesse contestar as medidas governamentais adotadas no âmbito do programa regulatório quando elas fossem contrárias aos seus interesses. Em outras palavras: a “intenção legislativa” a propósito da disponibilidade do controle judicial não era assim tão clara – e isto implica que, nesta determinação, os tribunais detêm uma *responsabilidade* que não querem admitir.

1.2.2.1.1.2 A intensidade do controle sobre interpretações legislativas: A inaptidão dos fatores levados em consideração pelos tribunais para a identificação da intenção legislativa é ainda mais clara no caso da definição da intensidade do controle judicial sobre as interpretações legislativas promovidas pela administração pública.

1.2.2.1.1.2.1 O período pré-Chevron (até 1984): No período pré-*Chevron* os tribunais ponderavam fatores como a expertise da agência, a complexidade da questão sob análise, a concessão de poderes normativos à agência etc. A identificação de cada um deles era interpretada pelos tribunais como reveladora da intenção do Congresso de limitar a intervenção judicial sobre estas questões. Sucede que não é totalmente evidente que a criação, pelo legislador, de autoridades dotadas de uma expertise particular e a concessão a elas de poderes normativos ou de competência para resolver questões complexas indiquem de fato – e necessariamente – uma *intentio legis* de limitação do controle judicial. A rigor, todos e cada um destes fatores poderiam indicar a necessidade de adotar um controle judicial não

66. *Block versus Community Nutrition Institute*, 467 U.S. 340, 347 (1984).

deferente. Como já se afirmou na Primeira Parte deste trabalho, a expertise de uma autoridade administrativa ou a complexidade das questões por ela resolvidas podem, bem legitimamente, ser interpretadas como fatores pró ou contra a deferência judicial.

Decisões administrativas técnicas e complexas costumam envolver opções políticas relevantes. Entretanto, por escaparem à compreensão do cidadão médio, escapam também do controle que estes lhes poderiam impor por meio de seus votos. Neste contexto, o controle judicial poderia suprir ou mitigar o fraco controle político. Raciocínio semelhante pode ser feito em relação à atribuição legislativa de poderes normativos às autoridades administrativas. Tão largos poderes de natureza no mínimo “quase política” poderiam ser contrabalanceados por uma supervisão judicial mais detalhada. Esta, aliás, tem sido a opção explícita da jurisprudência italiana pós-2004.⁶⁷ Portanto, há um claro “salto indutivo” na suposição judicial de que estes fatores traduzam necessariamente uma intenção do legislador de submeter tais questões a controle deferente.⁶⁸

67. V., por exemplo, Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3: “Il fatto che si tratti di un’ autorità posta al di fuori del circuito dell’ indirizzo politico rende ancor più necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all’ autorità nell’ esercizio del potere ad essa spettante”.

68. Deste modo, não é surpreendente que o Congresso tenha sinalizado através de alterações legislativas, em diversas oportunidades, sua discordância com a interpretação que fora feita de sua vontade. O caso mais conhecido é o de *NLRB versus Hearst*, decidido ainda na década de 40 do século passado. A discussão girava em torno da aplicação aos profissionais que distribuíam jornais nas ruas do termo legal “empregado”, constante de legislação trabalhista administrada por uma agência específica, *National Labor Relations Board/NLRB*. Tratava-se de pura questão de interpretação legislativa, na medida em que não havia grandes discussões factuais a propósito das funções desempenhadas por tais profissionais. Eles não tinham salários: ganhavam apenas em função da quantidade de jornais vendidos. A empresa *Hearst*, que publicava quatro jornais em Los Angeles, recusou-se a proceder à negociação coletiva com o sindicato que representava os profissionais, sob o argumento de que eles não eram seus empregados. A Agência examinou o caso e concluiu que os garotos que trabalhavam regularmente e em tempo integral correspondiam a “empregados”, nos termos da legislação pertinente. A interpretação é recusada pela Corte de Apelação, que examina independentemente as previsões legislativas e resolve aplicar “conceitos de *Common Law*”, chegando à sua própria conclusão, contrária à da Agência. O caso é levado à Suprema Corte, que reverte a decisão da Corte de Apelação, deferindo para a interpretação da Agência. A Suprema Corte afirma que não é necessário fazer uma análise completa da legislação, porque a competência para interpretar o termo legislativo foi atribuída primariamente a uma Agência criada para administrar a aplicação da legislação. De forma relevante, a Corte destaca a importância da experiência da Agência nas questões trabalhistas, e afirma categoricamente que, nos casos em que uma legislação é administrada por uma agência,

1.2.2.1.1.2.2 O período entre *Chevron* e *Mead* (entre 1984 e 2001): A mesma improcedência do discurso oficial permanece no período pós-*Chevron*. Esta decisão consagrou uma espécie de presunção de que, no caso de ambiguidades legislativas, o legislador teria pretendido delegar poder para a autoridade administrativa. Por isso, caberia a ela resolver estas ambiguidades. Nestas hipóteses os tribunais apenas anulariam decisões administrativas *irrazoáveis*.

Se pudessem as ambiguidades legislativas ser de fato plausivelmente interpretadas como delegações legislativas, o problema da legitimidade desta orientação jurisprudencial não se colocaria. Sucede que esta presunção é, na realidade, bastante questionável.⁶⁹ A rigor, não há razão para supor que a ambiguidade legislativa veicule uma real intenção do legislador de delegar poderes à administração, com a consequência da necessária aplicação sobre estas hipóteses de um controle judicial deferente.⁷⁰ Na realidade da

a função da corte revisora é limitada. A decisão deu ensejo a uma manifestação legislativa revertendo a interpretação da Agência. A lei interpretada pela NLRB foi emendada pelo Congresso, para evitar a interpretação por ela promovida. O termo “empregado” foi definido de modo a não incluir “um indivíduo com *status* de contratante independente”. Em resumo: a Suprema Corte entendeu que a criação de uma agência detentora de expertise em questões trabalhistas traduziria a intenção legislativa de que esta agência falasse com força de lei nas questões sob sua competência. O Congresso, no entanto, afastou a interpretação da Agência, desautorizando-a como portadora da própria intenção parlamentar. Para outros casos em que o Congresso afastou a interpretação administrativa que havia sido mantida pela Suprema Corte em nome da “intenção legislativa”, v.: Eskridge, “Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions”, 101 *Yale L. J.* 331 (1991).

69. Thomas Merrill observa que a mais forte evidência que suporta a presunção de delegação implícita no caso de ambiguidade legislativa, consagrada por *Chevron*, advém do fato de que o Congresso tem conhecimento da prática de deferência judicial a interpretações legislativas sob a doutrina *Chevron* e jamais agiu para proibi-la. Mas, em suas próprias palavras, “in order to establish that Congress has mandated the practice of deference, the Court should be able to point to more than a debatable inference from congressional inaction” (“Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 995). Cass R. Sunstein afirma, ainda, que, sob uma perspectiva histórica, “it would be a major error to treat all ambiguities as delegations. In fact many regulatory statutes, especially in the environmental area, were passed in periods of considerable suspicion of agency performance” (“Law and administration after *Chevron*”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2090 (1990)).

70. Michael Herz, “Deference running riot: separating interpretation and law-making under *Chevron*”, cit., 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187: “The notion that Congress has delegated interpretive authority to the agency is likely to be wholly fictional in any case where the delegation is not express. The rivalry between the legislative and executive branches, compounded by the now longstanding phenomenon of powers separated not only by the Constitution but by political party, should raise

prática congressional, uma série de outras circunstâncias fáticas pode causar a ambiguidade legislativa – como reconhece a própria decisão *Chevron*.⁷¹ Na mais comum das hipóteses, a ambiguidade a propósito de uma questão significará que o Congresso simplesmente não cogitou ou debateu a questão posteriormente levada a juízo.⁷²

Portanto, a vinculação de uma ambiguidade legislativa à aplicação de um controle judicial deferente não é, de maneira alguma, uma solução evidente. Ausente qualquer outra indicação, é até mais razoável supor que ambiguidades legislativas devam ser solucionadas pelos tribunais, já que a interpretação de leis é uma de suas funções mais comuns. É esta, aliás, a orientação adotada na França e na Itália, como se viu na Primeira Parte deste trabalho. Além disso, é a solução que parece ter sido *explicitamente* adotada pelo Congresso, com a promulgação do *Administrative Procedure Act*/APA, cujo § 706 afirma que cabe aos tribunais revisores “decidir todas as questões de direito e interpretar as disposições constitucionais e legislativas”.⁷³

doubts that Congress actually wants to hand over power to the agencies. Congress should prefer relatively stringent judicial review of agency interpretations. Chevron’s presumption is particularly counterfactual in equating ambiguity with delegation. Statutory ambiguity results primarily from time constraints, logrolling, and individual legislator’s desire for credit but not blame”.

71. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984): “Congress intended to accommodate both interests, but did not do so itself on the level of specificity presented by these cases. Perhaps that body consciously desired the administrator to strike the balance at this level, thinking that those with great expertise and charged with responsibility for administering the provision would be in a better position to do so; perhaps it simply did not consider the question at this level; and perhaps Congress was unable to forge a coalition on either side of the question, and those on each side decided to take their chances with the scheme devised by the agency. For judicial purposes, it matters not which of these things occurred”.

72. Assim também: Francesco Denozza, “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, cit., *Mercato, Concorrenza, Regole* 2/481.

73. *Administrative Procedure Act*, § 706: “To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action”. Sob uma perspectiva mais genérica, a orientação deferencial de *Chevron* violaria o próprio espírito do APA, bastante favorável ao controle judicial da administração pública (cf.: Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, 582; Cass Sunstein, “Deregulation and the hard-look doctrine”, 1983 *Sup. Ct. Rev.* 471, p. 198). Aliás, boa parte da doutrina destaca que o *Administrative Procedure Act* teria permitido delegações desde que houvesse um controle judicial para que esta delegação se

Que fique bem claro: não se quer, aqui, afirmar a implausibilidade ou inconveniência da doutrina *Chevron* como doutrina deferencial. O Capítulo I desta Segunda Parte do trabalho está repleto de razões que justificam esta opção. Aqui se pretende apenas apontar o fato de que esta orientação deferencial adotada pelos tribunais *não pode ser razoavelmente atribuída a uma determinação congressional*. Quaisquer que sejam os méritos ou deméritos da doutrina *Chevron*, ela constitui uma opção jurisdicional. Do mesmo modo, não se ignora que a vinculação da ambiguidade à aplicação de um controle judicial deferente pode ter decorrido (e provavelmente decorreu) mais de uma simplificação pragmática do que de uma real compreensão de que as ambiguidades *de fato* significam e veiculam uma delegação congressional.⁷⁴ Mas esta circunstância tem relevância para a discussão relativa à relevância da orientação deferencial consagrada em *Chevron*. Esta orientação é obra dos tribunais, e não do Congresso – e isto deve ser reconhecido.

1.2.2.1.1.2.3 O período pós-*Mead* (a partir de 2001): A inaptidão dos fatores do teste contextualizado para revelar a intenção legislativa no que concerne ao modelo de controle judicial é também evidente no contexto pós-*Mead*. Como já foi visto, neste caso a Suprema Corte esclareceu que o teste de *Chevron* se aplica não apenas às interpretações administrativas veiculadas em adjudicações formais ou *notice-and-comment rulemaking*, mas em quaisquer situações em que se puder identificar a intenção legislativa de que a autoridade administrativa fale com força de lei. Ainda segundo a Suprema Corte, a aplicação direta do teste de *Chevron* nestas duas instâncias clássicas se dá *precisamente porque* as formalidades previstas na legislação para a promoção delas permitiriam concluir pela existência de intenção legislativa de inibir o controle judicial.

Como notou em dissenso o Ministro Antonin Scalia, a argumentação carece de força lógica. Não é fácil compreender por que o estabelecimento, pela lei, de procedimentos formais conduziria necessariamente à conclusão de que o legislador estaria determinando a deferência judicial: “Não há nenhuma conexão necessária entre a formalidade de um procedimento e o poder de uma entidade que administra o procedimento de resolver de forma

mantivesse nos limites da licitude. Neste sentido, por exemplo: Patrick M. Garry, “Judicial review and the ‘hard-look’ doctrine”, 7 *Nev. L. J.* 151.

74. William R. Andersen, “Against *Chevron* – A modest proposal”, 56 *Admin. L. Rev.* 957, 963 (2004): “Few believe, however, there is any actual intentional delegation in these cases – we are dealing instead with a convenient fiction. Even *Chevron* itself said that deference should be owing to an agency interpretation even when ‘Congress did not actually have an intent’”.

definitiva questões de direito. O mais formalista dos procedimentos a que a Corte faz referência – adjudicação formal – segue o modelo do processo usado nos tribunais de primeira instância, aos quais evidentemente não se defere em questões de direito. O propósito deste procedimento é o de produzir um registro para determinação e controle dos fatos – o que não implica nada sobre o poder da agência submetida ao procedimento de resolver de forma definitiva as questões de direito”.⁷⁵

1.2.2.1.2 Canadá: a total incoerência entre prática e discurso – No caso canadense a incoerência entre o discurso oficial e a prática é ainda mais evidente do que no caso americano. Ali não apenas se utilizam critérios pouco idôneos a demonstrar a real intenção legislativa, como também se desconsideram solenemente fatores que claramente indicariam tal intenção.

1.2.2.1.2.1 A desconsideração de determinações legislativas explícitas: Se o interesse do teste pragmático e funcional canadense consistisse realmente em identificar a intenção legislativa, seria de se esperar que a sua primeira fase, relativa à existência da chamada “cláusula privativa”⁷⁶ ou de uma previsão legislativa de direito de recurso ao Poder Judiciário, tivesse clara precedência sobre as demais. Afinal, é nesta fase que a Corte examina se há na lei uma previsão legislativa *expressa e incontroversa* sobre como deve ser o controle judicial. Em alguns casos a legislação contém cláusula privativa absoluta, afirmando que “as decisões da autoridade são finais e conclusivas, não estando submetidas a nenhum controle judicial”. Em outros casos há na lei uma previsão expressa de que as decisões da autoridade administrativa poderão ser submetidas a amplo e irrestrito escrutínio judicial. Nestas hipóteses parece evidente qual é a intenção legislativa.⁷⁷

75. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 243 (2001): “The Court’s principal criterion of congressional intent to supplant its background rule seems to me quite implausible. There is no necessary connection between the formality of procedure and the power of the entity administering the procedure to resolve authoritatively questions of law. The most formal of the procedures the Court refers to – formal adjudication – is modeled after the process used in trial courts, which of course are not generally accorded deference on questions of law. The purpose of such a procedure is to produce a closed record for determination and review of the facts – which implies nothing about the power of the agency subjected to the procedure to resolve authoritatively questions of law”.

76. Sobre o tema, v. o item 2.5.1.1.1 do capítulo anterior.

77. Neste mesmo sentido, v. as contundentes palavras de Deborah K. Lovett (“That enigmatic curial deference and the continuing and most curious search for legislative intent — What to do, what to do?”) (2004), 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 207, 219: “Additionally, in light of the Court’s repeated insistence that the standard

Mas não é assim que os tribunais canadenses têm entendido. Não apenas têm eles se recusado a interpretar eventual cláusula privativa como fator definitivo na determinação da intenção legislativa,⁷⁸ mas por muito tempo (pelo menos até o caso *Dunsmuir*, em 2008) deixaram claro que o fator essencial do teste pragmático e funcional era a análise da expertise da autoridade.⁷⁹ É no mínimo curioso que o mero estabelecimento de uma entidade com expertise para o desempenho de sua função específica seja considerado um indício mais importante de intenção legislativa de controle jurídico limitado do que uma cláusula privativa, que consiste em declaração expressa neste sentido.⁸⁰ Não se está afirmando que a expertise não seja relevante para a determinação do controle judicial. Mas é insustentável considerá-la

of review jurisprudence is aimed at ascertaining the legislature's intent, the fact that the mere presence of a full privative clause does not by itself mandate judicial deference, just as the mere presence of a broad right of appeal does not mandate a review for correctness, is at best confusing. As has been aptly noted, the fact that the absence of a privative clause may not automatically engage the correctness standard of review does not really explain why the Legislature would not have intended the court to use the correctness standard when the Legislature specifically granted a right of appeal to the court. (...). Similarly, the presence of a full privative clause constitutes a very clear and wholly unambiguous indicator of a legislative intent that reviewing courts should not interfere with a tribunal's decisions as long as those decisions are made within the scope of the jurisdiction that has been given to the tribunal by its enabling Act. If the central inquiry in any standard of review analysis is the search for legislative intent, why are full privative clauses seen only as one relevant, yet not determinative factor to be taken into account? It seems clear that such provisions are intended to mandate the very highest level of deference or judicial noninterference. By its very terms, a full privative clause does not leave open for doubt that such decisions are to be final and within the exclusive jurisdiction of the tribunal".

78. Ian Holloway menciona um caso de 1953 em que a Suprema Corte teria ignorado pela primeira vez uma cláusula privativa ("A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon" (1993), 22 *Man. L. J.* 28, 51-53). O caso foi *Toronto Newspaper Guild versus Globe Printing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18.

79. Como afirma David Dyzenhaus, a situação atual é a de que a cláusula privativa não é nem necessária nem suficiente para a aplicação da deferência judicial ("Disobeying Parliament? Privative clauses and the rule of law", in R. W. Bauman e T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge University Press, 2006, p. 511).

80. Audrey Macklin, "Standard of review: the pragmatic and functional test", in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 225: "If the privative clause was an exercise in communicating legislative intention about the role of the courts, suffice to say that the message was, if not lost, then at least reformulated in translation. The court rationalized this through the constitutionalization of judicial review, and appeals to a negotiation between the rule of law and a view of parliamentary sovereignty as external to, or counterpoised against, the rule of law".

como o fator mais importante para a identificação da *vontade legislativa* no sentido de estabelecimento de um controle menos intenso. No fundo, o que acaba ocorrendo é que, para identificar a intenção legislativa, as Cortes canadenses dão prevalência a uma “declaração” indireta (entendendo que o estabelecimento de uma autoridade com expertise consiste nesta declaração indireta) sobre uma declaração direta, veiculada numa cláusula privativa ou numa previsão expressa de um direito de recurso aos tribunais.⁸¹

A justificativa que a Suprema Corte oferece para esta orientação é a de que há limites constitucionais para a intenção legislativa.⁸² Ora, de fato há tais limites, e, portanto, uma cláusula privativa que pretenda isolar as decisões de uma autoridade administrativa de todo e qualquer escrutínio judicial não pode ser efetivada pelas Cortes em tão amplo sentido.⁸³ Mas isso de maneira alguma implica que esta cláusula eventual, ainda que reformatada dentro de seu espaço de constitucionalidade, não corresponda a um válido e definitivo sinal de que a *intenção do legislador* é submeter as decisões desta autoridade administrativa a um controle limitado.

É incoerente que a Suprema Corte ignore uma cláusula privativa existente no sentido acima apresentando e, com base na ausência de expertise específica, ou tendo em vista a natureza da questão sob exame, argumente que a *intenção legislativa* é que as decisões desta autoridade administrativa estejam submetidas a controle não deferente, sob o modelo de correção. Se fosse esta a intenção legislativa, por que razão teria sido estabelecida a cláusula privativa? Do mesmo modo, retome-se o exemplo da lei que prevê claramente que as decisões de uma autoridade administrativa estão subme-

81. V. David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, pp. 282-283: “The use of privative clauses has the paradoxical effect of appearing to increase judicial power. The device of the privative clause, far from performing its intended preemptive role, perversely perpetuates what it seeks to avoid (...). In sum, privative clauses amount to a clear statutory command which judges find themselves compelled either to ignore or radically to rewrite. (...). Legislatures must also acknowledge that the power they delegate is inherently limited by law. It follows that judges when they read down privative clauses are at one level respecting the intention of the legislature (a more abstract and long term intention) that there are inherent legal limits to official power”. Em outro artigo o mesmo autor examina as diferentes reações dos tribunais ingleses, australianos e canadenses às cláusulas privativas (v. “Disobeying Parliament? Privative clauses and the rule of law”, cit., in R. W. Bauman e T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*, p. 502).

82. V., por exemplo, *Dr. Q versus College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 SCR 226, para 21.

83. V., a propósito, *Crevier versus Québec*, [1981] 2 SCR 220.

tidas a amplo escrutínio judicial. Como podem os tribunais, coerentemente, argumentar que adotarão um modelo de controle limitado *com fundamento na intenção legislativa*? Foi exatamente isto que aconteceu no caso *Pezim*.⁸⁴ Tratava-se de decisão de uma questão jurídica e havia disposição legislativa prevendo possibilidade de recurso ao Judiciário das decisões da autoridade administrativa. Ainda assim ela foi submetida a um modelo de controle deferente (de “irrazoabilidade manifesta”), sob a justificativa de que a decisão em questão se enquadrava perfeitamente dentro da expertise da autoridade.⁸⁵

Situação semelhante já ocorrera em outros casos, como *Braco*⁸⁶ e *Alberta Union of Provincial Employees*.⁸⁷ Por outro lado, *Southam* fornece um exemplo adicional e posterior a *Pezim* em que a legislação relevante não continha cláusula privativa (e inclusive possuía previsão de direito a recurso), mas em que este fator foi superado pela expertise da autoridade administrativa para determinar a necessidade de deferência judicial.⁸⁸

1.2.2.1.2.2 *O manifesto do Ministro Rothstein no caso Khosa*: O tema foi objeto de longo manifesto no julgamento de *Khosa* (2009).⁸⁹ A maioria

84. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557.

85. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 70: “Consequently, even where there is no privative clause and where there is a statutory right of appeal, the concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters which fall squarely within the tribunal’s expertise”.

86. *C. J. A., Local 579 versus Braco Construction Ltd.*, [1993] 2 SCR 316, 335: “The expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal’s decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal’s enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada*, *supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction”.

87. *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 versus Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 SCR 923.

88. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 46: “Section 13 of the Competition Tribunal Act confers a right of appeal from orders and decisions of the Competition Tribunal (...). That Parliament granted such a broad, even unfettered right of appeal, as if from a judgment of a trial court, perhaps counsels a less-than-deferential posture for appellate courts than would be appropriate if a privative clause were present. However, as this Court has noted several times recently, the absence of a privative clause does not settle the question”.

89. A rigor, antes da manifestação do Ministro Rothstein, em *Khosa*, a pouca relevância das cláusulas privativas já havia sido comentada no voto do Ministro

dos Ministros aplicou a *standard of review analysis* (que sucedeu ao teste pragmático e funcional) e chegou à conclusão de que o modelo de controle adequado seria o de razoabilidade. Em voto separado, o Ministro Rothstein entendeu que, na ausência de uma cláusula privativa, deveria ser aplicada diretamente (e sem passar pelo teste contextualizado) a regra geral do art. 18.1 do *Federal Courts Act*, que requer, segundo sua interpretação, um controle de correção.⁹⁰

O Ministro Rothstein não ignorava que a Corte já houvera, em muitos casos anteriores, entendido que o modelo de controle de razoabilidade poderia ser aplicado mesmo na ausência de cláusulas privativas quando as demais fases da análise pragmática e funcional apontavam neste sentido (como no caso *Pezim*). Mas ele sustentava que, quando assim procedeu, a Corte se distanciou das linhas mestras estabelecidas na primeira decisão que determinou a deferência (*CUPE*, em 1979⁹¹); além de se afastar do alegado objetivo tanto do teste pragmático funcional como do teste do modelo de controle de *Dunsmuir*, que seria o de “identificar a intenção legislativa”.⁹²

Binnie em *Dunsmuir*. O Ministro sugerira a adoção de uma presunção de controle limitado na presença de uma cláusula privativa: “The existence of a privative clause is currently subsumed within the ‘pragmatic and functional’ test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. A single standard of ‘reasonableness’ cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court’s review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying ‘what’s wrong with these people, [the judges] can’t they read?’. A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another ‘factor’ in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of outcome on substantive grounds unless the applicant can show that the clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect” (*Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 143).

90. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 70: “In my view, courts must give effect to the legislature’s words and cannot superimpose on them a duplicative common law analysis. Where the legislature has expressly or impliedly provided for standards of review, courts must follow that legislative intent, subject to any constitutional challenge”.

91. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

92. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 73: “Dunsmuir reaffirmed that ‘determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent’ (para. 30). The present majority’s

De acordo com Rothstein, a Corte teria a obrigação de efetivar a intenção legislativa sempre que ela esteja dentro dos limites constitucionais. A Corte não poderia impor uma análise multifásica quando a intenção do Parlamento fosse clara no sentido do modelo de controle a ser adotado. A insistência da maioria em aplicar o teste contextualizado em qualquer circunstância seria claramente contrária à intenção legislativa. Rothstein compara a redação do art. 18.1(4), em que o Parlamento claramente estabeleceu um modelo de controle deferencial (apenas para questões de fato), com os demais incisos que não preveem esta deferência. Disto ele conclui que para as questões de fato a regra geral é a deferência.⁹³ Para as demais questões, especialmente as questões jurídicas, a regra é o controle sob modelo de correção – regra geral que pode ser excepcionada apenas para existência de uma cláusula privativa, e não autonomamente, pelo Judiciário.⁹⁴

Fundamentalmente, Rothstein discorda que a mera criação de autoridades com expertise seja indicativa da intenção legislativa de controle judicial deferente.⁹⁵ Ele afirma que o legislador até pode tomar esta decisão de sub-

insistence that Dunsmuir applies even where Parliament specifies a standard of review is inconsistent with that search for legislative intent, in my respectful view”.

93. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 72: “The language of s. 18.1(4)(d) makes clear that findings of fact are to be reviewed on a highly deferential standard. Courts are only to interfere with a decision based on erroneous findings of fact where the federal board, commission or other tribunal’s factual finding was ‘made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it’. By contrast with para. (d), there is no suggestion that courts should defer in reviewing a question that raises any of the other criteria in s. 18.1(4). Where Parliament intended a deferential standard of review in s. 18.1(4), it used clear and unambiguous language. The necessary implication is that where Parliament did not provide for a deferential standard, its intent was that no deference be shown. As I will explain, the language and context of s. 18.1(4), and in particular the absence of deferential wording, demonstrates that a correctness standard is to be applied to questions of jurisdiction, natural justice, law and fraud. The language of s. 18.1(4)(d) indicates that deference is only to be applied to questions of fact”.

94. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 90.

95. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 77: “The question is, however, whether the creation of expert tribunals automatically meant that there was to be some limitation on the judicial review role of the courts, in particular on questions of law. Where the legislature enacted strong privative clauses precluding review for legal error, there is no doubt that this was the legislative intent. In my opinion, the same limit on judicial review cannot be inferred merely from the establishment of a tribunal when the legislature did not seek to immunize the tribunal’s decisions from judicial review. In those cases, the creation of an administrative decision-maker did not by itself give rise to a tension with the supervisory role of the courts”.

meter as decisões das autoridades administrativas a um controle limitado, mas para tanto teria que inserir uma cláusula privativa. Ou seja: a decisão de submeter autoridades especializadas a um escrutínio mais deferente cabe ao legislador. Não deve o Judiciário presumir esta intenção.⁹⁶ Rothstein considera equivocado que a cláusula privativa tenha sido inserida no teste multifásico criado em *Pushpanathan* como apenas “um dos critérios” para determinar a intenção legislativa, quando deveria ser considerado o critério fundamental.

A resposta da maioria à longa crítica do Ministro Rothstein é, no mínimo, curiosa. Ela limita-se a sugerir uma espécie de aquiescência do Parlamento em relação ao teste contextualizado, na medida em que ele era aplicado havia já alguns anos e o Parlamento jamais se insurgira ou promulgara legislações que o afetassem.⁹⁷ Não há, no entanto, o enfrentamento direto da questão fundamental: por que seria mais adequado ou efetivo, *para o fim de identificar a intenção legislativa*, aplicar o teste contextualizado e multifásico, ao invés de simplesmente aplicar a disposição legislativa explícita sobre o assunto? Na ausência de resposta a esta questão, a melhor forma de traduzir a posição da maioria é no sentido de que, de fato, o teste contextualizado não é a melhor maneira de identificar a intenção do Parlamento, mas ele seguirá sendo aplicado, já que o Parlamento contra tanto nunca se insurgiu.

1.2.2.2 A reflexão sobre as razões que levam ao uso desta retórica

Sugere-se, aqui, que a real finalidade das doutrinas deferenciais americana e canadense (e em especial dos testes contextualizados ali consagrados) é a de aplicar o modelo de controle judicial mais adequado para cada uma das decisões administrativas que vêm a juízo (item 1.2.2.2.1). A decisão judicial de proceder a esta avaliação autônoma, no entanto, é politicamente sensível – fato que explica a relutância em admiti-la (item 1.2.2.2.2).

1.2.2.2.1 O objetivo do teste contextualizado: um controle judicial “sob medida” – A atenção aos fatores levados em consideração tanto nos Estados Unidos como no Canadá permite inferir outra finalidade para a aplicação do teste contextualizado. Ao invés de divisar a intenção legislativa quanto ao modelo de controle, o teste serviria a identificar o *controle mais adequado* para cada uma das decisões administrativas controladas.

96. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 91.

97. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 18.

Segundo este raciocínio, os tribunais tentariam, com o teste contextualizado, promover uma espécie de “controle sob medida”, perfeitamente adaptado aos aspectos relevantes da decisão administrativa.⁹⁸ Com efeito, exsurge claramente dos fatores eleitos para compor o teste, bem como do discurso judicial que acompanha sua criação, que o teste contextualizado abre espaço para uma análise institucional comparativa. A ponderação operada a partir de fatores contrapostos permite, ainda, uma tentativa de “balanceamento” de objetivos sociais contraditórios como a proteção de direitos individuais, a eficiência e o exercício qualificado de poderes administrativos e a *accountability* política das instituições públicas.⁹⁹

Como foi visto no capítulo anterior, na decisão da Suprema Corte americana no caso *Mead*, o Ministro David Souter, escrevendo para a maioria, recusou a sugestão do Ministro Scalia de evitar complexidades excessivas e preservar a simplicidade do teste original de *Chevron*.¹⁰⁰ E o fez explícita e convictamente. Assim, afirma que subjacente à opinião da maioria está uma escolha judicial sobre a melhor maneira de enfrentar uma característica inescapável da massa de legislação congressional que autoriza ações administrativas. Esta característica é a grande variedade das leis que investem a ad-

98. Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 979: “Given the rhetoric of Justice Stevens’ opinion, the most apparent objective of this series of presumptions was to maximize the role of democratically accountable institutions in the process of legal interpretation and to restrict the discretion of unelected courts”.

99. David Dyzenhaus faz referência a um conflito entre as razões formais e substanciais para a deferência, mas conclui que aquelas formais “não podem ser levadas a sério”. Em suas palavras: “As a result the deference principle for which CUPE stands is fundamentally ambiguous. On the one hand, it offers a formal reason for deference – courts should defer to administrative determinations of the law when the legislature requires them to do so. On the other hand, it articulates a substantive rationale for deference, one which says that courts must defer when there are reasons, such as superior agency expertise, for deference. This ambiguity left Canadian courts in a dilemma. Should they defer merely because the legislature has said so despite the fact that the substantive rationale for deference is not in place? And should they defer when there is a substantive rationale for deference despite the fact that the legislature has not included a privative clause in the relevant statute, perhaps even has expressly allowed for appeals on questions of law? (...). Rather, my point is that CUPE taken as a whole is riddled with tension since the formal and the substantive rationale for deference are in conflict. To anticipate a bit, I do not think that it is possible for judges to avoid interpretation and interpretation requires substantive evaluation. In short, the formal rationale for deference cannot be taken seriously” (“The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, pp. 290-294).

100. Sobre o tema, v. o item 2.4.1 do capítulo anterior.

ministração de poderes decisórios e a riqueza de maneiras como isso é feito. A escolha da Corte foi a de adequar a intensidade do controle à variedade de situações fático-jurídicas que podem influenciá-la (na expressão original, *tailor deference to variety*).¹⁰¹ Na rica passagem da decisão, ainda que a Suprema Corte siga fazendo referências indiretas à “intenção do Congresso”, parece evidente o objetivo de adequar a intensidade do controle aos aspectos relevantes da decisão controlada. E parece também patente a compreensão de que a melhor forma de fazê-lo é proceder a um teste “complexo” ou contextualizado.

Tome-se, também neste sentido, o teste pragmático e funcional canadense. Seus quatro passos fixos permitiam aos tribunais avaliar os critérios substanciais estudados na Primeira Parte deste trabalho. Em seu âmbito havia espaço para considerações relativas à sensibilidade jurídica de uma questão, à sua complexidade técnica, à sua natureza política ou fática. O acesso a estas considerações lhes possibilitava atingir uma decisão relativa à intensidade do controle judicial que fosse *perfeitamente adaptada*, “sob medida”, à decisão controlada.

A menção recorrente à expertise como o fator mais relevante do teste contextualizado¹⁰² é outro aspecto que indica a propensão a promover um controle “sob medida”. O foco neste fator permite que as decisões substantivas sejam alocadas para a autoridade administrativa ou para os tribunais, de acordo com suas competências institucionais. Comentando o tema, Audrey Macklin observa que a Corte diversas vezes permitiu que a ausência de cláusulas privativas ou, mesmo, a existência de uma previsão explícita de recurso ao judiciário fossem remediadas pela análise da expertise, para a aplicação de um controle limitado. Mas a Corte jamais entendeu que a existência de cláusula privativa fosse suficiente para determinar o controle limitado, à ausência de expertise específica da autoridade administrativa. Eis aí uma clara demonstração de que o objetivo do teste pragmático e funcional não era exatamente a identificação da intenção legislativa.¹⁰³

No caso *Dunsmuir* esclareceu-se que o teste contextualizado aplicável até então seria “funcional”, na medida em que buscava atribuir a última

101. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001).

102. V., por exemplo, *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 50.

103. Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 213: “The court often says that a privative clause’s effect can be outweighed by the assessment of expertise; the court never says that a privative clause can outweigh expertise”.

decisão ao juiz ou ao administrador, de acordo com sua função. Assim, para decidir questões tipicamente jurídicas a última decisão ficaria com o juiz (pois esta é sua função primordial). Para decidir questões administrativas a última palavra seria da autoridade administrativa. Já, o termo “pragmático” serviria a afastar a análise da sua tradicional natureza formalista, além de ressaltar as características “práticas” do enfoque: por exemplo, a de que uma autoridade especializada normalmente está melhor adaptada para tomar uma decisão que caia no núcleo de sua expertise.¹⁰⁴ Como se vê, a própria denominação original do teste como “pragmático e funcional” sugeria esta sua vocação para possibilitar um controle sob medida para a decisão levada a juízo.

1.2.2.2.2 A sensibilidade da decisão judicial autônoma neste sentido

– A sugestão da existência de uma finalidade “real” de um procedimento, distinta da finalidade “oficial” ou declarada, requer que esta dissociação seja explicada. No caso do procedimento contextualizado de determinação da intensidade do controle a explicação não é difícil. Tanto nos Estados Unidos como no Canadá os diversos procedimentos contextualizados existentes foram criados de forma autônoma pelos tribunais (mais especificamente, pelas duas Supremas Cortes). Eles não eram impostos pela legislação ou pela Constituição. Constituíram, em outras palavras, uma *opção* judicial. Do mesmo modo, não havia indicação legislativa ou constitucional a propósito de quais fatores levar em consideração para compor o teste contextualizado. Finalmente, tampouco havia instruções do Congresso sobre *qual tendência* associar a cada uma das variáveis ou a cada um dos fatores utilizados na composição do teste. Acima já se repetiu que fatores como a complexidade técnica de uma questão tanto podem justificar um controle *não deferente* como um controle *deferente*.

Há aí três decisões de política judicial bastante relevantes. O Poder Judiciário decide que a intensidade do seu controle será determinada a partir de um teste, escolhe os fatores relevantes para serem nele ponderados e atribui peso a cada um deles. O funcionamento desta engrenagem determinará o detalhamento do escrutínio judicial sobre a administração pública. Dito de outro modo: determinará a amplitude da intervenção dos tribunais sobre a administração pública – circunstância naturalmente sensível do ponto de vista político e institucional. O problema é que todas estas três decisões políticas relevantes acima são feitas à míngua de respaldo congressual. O que aqui se quer sugerir é que o argumento da “busca contextualizada” da intenção legislativa nada mais é do que uma tentativa de legitimar politicamente

104. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 122.

a adoção deste procedimento. Assim, o Poder Judiciário toma a decisão que considera mais adequada, mas a atribui ao legislador, que possui maior *pedigree* democrático.¹⁰⁵

2. *A legitimação através do processo de escolha da intensidade*

O item 1 deste capítulo cuidou de um método *indireto* de legitimação da determinação da intensidade do controle judicial: o recurso à retórica da intenção do legislador. Este item cuida de um método alternativo: a legitimação da escolha da intensidade do controle judicial pela via do processo. Trata-se de estruturar esta escolha em regras procedimentais, de modo a lhe conferir maior objetividade e transparência. A legitimidade da escolha decorreria da eliminação da arbitrariedade resultante deste processo decisório estruturado.

Note-se que se trata de um método de legitimação bastante diverso daquele estudado no item 1. Ali cuidava-se de uma espécie de legitimação *ad personam*, por assim dizer. O argumento era: a decisão é legítima porque foi tomada por uma instituição com fortes credenciais democráticas. Interessava o *autor* da decisão. Daí a ânsia dos tribunais em atribuir a aplicação de um modelo de controle judicial a uma suposta intenção do legislador. A persuasão de uma audiência de que a intensidade do controle ao final aplicada é aquela que teria sido desejada pelo legislador é uma forma de tornar esta escolha politicamente aceitável. No caso do método de legitimação estudado neste item a lógica é diversa. Pretende-se legitimar a escolha não pelas características da instituição que a tomou, mas pelas peculiaridades do

105. Neste sentido, vale repetir a passagem de Aharon Barak, ele próprio ex-Ministro da Suprema Corte de Israel: “I giudici tendono a nascondere l’esistenza della discrezionalità giudiziaria. ‘Ci limitiamo a dichiarare ciò che il Diritto è – non siamo noi a crearlo’, è un motto comune in molti giudizi. I giudici temono che la fiducia pubblica nella volontà giudiziaria possa risentirne, se l’opinione pubblica dovesse scoprire la verità” (“La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l’amministrazione della Giustizia”, *Politica del Diritto* 1/15, ano XXXIV, março/2003). Para Wade MacLauchlan, “at all levels of decision-making there is an elaborate denial of responsibility. This is true of the exercise of statutory interpretation, whereby the choice of outcome is attributed to the legislature, even in the case of a seventy-year-old, patently ambiguous provision. (...) In the end one is left with the impression of an elaborate and expensive regime in which parties affected by the process make arguments about statutory interpretation but do not address what they really want or expect from the process” (“Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 349-350).

processo decisório. A decisão é aceitável *porque foi tomada* de uma forma tal que limita o arbítrio.

A legitimação pelo processo pode ser cogitada tanto na hipótese em que a escolha da intensidade do controle judicial decorre do uso de categorias formais (item 2.1) como na hipótese em que ela resulta da aplicação de um teste contextualizado de ponderação de múltiplos fatores (item 2.2).

2.1 *A legitimação através do processo no uso de categorias formais*

O capítulo anterior apresentou o procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do uso de categorias formais. Nestes casos os tribunais trabalham com estruturas lógicas compostas normalmente por duas ou três categorias formais, cada uma delas ligadas a um controle intenso ou deferente. A tarefa dos tribunais consiste na *identificação* da hipótese que se verifica no caso concreto, com a aplicação “automática” da intensidade do controle a ela correspondente. Em teoria, este sistema funcionaria de forma silogística e simples: à hipótese “X” se aplica um controle não deferente; à hipótese “Y” se aplica um controle deferente.

Neste capítulo o uso de categorias formais tem relevância, porque poderia constituir uma forma de legitimação das decisões dos tribunais a propósito da específica intensidade do controle judicial a ser aplicado. Esta legitimação decorreria principalmente do fato de que as categorias formais veiculariam regras *prévias* e relativamente *objetivas* (item 2.1.1). Os históricos jurisprudenciais de Estados Unidos e Canadá, no entanto, sugerem que estes esforços de aprisionar os tribunais a fórmulas prévias têm eficácia bastante limitada – e, portanto, constituem mecanismos imperfeitos de legitimação da decisão relativa à intensidade do controle judicial (item 2.1.2).

2.1.1 *A “objetivização” do procedimento como fator de sua legitimação*

A legitimação resultante do uso de categorias formais decorreria principalmente do fato de que as categorias formais veiculariam regras *prévias* e relativamente *objetivas*. Estas circunstâncias evitariam que a intensidade do controle judicial fosse determinada por *casuísmos* ou *subjetivismos* dos tribunais. O raciocínio é razoável. Imagina-se que, ao forçar os tribunais a trabalhar com estruturas mais simples, diminui-se sua margem de manobra. Manejando menos variáveis eles teriam menor autonomia para *influenciar* a intensidade do controle a ser aplicado, em função de suas preferências pes-

soais. Estas circunstâncias tornariam esta decisão mais impessoal e previsível – e, por isso mesmo, mais legítima. Aliás, aceitando-se estas premissas, talvez se deva falar, neste caso, em *identificação* da intensidade judicial, e não em sua *determinação*.

Como também já foi visto no capítulo anterior,¹⁰⁶ note-se que, embora o uso de categorias formais retire dos tribunais o poder de ponderação autônoma, caso a caso, dos critérios expostos na Primeira Parte deste livro, isto não significa que *nenhuma* ponderação seja realizada, em nenhum momento. Há – isto, sim – uma ponderação realizada no momento da criação das categorias formais. Vincula-se a cada uma delas um tipo de controle. Dependendo da sua natureza, seu atrelamento a um controle não deferente ou limitado revela a existência de uma decisão prévia, que envolve uma ponderação específica dos critérios substanciais tratados na primeira parte do trabalho. Neste sentido, as categorias formais *cristalizam e veiculam* escolhas e ponderações de critérios substanciais que guiarão a determinação da intensidade do controle. Operadas estas ponderações prévias e relativamente abstratas, haveria (teoricamente) pouco espaço para subjetividades na sua aplicação – e é precisamente daí que decorreria a legitimidade da determinação da intensidade do controle judicial.

2.1.1.1 A teoria da questão preliminar no Direito Canadense

Tome-se o exemplo da teoria da questão preliminar no Direito Canadense. Em sua compreensão mais pura, ela importa uma espécie de “objetivização” da decisão relativa à intensidade do controle judicial. Primeiro, porque, na sua aplicação, apenas uma circunstância é relevante para a definição desta intensidade: o fato de a decisão controlada incluir, ou não, uma consideração da autoridade administrativa a propósito da sua própria competência.¹⁰⁷ Os tribunais estão “isolados” dos demais aspectos (ainda que eventualmente relevantes) da decisão controlada. Segundo, porque as específicas intensidades a serem aplicadas em cada uma destas hipóteses também já estão prefiguradas. Não cabe aos tribunais ponderar a propósito de qual modelo de controle aplicar às questões efetivamente jurisdicionais.

106. V. a “Introdução” ao Capítulo I desta Segunda Parte.

107. H. Wade MacLauchlan, “Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 366.

2.1.1.2 A simplificação da doutrina *Chevron* nos Estados Unidos

A mesma circunstância pode ser apontada na simplificação pretendida pela doutrina *Chevron*. Adotando seu teste bifásico, caberia aos tribunais *unicamente* avaliar se a legislação pertinente possui uma resposta clara ou é ambígua em relação à questão trazida a juízo. No primeiro caso aplicar-se-ia um controle não deferente; no segundo caso, um controle deferente. Ao menos nesta compreensão mais pura não haveria espaço, no âmbito da doutrina *Chevron*, para ponderações de outra ordem. Esta circunstância aportaria à determinação da intensidade do controle judicial *objetividade* e *previsibilidade*.

A propósito, o aumento da previsibilidade da jurisprudência relativa à intensidade do controle é destacado na doutrina americana como um dos fatores que levaram à adoção da *Chevron doctrine*. Já se disse que a *orientação de deferência* para a administração pública não é exatamente a novidade mais relevante trazida pela decisão da Suprema Corte.¹⁰⁸ *Chevron* não inaugura uma era de deferência antes inexistente, como é o caso da decisão de *CUPE* no Canadá, em 1979. Repita-se: antes de *Chevron* muitos casos já haviam aplicado esta deferência, inclusive com razões substanciais bastante parecidas. O problema é que também há registro abundante de decisões que aplicavam um controle não deferente às interpretações legislativas das autoridades administrativas americanas. Alguns casos defendiam explicitamente a possibilidade de substituição judicial do juízo administrativo em questões que envolviam o sentido de um termo legislativo. Esta incerteza gerava insegurança jurídica e, mesmo, aumento da litigância.

Neste sentido, *Chevron* busca inaugurar uma era de maior coerência, consistência e previsibilidade jurisprudencial¹⁰⁹ – e isto é feito precisamente através do isolamento dos tribunais das circunstâncias do caso concreto. Afinal, a partir de *Chevron* não é mais dado aos tribunais ponderar por si sós estas circunstâncias para determinar a intensidade do controle judicial.

108. V., por exemplo, o item 1.1.2 do Capítulo I desta Segunda Parte ou o item 1.2.1.2.2.1 acima.

109. Richard J. Pierce Jr. noticia que na 2ª edição de seu *Tratado de Direito Administrativo*, publicada em 1984, constava o seguinte relato da jurisprudência da época: “The Court (...) substitutes judgments in some cases and uses the reasonableness in other cases, without providing any guide as to what actuates its choices (...). It has consistently kept the scope of review unpredictable, and for that reason the volume of litigation has been large” (*Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., p. 155). Referindo, ainda, este período de incertezas pré-*Chevron*, v.: Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, 38 *Admin. L. Rev.* 363, 365-367 (1986); Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2082.

Basta-lhes identificar a existência ou a inexistência de ambiguidades legislativas.¹¹⁰

* * *

Os exemplos das teorias formalistas que caracterizaram a jurisprudência americana e a canadense revelam a razão pela qual elas poderiam ser compreendidas como mecanismos legitimadores da decisão de determinação da intensidade do controle judicial. Uma vez que o uso de categorias formais enquadra e limita a autonomia dos tribunais, seria possível presumir que os problemas de legitimidade desta determinação seriam reduzidos. Em teoria, nestas jurisdições a intensidade do controle seria identificada de forma objetiva, simples e previsível, não havendo espaço para arbítrios dos tribunais. Sob um certo ângulo, a intensidade do controle judicial lhes seria *dada* pelas circunstâncias – não lhes caberiam ponderações autônomas.

2.1.2 *Limites do método de legitimação através do uso de categorias formais*

Sucede que um exame mais atento da teoria e da prática destes mecanismos desencoraja otimismo a este respeito. Do ponto de vista teórico, segue havendo um problema de legitimidade relativo à própria *criação* das categorias formais e das opções que elas veiculam (item 2.1.2.1). Do ponto de vista prático, o histórico jurisprudencial dos Países estudados demonstra a ineficiência destes mecanismos formais como instrumentos de limitação da autonomia dos tribunais (item 2.1.2.2.).

2.1.2.1 Limite teórico: a questão da legitimidade da criação das categorias formais

Do ponto de vista teórico, não se pode perder de vista que os responsáveis pela *criação* destas categorias formais são, na maioria das vezes, os

110. Pesquisas empíricas realizadas alguns anos após *Chevron* relatavam uma drástica redução nas menções constantes nas decisões dos tribunais inferiores aos múltiplos fatores que eram relevantes antes de *Chevron* (v. Orin S. Kerr, “Shedding light on Chevron: an empirical study of the Chevron doctrine in the U.S. court of appeals”, 15 *Yale J. on Reg.* 1 (1998); Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, cit., 101 *Yale L. J.* 969, 981-982). A circunstância poderia sugerir o sucesso da doutrina *Chevron* em enquadrar as considerações dos tribunais para determinar a intensidade do controle judicial. Como o capítulo anterior demonstrou e a sequência deste capítulo demonstrará, no entanto, parece ter havido apenas uma restrição no *discurso jurídico* – diversos fatores seguem sendo considerados no âmbito da discussão relativa à *ambiguidade* da legislação em questão.

próprios tribunais. Assim, a teoria da questão preliminar, a doutrina *Chevron* e os conceitos de *discrecionalidade técnica* e *avaliação técnica complexa* são obras dos tribunais canadenses, americanos e italianos. E, se é assim, há um evidente problema de legitimação *também relativo a estas criações*. Sob um certo ângulo, a criação de categorias formais *desloca no tempo* o problema de legitimidade: se as determinações da intensidade do controle judicial em cada caso concreto passam a ser menos problemáticas, há um problema de justificação prévio, concernente ao momento da criação das categorias formais.

Até se poderia admitir que o mecanismo das categorias formais *reduz* o problema da legitimidade, na medida em que estas decisões prévias tendem a ser menos sensíveis, justamente porque mais abstratas. Com efeito, sendo elas relativamente dissociadas das circunstâncias do caso concreto, então, haveria um risco menor de manipulação casuística realizada pelos tribunais. No entanto, ainda que se admita que o problema da legitimidade *é reduzido*, ele certamente não *é eliminado*.

Assim, voltando os olhos à teoria da questão jurisdicional, por que considerar relevante para fins de determinação da intensidade do controle judicial apenas o fato de a decisão controlada versar ou não sobre aspectos relativos aos próprios limites da competência? Por que ignorar os demais aspectos eventualmente relevantes da decisão controlada ou da autoridade administrativa que a prolatou? Pensando na doutrina *Chevron*, por que apenas a clareza ou a ambiguidade do texto deveriam ser relevantes? E por que se deveria atribuir às autoridades administrativas, e não aos tribunais, com sua expertise jurídica, a solução de ambiguidades legislativas? No que concerne às avaliações técnicas complexas, por que devem elas escapar também do escrutínio judicial mais próximo, se já escapam largamente do escrutínio político?

Que fique claro: todas estas decisões são certamente possíveis e justificáveis, mas elas não são as *únicas* possíveis.¹¹¹ Elas veiculam uma opção de privilegiar uma dentre as finalidades conflitantes do direito administrativo. Por isto mesmo, elas terminam por realizar ou fomentar um estado de coisas específico, com impactos relevantes na sociedade. Além disso, elas produzem consequências relevantes também no que concerne à extensão dos poderes dos próprios tribunais. Daí surge a pergunta essencial: deveria, mesmo, esta decisão caber aos tribunais? E, se couber, como eliminar as dúvidas relativas à sua legitimidade?

111. V., a propósito, todo o Capítulo II da Primeira Parte.

2.1.2.2 Limite prático: a ineficiência dos esforços de redução da autonomia judicial

A análise do longo histórico jurisprudencial de Canadá e Estados Unidos demonstra que a existência de categorias formais não inibe a introdução de considerações a elas alheias. Dito de outro modo: a autonomia judicial não é eficientemente limitada por este mecanismo.

2.1.2.2.1 *A deturpação do conceito de questão preliminar no Canadá –*

Tome-se, em primeiro lugar, o exemplo do Canadá. Como já se disse, nesta jurisdição os tribunais utilizavam, até a década de 1970, um sistema binário para a determinação da intensidade do controle, baseado na teoria da “questão preliminar”, também chamada de “questão jurisdicional”. Na concepção original ela correspondia a uma questão que atinasse aos limites da competência (jurisdição) da autoridade administrativa. Por causa de sua sensibilidade jurídica, estas questões mereciam controle judicial intenso, ao passo que as demais questões, chamadas de “administrativas” (aquelas relacionadas ao mérito ou à substância da decisão administrativa), mereciam deferência judicial.

A prática demonstrou que os tribunais passaram a adotar uma compreensão bastante extensa do que seria uma questão jurisdicional, afastando-se da sua concepção original.¹¹² Ao assim proceder, ampliavam seus próprios poderes de revisão e aplicavam sobre as decisões da administração um controle frequentemente intenso.¹¹³

112. Brian Langille sustenta a impossibilidade de diferenciar entre questões jurisdicionais ou não jurisdicionais: “Part of the charm of the idea of ‘jurisdiction’ is that it appears to involve a logically distinct type of question as to whether a decision-maker is exercising a power it possesses, or is deciding a case which it has the power to decide. It appears so clear that there is a distinction between our magistrate hearing a case of theft under \$200, and doing a poor job of it, and on the other hand trying to hear a case she is not empowered to hear – for example a case of theft over \$200. While there is a distinction here, the distinction is a statement of a conclusion. And the process of reasoning leading to that conclusion is no different than the process of reasoning involved in any interpretation of the governing statute. It is all interpretation. And no significance in the real world attaches to the fact that a tribunal makes a ‘jurisdictional mistake’ as opposed to a mistake within its jurisdiction in issuing, for example, a cease and desist order. In either case it simply ‘exceeds’ its powers and does something it was not ‘really’ empowered to do – issue an order against a ‘innocent’ party. The bottom line is the same” (“Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), 17 *R. G. D.* 169, 205). No mesmo sentido, v.: Cass R. Sunstein, “Law and administration after Chevron”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2097-2098.

113. Para um longo relato sobre os testes que foram historicamente aplicados para a identificação de uma questão jurisdicional, v.: Wade MacLauchlan, “Judicial

O ponto mais alto desta realidade ocorreu no caso *Anisminic*, julgado pela *House of Lords* em 1969.¹¹⁴ Ali se deu a entender que seria *ultra vires*, e levaria à perda de jurisdição (*errors leading to loss of jurisdiction*), qualquer decisão em que a autoridade administrativa (i) perguntou-se a questão errada, (ii) levou em consideração fatores irrelevantes ou (iii) ignorou fatores que deveria ter considerado. Em qualquer destes casos incidiria controle judicial não deferente, mesmo quando houvesse disposição legislativa afastando o controle judicial (as chamadas “cláusulas privativas”).

Esta compreensão bastante ampla da questão jurisdicional foi seguida por várias decisões dos tribunais canadenses no início dos anos 1970.¹¹⁵ Ela revelava, no entanto, uma deturpação do conteúdo original da teoria da questão preliminar e uma sua expansão significativa. No célebre caso que inaugurou a era da autorrestrição judicial no Canadá (*CUPE*, de 1979) o entendimento foi criticado. Apesar de admitir a dificuldade em determinar se uma questão possui, ou não, natureza jurisdicional, a Suprema Corte observou que os tribunais não deveriam “precipitar-se para rotular de jurisdicional” uma questão que duvidosamente o fosse.¹¹⁶ No mesmo sentido, em uma decisão de 1991 a Suprema Corte observou, ironicamente, que a *House of Lords* havia estabelecido uma definição de questão jurisdicional

review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 369-371. Como conclusão, o autor afirma que “as a basis for the exercise of judicial review of administrative interpretations of law, jurisdiction is not particularly useful, primarily because it lacks objective standards for either intervention or deference. In reality the issue is left to be resolved on the basis of the emphasis of the reviewing court or judge. Commentators who have looked beyond the doctrine on this question to consider the practical consequences for administration of judicial review based on jurisdiction have been uniformly critical of the exercise. Courts are accused of imposing their own substantive views on administrative decisions by simply labelling questions as jurisdictional”.

114. *Anisminic versus Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 AC 147, [1969] 2 WLR 163. Sobre o caso *Anisminic*, v.: David Dyzenhaus, “Disobeying Parliament? Privative clauses and the rule of law”, cit., in R. W. Bauman e T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*, p. 505; Ian Holloway, “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), cit., 22 *Man. L. J.* 28, 45.

115. V., por exemplo: *Metropolitan Life Insurance Co. versus International Union of Operating Engineers*, [1970] SCR 425; *Bell versus Ontario (Human Rights Commission)*, [1971] SCR 756.

116. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227, at. 233: “The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so”.

tão ampla que incluía qualquer questão envolvendo a interpretação de uma lei.¹¹⁷

2.1.2.2.2 A curiosa compreensão da “ambiguidade” nos Estados Unidos – A jurisprudência americana também ilustra a afirmação de que o uso de estrutura simples seria ineficiente no que concerne à finalidade de reduzir a liberdade e controlar a autonomia dos tribunais. Como já foi visto, nesta jurisdição, a partir de 1984 e ao menos até as decisões da Suprema Corte nos casos *Christensen* e *Mead* em 2001, os tribunais deveriam aplicar o teste binário estabelecido em *Chevron*. Na hipótese em que constatassem a existência de ambiguidade legislativa sobre a questão específica trazida a juízo, deveriam deferir para a decisão da administração – que seria anulada apenas em caso de irrazoabilidade (ou impermissibilidade). O teste *Chevron*, assim, estabelece uma espécie de “dever simples” para os tribunais: para determinar a intensidade do controle judicial a ser aplicado, bastar-lhes-ia examinar se a legislação relevante aporta, ou não, uma resposta clara para a questão específica trazida a juízo para controle.

Sucede que a prática jurisprudencial dista bastante desta diretriz teórica. O problema é que a identificação de uma ambiguidade legislativa está longe de ser um procedimento previsível.¹¹⁸ De fato, não há um teste bem definido e imutável para proceder a esta identificação. Na prática, os tribunais aplicam um leque de mecanismos amplo e variável, que envolve, por exemplo: (i) o exame do texto da lei; (ii) a utilização de definições de dicionário; (iii) a utilização dos chamados cânones de interpretação; (iv) a análise da estrutura da lei; (v) o exame do propósito ou intenção legislativa; (vi) o exame da história legislativa.¹¹⁹ A imprevisibilidade do resultado final

117. *Canada (Attorney General) versus Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 SCR 614 at. 644, [1991] SCJ 19: “The House of Lords set forth a definition of jurisdictional error that was so broad as to include any question involving the interpretation of a statute”. Em sentido semelhante, William Wade afirma que a decisão “comes perilously close to saying that there is jurisdiction if the decision is right, but none if it is wrong” (“Constitutional and administrative law aspects of the Anisminic case” (1969), 85 *Law Q. R.* 198, 211).

118. Para uma longa crítica à imprevisibilidade de *Chevron*, v.: William R. Andersen, “Against Chevron – A modest proposal”, cit., 56 *Admin. L. Rev.* 957, 961.

119. Esta lista não é exaustiva. Para além dos procedimentos citados acima, as cortes se valem de outros métodos mais gerais para identificar uma “clara intenção legislativa” que eliminaria a ambiguidade autorizadora da deferência judicial. Um destes métodos é o exame do comportamento do Congresso antes ou depois da elaboração da lei em exame, para tentar determinar o sentido da lei numa espécie de contexto “temporal” ou “comportamental”. O caso *FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000), pode ser usado para ilustrar esta realidade. Tra-

decorre tanto da multiplicidade de mecanismos como de sua variedade e complexidade. Com efeito, a utilização de alguns destes mecanismos pode levar a um resultado, enquanto a utilização de outros levaria ao resultado contrário. Além disso, mesmo tomando-se cada um dos mecanismos individualmente e isoladamente, ainda assim é difícil prever o resultado final.

Assim, seria possível imaginar que a utilização de definições de dicionário levasse sempre a um resultado preciso no que concerne à ambiguidade ou clareza de um termo legislativo.¹²⁰ A prática, no entanto, revela o fenômeno do *dictionary shopping*:¹²¹ a busca por cada uma das partes de dicionários cujas definições favoreçam sua tese.¹²² Do mesmo modo, os demais

ta-se de caso em que se analisou a repentina mudança de interpretação da FDA sobre a amplitude de sua própria competência. A partir de 1996 a FDA passou a entender que a regulação do tabaco estava sob sua jurisdição, na medida em que a nicotina consistia em “droga”, no sentido usado pelo *Food, Drug and Cosmetic Act*/FDCA. Com efeito, esta lei considerava droga qualquer “artigo [que não fosse comida] que visasse a afetar a estrutura ou qualquer função do corpo”. A nova interpretação constituía inovação clara: a própria FDA já havia se recusado a regular o tabaco anteriormente. Valendo-se desta nova compreensão relativa à sua própria competência, a FDA emitiu regulações que visavam a restringir a comercialização e a distribuição de cigarros para crianças e adolescentes. As regulações foram impugnadas judicialmente, e terminaram na Suprema Corte. A Corte, então, observou que “o sentido de uma lei também pode ser afetado por outras leis, particularmente quando o Congresso se manifestou subsequentemente e mais especificamente sobre o tópico em questão”. Analisaram-se outras leis relacionadas ao tabaco e promulgadas após o FDCA, concluindo que o Congresso claramente excluía a regulação do tabaco da jurisdição da FDA. Particularmente importante foi considerada a *inação* do Congresso, como evidência de que a regulação do tabaco estava fora da jurisdição da FDA. Com efeito, a Corte observou que em diversas oportunidades o Congresso rejeitara propostas legislativas que teriam ampliado a competência da FDA neste sentido. A rejeição de promulgar tais leis foi considerada um indicativo de que a competência da FDA não poderia ser interpretada para incluir estas atribuições.

120. O uso de definições de dicionários é bastante polêmico. Sobre o tema, v.: William Eskridge, “The new textualism”, 37 *UCLA L. Rev.* 621 (1990), e *Dynamic Statutory Construction*, Cambridge, Harvard University Press, 1994; Cass Sunstein, “Justice Scalia’s democratic formalism”, 107 *Yale L. J.* 529 (1997).

121. Ellen Aprill, “The law of the word: dictionary shopping in the Supreme Court”, 30 *Ariz. St. L. J.* 275 (1988). V. também “Looking it up: dictionaries and statutory interpretation” (Note), 107 *Harv. L. Rev.* 1437 (1994).

122. O caso mais curioso a este respeito talvez seja *MCI Telecommunications Corp. versus AT&T*, 512 U.S. 218 (1994). Tratava-se de controle judicial de regulação emitida pela *Federal Communications Commission*/FCC, com base no *Communications Act* de 1934. Esta lei dispunha que as empresas prestadoras do serviço de telecomunicação de longa distância deveriam notificar previamente a Comissão sobre as tarifas a serem cobradas dos consumidores para a prestação de determinados serviços. A mesma lei autorizava a Comissão a “modificar” (em Inglês,

procedimentos levam a resultados bastante incertos. É o caso da “análise do propósito da legislação pertinente”.¹²³ No próprio caso *Chevron*, tanto a Corte de Apelações como a Suprema Corte se valeram deste exame. Os resultados a que chegaram foram divergentes: enquanto a Corte de Apelações deu ênfase ao objetivo legislativo de melhoria das condições de poluição do ar, a Suprema Corte observou que, no esquema da lei, este objetivo deveria ser atingido sem compromisso do progresso econômico.¹²⁴

modify) esta regra. Com base nesta disposição, a FCC emitiu regulação dispondo que apenas a AT&T (prestador dominante e mais antigo dos serviços de telefonia de longa distância) possuía de fato a obrigação de notificar as tarifas que adotaria. As demais prestadoras estavam isentas desta obrigação. A questão concreta levada a juízo centrava-se na interpretação da expressão *modify any requirement*, no § 203(b) (2) da lei. A posição da maioria da Suprema Corte é no sentido de que a lei autorizou a FCC a proceder tão somente a “alterações moderadas” no esquema da lei, já que a palavra *modify* tem estritamente este sentido. Mencionou-se, inclusive, que o prefixo “mod” indicaria esta moderação. Para chegar a esta conclusão, o Ministro-Relator Antonin Scalia analisou diversos dicionários, descartando o uso do *Webster's Third New International Dictionary*, único que incluía entre suas definições do termo *modify* a promoção de “alterações importantes”. Scalia observa que este *Dicionário* é descritivo e, segundo ele, promove usos errados e coloquiais da linguagem como corretos. Ele privilegia o uso de *Webster's Second*, que tem natureza prescritiva. A conclusão é no sentido de que a regulação emitida pela Comissão foi além da eventual ambiguidade existente na lei – e, portanto, deveria ser anulada.

123. Keith Werhan menciona as dificuldades genéricas de se falar em *propósito da legislação*: “The legal process advocacy of purposive statutory interpretation has been undermined in recent years not only by a skepticism of judicial interpretive competence, but also by increasing doubts about the legislative process. Legal process theory deems all law, including statutes, to serve intelligible, rational, public-regarding purposes. Public choice scholarship, which has gained increased acceptance among legal theorists in recent years, profoundly challenges that assumption” (“The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 615).

124. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 847 (1984). O exame do “propósito da legislação pertinente” é também problemático, na medida em que os tribunais tendem a extrapolar a finalidade genérica da lei, trazendo-a para uma questão específica – sendo que o que o *Step One* do teste de *Chevron* deve examinar é se a lei prevê uma resposta clara para a *questão específica* trazida aos autos. Tome-se, a propósito, o caso *Yellow Transportation, Inc. versus Michigan*, 537 U.S. 36 (2002). Tratava-se de controle judicial de regras promulgadas pela *Interstate Commerce Commission* a propósito de acordos de reciprocidade entre Estados para taxas cobradas de companhias de transporte interestadual. Uma lei de 1991 estabelecia como taxa máxima aquela que tinha sido coletada ou cobrada em 15.11.1991, mas não se manifestava sobre o efeito desta regra para acordos de reciprocidade negociados antes de 1991. Afirmou a Suprema Corte, em seu julgamento: “Although [*the Michigan Supreme Court*] acknowledged that ISTEIA is silent with respect to reciprocity agreements, the court nonetheless concluded that the fee-cap provision mandates that those agreements have no bearing in the determi-

Entretanto, são particularmente fluidos e polêmicos dois dos mecanismos mencionados acima: o exame da *história legislativa* e o uso dos *cânones de interpretação*. Ambos albergam procedimentos complexos e muito variados, levando a resultados bastante incertos.

2.1.2.2.2.1 A polêmica análise da “história legislativa”: Extremamente polêmica, a análise da “história legislativa” (*legislative history*) consiste no exame do conjunto de documentos que registram as discussões havidas no Congresso antes da promulgação de uma lei.¹²⁵ O objetivo é identificar

nation of what fee a State ‘collected or charged’ as of November 15, 1991”. A Suprema Corte americana, então, concluiu que a Suprema Corte de Michigan extrapolara o propósito genérico da lei, para concluir que ela possuía clara resposta na específica questão relativa aos acordos de reciprocidade. Segunda a Suprema Corte americana, a Suprema Corte de Michigan deveria ter admitido que a lei era ambígua, passando a avaliar apenas a razoabilidade (permissibilidade) da interpretação da agência. Neste mesmo sentido, v. as críticas do Ministro Antonin Scalia em seu dissenso à decisão da Suprema Corte no caso *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 726 (1995): “I thought we had renounced the vice of ‘simplicitically (...) assum[ing] that whatever furthers the statute’s primary objective must be the law’. (...) Deduction from the ‘broad purpose’ of a statute begs the question if it is used to decide by what means (and hence to what length) Congress pursued that purpose; to get the right answer to that question there is no substitute for the hard job (or in this case, the quite simple one) of reading the whole text. ‘The Act must do everything necessary to achieve its broad purpose’ is the slogan of the enthusiast, not the analytical tool of the arbiter”.

125. A discussão relativa à história legislativa aparta na doutrina americana os chamados “intencionalistas” e “textualistas”. Enquanto os primeiros buscam a “real intenção do Congresso”, os segundos se contentam com a identificação da intenção extraível do texto. Por força de seu enfoque mais interessado na real intenção por detrás do texto da lei, os intencionalistas lançarão mão de recursos normalmente refutados pelos textualistas. Assim, os intencionalistas entendem que o exame da história legislativa é fundamental para que se possa discernir a real intenção do Congresso. Muitas vezes chegam a ignorar o texto efetivamente promulgado, por ele não ter traduzido corretamente a regra que o Congresso quis passar. Os textualistas, contrariamente, acham que a real intenção do Congresso é irrelevante, e que a tarefa das Cortes é interpretar o texto promulgado da lei.

A discussão a propósito do método mais adequado de interpretação legislativa tem consequências práticas muito relevantes. Para os intencionalistas só haverá ambiguidade se a intenção do Parlamento não puder ser identificada mesmo após pesquisa da história legislativa. O intencionalismo predomina nas cortes americanas. Por essa razão, não é raro que se promovam pesquisas para determinar as razões que levaram à posituação de determinada norma. Um importante institucionalista na Suprema Corte é Stephen Breyer, professor de Direito Administrativo da Universidade Harvard (cf., a propósito, Stephen Breyer, “On the uses of legislative history in interpreting statutes”, 65 *S. Cal. L. Rev.* 845 (1992), onde elenca cinco razões para recorrer à história legislativa). O Ministro Stevens, responsável pela relatoria do caso

a “resposta clara” da lei à questão trazida a juízo – caso em que não haveria ambiguidade legislativa, e, portanto, estaria afastado o controle judicial deferente. Não é claro, no entanto, *quais documentos legislativos* devem ser analisados ou quais devem prevalecer sobre os demais em caso de dúvidas ou contradições. Assim, diferentes análises da história legislativa levam frequentemente a resultados opostos.

Chevron, foi outro importante intencionalista. Em *Chevron* ele começa examinando a redação da lei em questão, mas também leva em consideração relatórios de comissões legislativas e discursos de parlamentares para chegar ao sentido da lei. A lei e a intenção legislativa só foram consideradas ambíguas após este recurso à história legislativa.

Entre os importantes textualistas estão os Ministros Scalia e Thomas, responsáveis por uma guinada textualista da Suprema Corte nos últimos anos (v., por exemplo: Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1998). O textualismo propugna a atenção exclusiva ao texto finalmente promulgado da lei, descartando o recurso a documentos outros, como relatórios das comissões parlamentares ou transcrições de discursos de parlamentares contemporâneos à discussão legislativa que levou à adoção do texto. Daí se preocuparem fundamentalmente com a análise do texto, da estrutura da lei, e o uso de dicionários, por exemplo. Há, de todo modo, diversos tipos de textualistas. Os textualistas pragmáticos, como Adrian Vermeule, professor da Universidade Harvard, acreditam que as Cortes não são institucionalmente adaptadas para interpretar a história legislativa (documentos não propriamente legislativos) – as agências o seriam um pouco mais. Já, os textualistas mais fundamentalistas acreditam que o recurso à história legislativa leva a problemas constitucionais. É que este recurso ofenderia o bicameralismo (já que as considerações dos relatórios parlamentares, por exemplo, não são votadas nas duas Câmeras), terminando por elevar a *status* legislativo documentos que não possuem esta natureza.

Uma questão adicional e interessante sobre o recurso à história legislativa é a seguinte: ainda que se adote a opção dos intencionalistas, deve-se usar o recurso à história legislativa sempre, ou só quando a interpretação exclusiva do texto legislativo for ambígua? Porque às vezes poderá parecer que o texto não é ambíguo, mas o recurso à história legislativa demonstrará que a clareza é apenas relativa.

No caso *Barnhart versus Sigmon Coal Co. Inc.*, 534 U.S. 438 (2002), em que se considerava a interpretação do *Coal Industry Retiree Health Benefit Act of 1992*, o Ministro Thomas, Relator da decisão da maioria, entendeu que o recurso à história legislativa era desnecessário, uma vez que o texto legislativo era claro. Curiosamente, no entanto, discursos de dois senadores davam a entender que a intenção legislativa era outra. O Ministro Thomas sustentou, então, que os discursos de dois senadores “cannot amend the clear and unambiguous language of a statute” (at. 456-457).

Em *Public Citizen versus Department of Justice*, 491 U.S. 440 (1989), a maioria citou alguns elementos da história legislativa que levavam a crer que o Congresso não pretendia o que a literalidade do texto sugeria. Os ministros do dissenso criticaram esta orientação, sustentando que a maioria estaria usando a análise da *legislative history* para “substitute their personal predilections for the will of Congress”.

Considere-se o caso *Babbitt versus Sweet Home*, decidido pela Suprema Corte em 1995.¹²⁶ Discutia-se a interpretação de uma disposição do *Endangered Species Act* segundo a qual seria ilegal “pegar” (no Inglês, *take*) espécies animais ameaçadas de extinção. A própria lei definia “pegar” como “fustigar, fazer mal, perseguir, caçar, atirar, ferir, matar, pegar em armadilha, capturar, coletar” (*harass, harm, pursue, hunt, shoot, wound, kill, trap, capture, collect*). O Secretário do Interior foi além, incluindo na definição de “fazer mal” (*harm*) as ações de “modificação ou degradação importante do habitat, as quais de fato matam ou danificam a vida selvagem” (*significant habitat modification or degradation where it actually kills or injures wildlife*). Esta interpretação foi questionada judicialmente por pessoas e entidades dependentes da indústria de produtos florestais. O argumento era o de que o Congresso não pretendia incluir a “modificação do habitat” no conceito de “pegar”.

Ao final de sua longa análise, a Suprema Corte decidiu manter a interpretação do Secretário do Interior, julgada permissível diante da ambiguidade legislativa. Um dos mecanismos utilizados para identificar esta ambiguidade geradora da deferência judicial foi a história legislativa. Claramente, no entanto, a Suprema Corte operou uma cuidadosa seleção dos elementos da história legislativa a que atribuiu relevância. Assim, usou uma declaração genérica de um relatório do Senado em que se afirmava que o Congresso pretendia que o termo “pegar” incluísse todas as ações deliberadas que fossem prejudiciais aos animais em extinção. Por outro lado, ignorou um outro elemento que parecia mais claro em sentido da tese contrária: a versão final da lei eliminara um trecho da versão preliminar que continha entre as definição de “pegar” “a destruição, modificação ou redução do habitat” de peixes e animais selvagens.¹²⁷

126. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687 (1995).

127. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 705 (1995): “The definition of ‘take’ that originally appeared in S. 1983 differed from the definition as ultimately enacted in one other significant respect: it included ‘the destruction, modification, or curtailment of [the] habitat or range’ of fish and wildlife. (...) Respondents make much of the fact that the Commerce Committee removed this phrase from the ‘take’ definition before S. 1983 went to the floor. (...). We do not find that fact especially significant. The legislative materials contain no indication why the habitat protection provision was deleted”. Em dissenso, o Ministro Antonin Scalia criticou duramente este *cream skimming* operado pela Suprema Corte nos elementos da história legislativa: “Second, the Court maintains that the legislative history of the 1973 Act supports the Secretary’s definition. (...). Even if legislative history were a legitimate and reliable tool of interpretation (which I shall assume in order to rebut the Court’s claim); and even if it

O exemplo mostra como a análise da história legislativa é manipulável, pelo quê leva a resultados incertos e frustra o objetivo de redução da autonomia dos tribunais e controle da sua atividade.

2.1.2.2.2.2 Os cânones de interpretação: multiplicidade e indeterminação: No mesmo sentido pode-se fazer referência aos chamados “cânones de interpretação” (*canons of construction*). Trata-se de regras de interpretação que funcionam como guias do sentido das disposições legislativas. Os cânones de interpretação são usados naturalmente para identificar o que é “realmente ambíguo”. Sua utilização é inevitável – qualquer interpretação de qualquer texto requer pressuposições mínimas.¹²⁸ E os cânones são, precisamente, elaborações mais ou menos profundas destas pressuposições. Não há, afinal, ambiguidade em abstrato, mas num contexto jurídico e social. Este contexto pode afastar algumas interpretações e levar a “um único significado possível” – o qual, por isto mesmo, não seria ambíguo.¹²⁹

could appropriately be resorted to when the enacted text is as clear as this, (...) here it shows quite the opposite of what the Court says. I shall not pause to discuss the Court’s reliance on such statements in the Committee Reports as “[t]ake’ is defined (...) in the broadest possible manner to include every conceivable way in which a person can ‘take’ or attempt to ‘take’ any fish or wildlife”. (...). This sort of empty flourish – to the effect that ‘this statute means what it means all the way’ – counts for little even when enacted into the law itself. (...). Much of the Court’s discussion of legislative history is devoted to two items: first, the Senate floor manager’s introduction of an amendment that added the word ‘harm’ to the definition of ‘take’, with the observation that (along with other amendments) it would ‘help to achieve the purposes of the bill’; second, the relevant Committee’s removal from the definition of a provision stating that ‘take’ includes ‘the destruction, modification or curtailment of [*the*] habitat or range’ of fish and wildlife. (...). The Court inflates the first and belittles the second, even though the second is on its face far more pertinent. But this elaborate inference from various pre-enactment actions and inactions is quite unnecessary, since we have direct evidence of what those who brought the legislation to the floor thought it meant – evidence as solid as any ever to be found in legislative history, but which the Court banishes to a footnote. (...). Both the Senate and House floor managers of the bill explained it in terms which leave no doubt that the problem of habitat destruction on private lands was to be solved principally by the land acquisition program of 1534, while 1538 solved a different problem altogether – the problem of takings” (*Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 726 (1995)).

128. Cass R. Sunstein, “Beyond the republican revival”, 97 *Yale L. J.* 1539 (1987-1988).

129. Naturalmente, aqui também surge a questão sobre se pode ocorrer o inverso: disposições aparentemente claras tornarem-se ambíguas quando lidas em atenção a cânones interpretativos. A este propósito, considere-se o caso *Public Citizen versus Young*, 831 F2d 1108 (DC Cir. 1987). Nele a Corte do *DC Circuit* teve que enfrentar

O fato é que não existe um rol definido e preciso dos cânones a serem usados. A consequência deste fato é que é possível aos tribunais atingir virtualmente qualquer resultado a partir do seu uso.¹³⁰ Adicione-se que, mesmo quando se toma um cânon específico, o resultado de sua aplicação sobre determinado caso pode ser controverso. Para ilustrar esta afirmação, volte-se ao caso *Babbitt versus Sweet Home*, citado acima. Cuidava-se do verbo “pegar” (*to take*), contido em legislação de proteção a espécies animais em extinção. A própria lei definia “pegar” mediante 10 outros termos: “fustigar, fazer mal, perseguir, caçar, atirar, ferir, matar, pegar em armadilha, capturar, coletar” (*harass, harm, pursue, hunt, shoot, wound, kill, trap, capture, collect*). O Secretário do Interior definiu um deles, “fazer mal” (*to harm*), como uma ação que incluiria “modificação ou degradação importante do habitat, as quais de fato matam ou danificam a vida selvagem”.

A Suprema Corte valeu-se do cânon *nos citur a sociis* para embasar seu posicionamento de permissibilidade da interpretação administrativa. Este cânon determina que um termo tira seu sentido a partir da análise das palavras que o acompanham. Ou seja: corresponde a um mandamento de atenção ao “contexto legislativo”, ou contexto do termo na redação da lei. Eis o raciocínio da Suprema Corte a partir deste cânon: a menos que o termo *harm* incluísse ações indiretas assim como diretas, o termo teria qualquer significado específico que não estivesse já referido através das palavras vizinhas da lei. Ou seja: ou se entende que *harm* deve incluir ações indiretas, ou não havia razão para ter incluído este termo, já que ele apenas duplicaria o sentido das demais palavras. Como o legislador não usa pala-

questão sobre interpretação de uma cláusula relativa ao uso de colorantes (“Delaney Clause”). A questão principal era se a FDA poderia aplicar uma “exceção *de minimis*” para esta disposição legislativa, deixando de vetar colorantes quando o risco de câncer por eles causado fosse mínimo ou trivial. O cânon aqui seria o *de minimis non curat lex* (“a lei não cuida de miudezas”), voltado a promover a racionalidade no Direito e evitar regulações custosas quando o risco a ser evitado é mínimo. A disposição legislativa, no entanto, era clara, e impedia o uso de qualquer colorante. Por esta razão, a Corte recusou a interpretação da Agência, negando-lhe a possibilidade de aplicação de uma exceção *de minimis*. Sobre o tema, v.: Cass R. Sunstein, “Beyond the republican revival”, cit., 97 *Yale L. J.* 1539.

130. Neste sentido, Karl N. Llewellyn afirmava, em influente estudo, que os cânones de interpretação são mutuamente contraditórios, e, portanto, de pouco valor para guiar a decisão judicial (“Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed”, 3 *Vand. L. Rev.* 395, 401-406 (1950)). Para uma visão mais recente e mais otimista, cf. William N. Eskridge, Jr., “Public values in statutory interpretation”, 137 *U. Pa. L. Rev.* 1007 (1989); e Geoffrey P. Miller, “Pragmatics and the maxims of interpretation”, 1990 *Wis. L. Rev.* 1179.

bras vãs – máxima que é uma derivação do cânon *noscitur a sociis*” –, seria preciso entender que estão incluídas também ações indiretas, entre as quais a modificação do habitat.¹³¹

Em dissenso, o Ministro Antonin Scalia questiona a própria procedência desta máxima, observando que longas listas legislativas *frequentemente* veiculam sobreposição de conceitos. Além disso, afirma que, no caso concreto, sua aplicação prova demais, na medida em que seguiria havendo justaposição entre dois outros termos (*trap e capture*).¹³² Scalia oferece, então, duas formas alternativas de utilizar no caso o cânon *noscitur a sociis*.¹³³ De acordo com a primeira, as demais nove definições de “pegar” (*take*) que a lei traz cabem perfeitamente no sentido ordinário da palavra – apenas a definição sugerida pela maioria (no sentido de incluir ações indiretas) não cabe.¹³⁴ De acordo com a segunda alternativa, as nove outras definições legislativas de “pegar” correspondem a condutas *afirmativa e intencionalmente dirigidas* contra um animal. Assim, também *harm* teria que ser interpretado nestes sentidos: dentro dos limites ordinários da palavra “pegar” e correspondendo a uma conduta intencionalmente dirigida contra um animal – não é este o caso em toda modificação danosa do habitat.¹³⁵

131. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 702 (1995): “Moreover, unless the statutory term ‘harm’ encompasses indirect as well as direct injuries, the word has no meaning that does not duplicate the meaning of other words that 3 uses to define ‘take’. A reluctance to treat statutory terms as surplusage supports the reasonableness of the Secretary’s interpretation. (...) The statutory context of ‘harm’ suggests that Congress meant that term to serve a particular function in the ESA, consistent with but distinct from the functions of the other verbs used to define ‘take’. The Secretary’s interpretation of ‘harm’ to include indirectly injuring endangered animals through habitat modification permissibly interprets ‘harm’ to have ‘a character of its own not to be submerged by its association’”.

132. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 721 (1995).

133. Adicione-se que a Corte de Apelação já havia extraído um outro (quarto) raciocínio para o caso a partir do mesmo cânon. Entendera que todos os demais nove termos que acompanham *harm* incluíam o uso de força, pelo quê também *harm* deveria ser entendido neste sentido. Como a modificação do habitat não implica necessariamente o uso de força, esta ação não se incluiria no sentido de *harm* pretendido pelo Congresso – e, portanto, a interpretação do Secretário do Interior seria inválida.

134. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 719 (1995).

135. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 719-720 (1995): “The Court points out that several of the words (‘harass’, ‘pursue’, ‘wound’, and ‘kill’) “refer to actions or effects that do not require direct applications of force’. Ante, at. 13 (emphasis added). That is true enough, but

O provocativo dissenso do Ministro Antonin Scalia demonstra como, mesmo partindo de um cânon de interpretação específico, há espaço de sobra para os tribunais imporem o resultado que lhes interessa.

2.1.2.2.3 Reflexões sobre o caso americano: Em resumo, a aplicação prática do primeiro passo do teste de *Chevron* extrapola em muito a mera “identificação de ambiguidades legislativas”. Ao empregarem (e exaurirem) os métodos de interpretação legislativa, os tribunais têm a possibilidade de esvair-se dos grilhões que o teste parecia impor à sua autonomia. Este uso extensivo (e excessivo) dos métodos de interpretação legislativa foi iniciado na decisão da Suprema Corte no caso *Cardoza Fonseca*, em 1987, três anos após *Chevron*.¹³⁶ Entre outros procedimentos, ali se fez uso de cânones de interpretação (“expressões diferentes não podem ser interpretadas igualmente”) e se promoveu uma longa análise da história legislativa.¹³⁷ Em voto concordante, mas crítico, o Ministro Antonin Scalia sustentou que a exaustão dos métodos de interpretação no Passo 1 de *Chevron* não é uma forma de interpretação deste teste, mas uma forma de promover a sua “evisceração”.¹³⁸ Para Scalia o procedimento extrapola seriamente o objetivo original do Passo 1 de *Chevron*.

force is not the point. Even ‘taking’ activities in the narrowest sense, activities traditionally engaged in by hunters and trappers, do not all consist of direct applications of force; pursuit and harassment are part of the business of ‘taking’ the prey even before it has been touched. What the nine other words in 1532(19) have in common – and share with the narrower meaning of ‘harm’ described above, but not with the Secretary’s ruthless dilation of the word – is the sense of affirmative conduct intentionally directed against a particular animal or animals”.

136. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987). Eis os fatos mais relevantes deste caso: até 1980 um estrangeiro poderia pedir para ter seu processo de deportação interrompido nos Estados Unidos apenas quando fosse *more likely than not that the alien would be subject to persecution* no seu País de origem. Em 1980 a legislação foi reformada, autorizando o pedido de asilo no caso em que o estrangeiro tivesse um *well founded fear of persecution*. O INS interpretou a segunda locução como tendo o mesmo significado da primeira, e esta interpretação foi contestada judicialmente.

137. Tão inesperada foi a extensa análise promovida pela Suprema Corte, que inúmeros autores chegaram a supor que a decisão de *Cardoza-Fonseca* significaria a inaplicabilidade do teste de *Chevron* para questões puras de Direito. Hoje em dia a compreensão prevalente é diversa, no sentido de que o caso foi decidido com base no Passo 1 do teste de *Chevron*.

138. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 454 (1987): “The Court first implies that courts may substitute their interpretation of a statute for that of an agency whenever, ‘employing traditional tools of statutory construction’, they are able to reach a conclusion as to the proper interpretation of the statute. Ante, at. 446. But

Naturalmente, os riscos à integridade da doutrina *Chevron* em função deste compreensão que os tribunais vêm adotando para o Passo 1 de *Chevron* não escapam à doutrina americana. Richard Pierce observa que, se for permitido aos tribunais utilizar qualquer combinação dos métodos de interpretação, poucos casos serão examinados no Passo 2 de *Chevron*. Afinal, os métodos de interpretação foram criados precisamente para resolver questões interpretativas, e não para identificar ambiguidades.¹³⁹ Para Pierce, “é a própria indeterminação dos ‘métodos tradicionais’ que dá aos juízes a discricionariedade para tomar decisões sobre políticas públicas através do processo de interpretação legislativa. O propósito do teste de *Chevron* é colocar as decisões relativas a políticas públicas nas mãos das agências, politicamente responsáveis, para as quais o Congresso delegou este poder, e não [colocá-las] nas mãos de juízes politicamente irresponsáveis”.¹⁴⁰

Em um conhecido artigo o Professor Adrian Vermeule sustenta que todos os métodos tradicionais de interpretação legislativa são imperfeitos,

this approach would make deference a doctrine of desperation, authorizing courts to defer only if they would otherwise be unable to construe the enactment at issue. This is not an interpretation but an evisceration of *Chevron*”. Scalia discordou apenas da fundamentação da decisão. Ele concorda que o *plain meaning* das duas disposições diferentes e a estrutura da lei claramente demonstram que elas não podem ser interpretadas de forma semelhante. Scalia é contrario principalmente à investigação exaustiva da história legislativa promovida pela Corte. Ele afirma que o problema com esta análise excessiva não é apenas que ela é “gratuita” ou desnecessária, tendo em vista que a redação legislativa era, já em si, claríssima. O problema principal para ele é que a Corte poderia estar passando a mensagem de que esta análise longa e exaustiva seria sempre necessária ou apropriada, ainda quando a redação fosse clara (cf. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 453 (1987)).

139. Richard Pierce, *Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., p. 239: “The ‘traditional tools’ are necessarily designed to allow a court to adopt a construction of a statute no matter how ambiguous the statute might be”.

140. Richard Pierce, *Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., pp. 228 e 237: “There is no single set of ‘traditional tools of statutory construction’. Rather, there are many such tools. As a result, judges can support widely differing constructions by applying different tools or even by applying the same tools in different ways (...). If reviewing courts are free to use any combination of the ‘traditional tools of statutory construction’ they choose in the process of applying *Chevron* Step One, few if any cases will reach *Chevron* Step Two. It is the very indeterminacy of the ‘traditional tools’ that gives judges the discretion to make policy decisions through the process of statutory construction. The purpose of the *Chevron* test is to place policy-making in the hands of the politically accountable agencies to which Congress has delegated that Power, rather in the hands of politically unaccountable judges. The Court should restate Step One of *Chevron* in simple, commonsense terms”.

indeterminados e provavelmente levarão a resultados imprecisos.¹⁴¹ Além disso, a utilização de todos eles exige um esforço enorme dos tribunais, sendo este esforço muitas vezes superior aos benefícios dele advindos no que concerne à determinação da “resposta correta” para a questão interpretativa. A partir destas premissas, a sugestão de Vermeule é a de promover um processo interpretativo simplificado, com a utilização de métodos, poucos e simples. Até porque o trabalho da corte no primeiro passo de *Chevron* não é resolver as ambiguidades da legislação, mas apenas identificá-las.

O fato é que a multiplicidade de mecanismos utilizados pela jurisprudência americana no Passo 1 de *Chevron* leva à manutenção da imprevisibilidade e da subjetividade na determinação da intensidade do controle que será aplicada.

* * *

Estas notícias dos casos americano e canadense permitem diversas reflexões importantes no que concerne à relação entre a utilização de categorias formais e o controle da autonomia dos tribunais. A primeira observação é a de que estes relatos jurisprudenciais parecem desautorizar a tese examinada nesta parte do capítulo, de que o uso de categorias formais permitiria maior controle da autonomia judicial e, portanto, seria apto a consagrar a legitimidade das decisões dos tribunais a propósito da intensidade do controle judicial. Teoricamente coerente e interessante, esta tese parece não se sustentar na prática. Tanto nos Estados Unidos como no Canadá os tribunais se esvaíram dos limites teóricos ou originais das estruturas simplificadoras, nelas inserindo operações que terminavam por deturpar ou ampliar significativamente a extensão dos seus poderes.

Note-se, ainda, que a prática demonstra que a ação judicial tem ultrapassado até mesmo o efeito inibitório causado pelos *limites nominais* das teorias a serem aplicadas. Com efeito, a extensão que os tribunais realizaram de seus próprios poderes não significara apenas a desconsideração das feições originais das teorias relevantes, mantendo-se nos vagos limites do que se poderia considerar *ambíguo* ou *questão jurisdicional*. As questões às quais se aplicou controle não deferente dificilmente poderiam ser consideradas *ambíguas* ou *jurisdicionais*, ainda que se desconsiderassem os lindes históricos das teorias e se atentasse apenas para o significado comum destas duas expressões. Em resumo: nem os limites históricos nem os limites nominais (literais) parecem inibir a ação judicial.

141. Adrian Vermeule, “Interpretive choice”, 75 *N. Y. U. L. Rev.* 74 (2000).

No mais, o fato de que a deturpação ou expansão da teoria tenha se dado sempre em direção a um controle judicial mais amplo – na direção, portanto, da ampliação dos poderes jurisdicionais – sugere a correção da tese proposta pela Escola de *Public Choice* citada na “Introdução” deste capítulo. Dada a um agente público ou a uma instituição pública a função de estabelecer os limites de seus próprios poderes, eles tenderão a ampliá-los. Tanto nos Estados como no Canadá a jurisprudência evoluiu em direção à ampliação da intensidade do controle, para além das feições teóricas originais.

Parece ineficiente, portanto, a utilização do mecanismo das categorias formais como instrumento de legitimação das decisões relativas à intensidade do controle judicial.¹⁴²

2.2 A legitimação através da estruturação da motivação dos tribunais

Desfeita a ilusão do aprisionamento dos tribunais em estruturas simples, há uma alternativa alvissareira para legitimar sua escolha relativa à intensidade do controle que exerce sobre a administração. Trata-se de investir no reforço do dever de motivação, e principalmente na *estruturação do iter argumentativo* que deve ser seguido pelos tribunais para justificar sua escolha. Diferentemente do que ocorre na alternativa de legitimação, que envolve o uso de categorias formais, na hipótese doravante estudada podem os tribunais considerar *diretamente* os aspectos substanciais das decisões administrativas controladas. Ao invés de atuar por meio de categorias formais, cabe-lhes acessar as características do caso concreto. O mecanismo legitimador consiste não mais no afastamento dos tribunais da complexidade do caso concreto, mas na estruturação de sua argumentação correspondente.

Mecanismo legitimador semelhante tem sido empregado por tribunais de várias jurisdições no momento da aplicação do chamado “princípio da proporcionalidade”. Sob influência da jurisprudência alemã, a aplicação deste princípio frequentemente vem articulada em três fases. Para que uma medida pública que limita direitos fundamentais seja considerada proporcional, ela teria que ser (i) adequada, (ii) necessária e (iii) proporcional em

142. Keith Werhan chega a ir na direção contrária, para sugerir que, ao invés de enquadrar os tribunais, as teorias formalistas facilitam a manipulação (“The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, 572-573). Esta parece ser a opinião também de David Dyzenhaus (“The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 298).

sentido estrito.¹⁴³ Este estrutura trifásica visa a conferir maior consistência e objetividade a este princípio jurídico de conteúdo relativamente ambíguo. Por sua força, os tribunais são levados a referir-se a cada uma destas fases e aos questionamentos a elas relativos – do que resultam a aplicação mais racional do princípio e a redução das possibilidades de arbítrio judicial. A partir do estabelecimento desta estruturação argumentativa trifásica, não se considera mais adequadamente motivada a decisão judicial que anular uma medida pública por “desproporcionalidade” sem passar por este *iter* argumentativo preestabelecido.

No caso da decisão judicial a propósito da intensidade do controle aplicado sobre a ação administrativa, as duas formas principais por meio das quais ela poderia ser estruturada são a previsão dos fatores relativos ao caso concreto que devem ser sopesados (item 2.2.1) e a previsão de regras relativas à sua interação (item 2.2.2). Lamentavelmente, as jurisdições estudadas para a elaboração deste trabalho rara e limitadamente têm recorrido a estas estratégias de legitimação.

2.2.1 *A raridade da estruturação argumentativa polifásica no teste contextualizado*

As jurisdições que atribuem aos tribunais o poder de escolher a intensidade do controle judicial mediante ponderação *direta* dos aspectos

143. A *adequação* é um juízo a respeito da conformidade dos meios escolhidos para o fim desejado. Em outras palavras: a medida é adequada quando possui aptidão para a prossecução dos fins nela invocados. A *inadequação* é característica dos meios que não produzem ou fomentam o resultado esperado nem contribuem para sua realização. Em sua acepção “necessidade”, o dever de proporcionalidade importa que, dentre os meios semelhantemente adequados para a consecução da finalidade pretendida, o Poder Público deverá escolher aquele que imponha *menor violação de direitos e princípios fundamentais*. A *necessidade* é a propriedade da restrição que indica ter sido ela imposta na exata medida daquilo que era exigido para a produção do resultado esperado. Uma medida desnecessária é uma medida que violou mais profundamente os direitos de terceiros do que seria exigível para a realização do fim visado. O último dos exames inerentes à verificação da proporcionalidade de uma medida estatal diz respeito à sua *proporcionalidade em sentido estrito*. Com esta exigência se pretende que as vantagens sociais decorrentes do ato devem superar as desvantagens dele decorrentes. Sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito contrapõem-se a relevância do fim visado com a medida e a intensidade da restrição que ela provoca. Assim, uma medida pode estar apta a realizar os fins desejados com a menor violação de direitos possível mas ser, ainda assim, inconstitucional, porque a restrição de direitos por ela operada supera em relevância o resultado a ser obtido. Sobre o tema o autor já se pronunciou mais profundamente em trabalho anterior (Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições Regulatórias à Concorrência*, Belo Horizonte, Fórum, 2009).

da decisão administrativa controlada (e não através de categorias formais) devem enfrentar um dilema posterior relativo à estrutura desta decisão. Os fatores ponderados pelos tribunais são fixos e preestabelecidos, ou livres e variáveis? Há um *iter* a ser obrigatoriamente seguido pelos tribunais, ou estão eles livres para recorrer aos fatores que julgarem mais relevantes no caso concreto?

Ao menos em teoria, a opção por fatores variáveis tem alguns benefícios relativos à redução do custo e da complexidade do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial. De um lado, evita-se que os tribunais precisem promover exames desnecessários (sem relevância para o caso concreto) ou repetitivos. De outro lado, poupa os tribunais de análises longas e complexas para a mera determinação da intensidade do controle a ser aplicado, as quais chegam por vezes a consumir mais esforços do que o próprio controle em si.

As razões pró-fatores fixos, no entanto, parecem ser ainda mais convincentes. Além disso, elas são particularmente relevantes no contexto das preocupações com a legitimidade da decisão relativa à intensidade do controle judicial. Em primeiro lugar, a previsão de um *iter* constante a ser seguido pelos tribunais permite seu maior e mais efetivo controle. O uso de fatores fixos e imutáveis garante de fato uma maior transparência no procedimento de determinação da intensidade do controle judicial. Os juízes são levados a se reportar a cada uma das questões que, previamente, foram julgadas relevantes para a identificação do controle sob medida. Neste sentido, é-lhes bastante mais difícil manipular o resultado desta incumbência – não poderão fazer referências apenas aos fatores que apontem a conveniência de um controle forte ou fraco, a favor de suas próprias convicções pessoais.¹⁴⁴ A redução da liberdade dos juízes através da fixação de fatores se traduz em aumento da imparcialidade e da transparência das determinações judiciais.

Ao mesmo passo, a previsão de fatores fixos garante a maior eficiência do procedimento de contextualização da decisão administrativa controlada. A obediência dos juízes ao *iter* previamente estabelecido implica que eles enfrentarão as *questões consideradas apropriadas* para

144. Jeff A. King observa que a adoção dos testes contextualizados implica maior liberdade para os magistrados, que sopesarão diretamente as circunstâncias do caso concreto (“Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 438). Neste contexto, a estruturação do *iter* a ser por eles seguido reduz os riscos de manipulação das variáveis a serem ponderadas.

a identificação da intensidade adequada do controle.¹⁴⁵ Neste sentido, a previsão dos passos fixos é um mecanismo institucional de canalização das discussões relevantes. Por isto mesmo, não é totalmente problemático que alguns passos do teste fixo se sobreponham ou levem os juízes a considerações semelhantes. É que, de um lado, uma mesma análise pode ser feita por diferentes ângulos (caso, por exemplo, da expertise e do propósito da autoridade no teste pragmático e funcional). De outro, o essencial é que as questões sejam enfrentadas.

Na prática das jurisdições estudadas, contudo, a opção prevalecente tem sido a de deixar os tribunais livres de esquemas argumentativos preestabelecidos (item 2.2.1.2).¹⁴⁶ Com efeito, a opção de estabelecer fatores fixos aos quais os tribunais devem se reportar ocorreu apenas no Canadá, e por um período relativamente curto, entre 1998 e 2008 (item 2.2.1.1).

2.2.1.1 A opção temporária canadense pelos fatores fixos

Nos anos seguintes ao abandono do formalismo da teoria da questão preliminar, no caso *CUPE*, em 1979, os tribunais canadenses aplicavam um teste contextualizado, mas ainda não bem sistematizado e sem fatores fixos. A própria Suprema Corte ainda era vacilante. O caso *Bibeault*,¹⁴⁷ julgado em 1988, é extremamente relevante, por ser o primeiro a fazer referência ao enfoque pragmático e funcional, de cunho contextual, que deveria ser adotado pelas cortes para identificar o modelo de controle judicial sobre as decisões das agências administrativas. O enfoque pragmático e funcional é já enunciado em todos os seus passos, mas ainda de forma descompromissada: não há uma aplicação passo a passo. A Suprema Corte afirma que a “análise formalista” que caracteriza a teoria da questão preliminar ou colateral deve ser substituída por uma análise que envolve a determinação da competência da agência. Para fazer isso – explica a Corte –, deve-se examinar não apenas a redação dos textos normativos, mas também (i) o propósito da legislação que cria a agência, (ii) a razão de sua existência, (iii) a área de expertise dos seus membros e (iv) a natureza da questão por

145. William R. Andersen, “Against Chevron – A modest proposal”, cit., 56 *Admin. L. Rev.* 957, 971.

146. Para um argumento de que o estabelecimento de passos fixos pode comprometer o contextualismo e o realismo do procedimento de definição da intensidade do controle judicial, v.: Trevor R. S. Allan, “Human rights and judicial review: a critique of ‘due deference’” (2006), 65 *Cambridge Law Journal* 671-695.

147. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048. Sobre os fatos deste caso, v. o item 1.2.1.1.1 do Capítulo I da Primeira Parte.

ela decidida.¹⁴⁸ A Suprema Corte ainda explicita as vantagens deste enfoque pragmático e funcional.¹⁴⁹

A aplicação não sistematizada do teste contextualizado prosseguiu em casos posteriores. Em dissenso ao caso *Mossop*, em 1993, a Ministra L'Heurex-Dubé aplica um enfoque contextual, inspirado no teste pragmático e funcional sugerido pelo Ministro Beetz no caso *Bibeault*. Os passos deste teste, a esta altura da jurisprudência, ainda não estão totalmente consolidados. Ela sugere os seguintes: (i) o exame da legislação; (ii) as características da autoridade administrativa; e (iii) a natureza do problema sob escrutínio – embora admita que a lista não é exaustiva.¹⁵⁰ Do mesmo modo, em *Pezim* (1994) a Corte faz referência ao “enfoque pragmático e funcional” referido em *Bibeault*, mas não há uma aplicação passo a passo dos fatores ali expostos. Para chegar ao modelo de controle apropriado a Corte examina quatro fatores um pouco distintos daqueles enunciados anteriormente: (i) a natureza da lei relevante; (ii) os princípios do controle judicial; (iii) o papel da autoridade administrativa; (iv) a específica questão de direito.

148. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 121-122: “However, by limiting the concept of the preliminary or collateral question and by introducing the doctrine of the patently unreasonable interpretation, this Court has signalled the development of a new approach to determining jurisdictional questions. The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. (...). At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal”.

149. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 123-126: “This development seems to me to offer three advantages. First, it focuses the Court’s inquiry directly on the intent of the legislator rather than on interpretation of an isolated provision. (...). Second, a pragmatic or functional analysis is better suited to the concept of jurisdiction and the consequences that flow from a grant of powers. (...). The third and perhaps the most important of the reasons why a pragmatic or functional analysis seems more advantageous is that it puts renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts. When an administrative tribunal exceeds its jurisdiction, the illegality of its act is as serious as if it had acted in bad faith or ignored the rules of natural justice. The role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection (...). Yet, the importance of judicial review implies that it should not be exercised unnecessarily, lest this extraordinary remedy lose its meaning”.

150. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 81-84.

Southam (1997) foi a primeira decisão em que a Suprema Corte aplicou de forma realmente sistemática o enfoque pragmático e funcional. Assim, examinou separadamente os seguintes fatores: (i) a existência de um direito a recurso; (ii) a natureza da questão sob exame; (iii) o propósito da legislação relevante; (iv) a expertise da autoridade administrativa.¹⁵¹ Entretanto, apenas um ano depois, no caso *Pushpanathan*, o teste sistematizado passa a ser visto como necessariamente aplicável pelos tribunais.¹⁵² Ali foram confirmados e explicados os quatro passos clássicos do teste, seguidos de forma consistente nos anos seguintes: (i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação relativa à autoridade sob controle; (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa em relação à questão sob controle, comparada com a expertise da corte controladora; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa.¹⁵³ A tarefa dos tribunais consistia em proceder ao exame destes quatro fatores, um a um, sopesá-los autonomamente e identificar, com base neles, o modelo de controle judicial aplicável.

2.2.1.2 A opção majoritária pelos fatores variáveis

É bastante rara, no entanto, esta opção por uma estrutura fixa, que exige dos tribunais que passem por passos preestabelecidos até chegar a uma decisão relativa à intensidade do controle judicial. Mesmo no Canadá sua adoção durou apenas uma década (entre 1998 e 2008). No caso *Dunsmuir* ela foi abandonada pela Suprema Corte sob o argumento de que causava complexidade e custos desnecessários (item 2.2.1.2.1). A reforma aproxima o Direito Canadense dos modelos aplicados nos Estados Unidos e na França. A diferença entre estas duas últimas jurisdições está em que, enquanto os Estados Unidos adotaram o teste polifásico livre apenas no período pré-*Chevron* e pós-*Mead* (item 2.2.1.2.2), na França a liberdade de ponderação

151. Em *Southam* já há declarações importantes sobre: (i) a expertise ser o fator mais relevante; (ii) a existência de um direito de recurso como fator superável; (iii) o critério de precedência para identificar uma questão de direito; (iv) a confusão entre os passos de expertise e propósito da legislação; (v) a análise da composição do tribunal como reveladora da expertise; (vi) a necessidade de autocontenção, para não ceder às tentações de controlar decisão razoável, embora questionavelmente correta; (vii) o balanceamento de fatores é tarefa que cabe à autoridade.

152. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982.

153. O conteúdo de cada um destes passos foi especificado no item 2.5.1.1 do capítulo anterior.

dos aspectos relevantes do caso concreto é uma opção historicamente consistente (item 2.2.1.2.3).

2.2.1.2.1 O abandono dos fatores fixos no Canadá – No julgamento do caso *Dunsmuir*, em 2008, a Suprema Corte canadense promoveu importante reforma do sistema de controle judicial da administração pública. Ao que mais interessa nesta parte do capítulo, é preciso sinalizar que os passos do novo teste contextualizado não são mais fixos. Com efeito, a Suprema Corte admitiu que alguns deles podem ser determinantes, dispensando a ponderação com os demais. A afirmação não é muito desenvolvida ou explicada, mas uma passagem sugere que este seria o caso de questões de fato ou decisões envolvendo discricionariedade ou política pública, que determinariam a aplicação de um modelo de controle de razoabilidade.¹⁵⁴ Para outras questões, mais jurídicas e genéricas, também parece ser sugerido que há uma aplicação automática, mas do modelo de correção. Assim se passa com: (i) questões jurídicas “gerais”; (ii) questões jurídicas “importantes para o sistema jurídico como um todo” e que constituam o núcleo da administração da Justiça (como a coisa julgada); (iii) questões jurídicas fora da área de expertise da autoridade; (iv) questões relativas a conflito de competência entre autoridades administrativas.¹⁵⁵

Em *Khosa*, caso que consolidou e desenvolveu a reforma promovida por *Dunsmuir*, a Suprema Corte foi explícita na desnecessidade de considerar todos os fatores do teste contextual, embora ainda não tenha dado grandes indicações sobre quais deles deveriam ser tidos como preponderantes.¹⁵⁶ Afirmou a Corte que “nem todos os fatores serão relevantes para todos os casos. Um enfoque contextualizado é exigido. Os fatores não precisam ser tomados como um item de uma *checklist* de critérios que precisam ser individualmente analisados, categorizados e balanceados em cada caso para determinar se a deferência judicial é apropriada ou não. O que se exige é uma avaliação geral”.¹⁵⁷

2.2.1.2.2 EUA: a inexistência de fatores fixos nos testes pré-Chevron e pós-Mead – A inexistência de fatores fixos é a marca de todos os procedimentos contextualizados já usados na jurisprudência americana para a definição da intensidade do controle judicial.

154. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 53.

155. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 60-61.

156. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339.

157. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 54.

A primeira referência pode ser a *Skidmore*,¹⁵⁸ caso da década de 1940, em que a Suprema Corte determinou que os tribunais devem levar em consideração a interpretação da administração sobre a legislação que lhe é pertinente, adotando-a “na medida de sua persuasão”.¹⁵⁹ Com o passar dos anos a Suprema Corte fez inúmeras referências à tal doutrina *Skidmore*, sempre destacando fatores que deveriam ser levados em consideração para “medir a persuasão” da interpretação adotada pela autoridade administrativa. Entre estes fatores podem ser citados os seguintes:¹⁶⁰ (i) a consistência com posicionamentos anteriores – maior deferência judicial é devida no caso de interpretações de longa duração;¹⁶¹ (ii) a contemporaneidade da interpretação – dá-se mais peso a interpretações adotadas contemporaneamente à promulgação da lei do que àquelas adotadas posteriormente;¹⁶² (iii) aprovação implícita do Congresso por inércia – presume-se que o Congresso conheça a interpretação das agências e que a derrube por via de reforma legislativa, quando com ela discordar;¹⁶³ (iv) a expertise da agência – as interpretações em áreas mais técnicas ou complexas merecem maior deferência, enquanto interpretações de agências que estejam fulcradas exclusivamente em materiais de interpretação jurídica (texto legislativo, história legislativa, precedente judicial) autorizam maior intervenção judicial;¹⁶⁴ (v) formalidade procedimental e deliberação – quanto mais formal e cheia de cuidados procedimentais e mais aberta à participação tenha sido a decisão

158. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

159. Sobre a deferência *Skidmore*, v. o item 1.5.2.2.3 do capítulo anterior.

160. Segue-se aqui a sistematização de John F. Duffy e Michael Herz (eds.), *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago, ABA Publishing, 2005, Capítulo 5.

161. A Suprema Corte deferiu em *Barhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 220 (2002), e *EEOC versus Associated Dry Goods Corp.*, 449 U.S. 590, 600 n. 17 (1981) para interpretações longevas da administração, mas recusou como não persuasiva uma interpretação que contrastava com posicionamento anterior da agência em *Gen. Elec. Co. versus Gilber*, 429 U.S. 125, at. 142-143 (1976).

162. Cf.: *EEOC versus Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, 257 (1991); e *Udall versus Tallman*, 380 U.S. 1, 16 (1965).

163. A inferência relativa à aquiescência do Congresso é ainda mais forte quando o Congresso reformou a legislação mas não mexeu na parte relevante à interpretação da agência. Assim: *Bob Jones Univ. versus United States*, 461 U.S. 54, 599 (1983); *SEC versus Sloan*, 436 U.S. 103, 120-21 (1978).

164. Trata-se de fator decisivo na própria decisão de *Skidmore*. V. também: *Aluminum Co. of Am. versus Central Lincoln People's Util. Dist.*, 467 U.S. 380, 390 (1984); *E. I. du Pont de Nemours & Co. versus Train*, 430 U.S. 112, 134 (1977); *Christensen versus Harris County*, 529 U.S. 576, 597 (2000).

da agência, maior o peso que lhe deve ser atribuído.¹⁶⁵ Entretanto, jamais se entendeu que estes fatores tivessem que ser examinados todos, um a um, pelos tribunais.

Com o julgamento da Suprema Corte no caso *Chevron* o precedente de *Skidmore* parecia ter perdido a relevância. De acordo com uma interpretação bastante difundida e já mencionada algumas vezes neste trabalho, *Chevron* teria substituído o teste contextualizado por uma presunção de que a deferência seria devida nos casos em que a agência interpretasse uma legislação ambígua. No entanto, em 2001, no julgamento do caso *Mead*, a Suprema Corte esclareceu que o teste de *Chevron* consistiria apenas em “regime deferencial mais forte” e que não havia eliminado a doutrina *Skidmore*. *Chevron* seria aplicável nas hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto indicassem que a interpretação em causa veiculava exercício de autoridade concedida pelo Congresso para criar regras com força de lei. *Skidmore* teria um caráter residual: seria aplicável em todos os demais casos de interpretação legislativa por uma entidade administrativa.

O fato é que *Mead* inaugura outro teste contextualizado para identificar a aplicabilidade, ou não, do teste de *Chevron*. Afirma categoricamente que ele é aplicável no caso de circunstâncias para as quais a legislação determina o uso de procedimentos administrativos revestidos de algumas garantias formais, como a adjudicação formal e o *notice-and-comment rulemaking*.¹⁶⁶ Mas deixa claro que estas não são as únicas circunstâncias em que a deferência caberá. E, de forma relevante, remete aos tribunais – sem grandes indicações – a tarefa de ponderar os diversos aspectos da decisão controlada para chegar à conclusão a propósito da intenção legislativa.

Também já se afirmou que em casos posteriores a Suprema Corte fez referências a algumas das circunstâncias que poderiam ser levadas em consideração para identificar a intenção legislativa de delegar para a autoridade administrativa. No caso *Barnhart* os fatores mencionados foram os seguintes: (i) a natureza intersticial da questão jurídica; (ii) a expertise correspondente da agência; (iii) a importância da questão para a administração da legislação pertinente; (iv) a complexidade desta administração; e (v) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo

165. *Reno versus Koray*, 515 U.S. 50, 61 (1995).

166. Embora o *notice-and-comment rulemaking* seja qualificado como *informal rulemaking* pelo *Administrative Procedure Act* (art. 553(d)), ele é, de fato, composto de diversas garantias procedimentais relativas à participação e à motivação.

período de tempo.¹⁶⁷ Em *Long Island Care at Home*¹⁶⁸ a Suprema Corte adicionou elementos novos que poderiam indicar a intenção legislativa de delegação que provocaria a aplicação de um controle judicial deferente: (i) quando a autoridade promulga regras importantes sobre direitos e deveres individuais; (ii) quando a autoridade foca completa e diretamente na questão sob sua competência; (iii) quando a autoridade usa o procedimento completo de *notice-and-comment* para promulgar uma regra; (iv) quando a regra resultante se encaixa na delegação legislativa de autoridade; (v) quando a regra é razoável.¹⁶⁹ Mas estas circunstâncias jamais foram entendidas como *exclusivas* ou *necessárias*. O teste contextualizado americano pós-*Mead* segue, portanto, sendo destituído de fatores fixos a serem sopesados pelos tribunais.

2.2.1.2.3 França: a opção historicamente consistente pela livre ponderação – No Direito Francês considerações relativas à intensidade do controle judicial sobre a ação administrativa não costumam estar presentes na bastante sintética motivação dos acórdãos do Conselho de Estado. Entretanto, estas considerações podem ser encontradas nas conclusões dos *rapporteurs publics* (antigos *commissaires du gouvernement*). Estes magistrados não participam do acórdão final do Conselho de Estado (não têm direito a voto), mas apenas sugerem uma decisão, que pode ou não ser acatada pelo órgão colegiado. Nas conclusões é comum que os *rapporteurs publics* reservem alguns parágrafos ou páginas para discutir a intensidade do controle que, ao seu juízo, deve ser aplicado pelo Conselho de Estado. Contudo, não há nenhuma regra formal ou tradição bem estabelecida a propósito dos fatores que podem ser levados em consideração a este respeito. Esta liberdade possui consistência histórica, e – segundo o conhecimento do autor deste trabalho – jamais foi objeto de críticas substanciais e relevantes.

Talvez seja possível considerar fixa uma específica consideração: os *rapporteurs publics* fazem uma análise da jurisprudência pregressa, para sinalizar ao Conselho de Estado se aquele tipo de decisão sob controle é usualmente submetido a um controle normal ou um controle mínimo. Se o *rapporteur public* não considera necessária a alteração desta jurisprudência, esta fase “jurisprudencial” costuma ser a única. Então, após rápida menção aos casos que estabeleceram ou confirmaram esta orientação, passa-se diretamente à análise do mérito do caso concreto.

167. *Barnhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002).

168. *Long Island Care at Home, Ltd. versus Coke*, 127 S. Ct. 2339 (2007).

169. *Long Island Care at Home, Ltd. versus Coke*, 127 S. Ct. 2339 (2007), at. 2350-2351.

Os casos que veiculam hipóteses para as quais não se fixou ainda nenhuma orientação ou em relação aos quais o *rapporteur public* sugere uma alteração jurisprudencial são naturalmente mais ricos em considerações substanciais a propósito da intensidade do controle judicial. O *rapporteur public* irá, normalmente, fundamentar sua sugestão num balanceamento de fatores (não fixos) como: (i) a liberdade deixada pelo texto normativo à autoridade administrativa (medida da discricionariedade);¹⁷⁰ (ii) a complexidade técnica da decisão controlada;¹⁷¹ (iii) as consequências fáticas

170. A liberdade deixada pelo texto normativo a partir de sua redação é, certamente, um dos fatores mais importantes para determinar a intensidade do controle. Assim, por exemplo, o fato de que a legislação pertinente afirmava apenas que o Ministro da Concorrência “poderia submeter” (*peut soumettre*) uma operação de concentração ao parecer do Conselho da Concorrência foi o argumento mais relevante para que a recusa ministerial de fazê-lo tenha sido submetida a um controle judicial apenas restrito em CE, 15.10.1982, *Le Bihan et Autres*, Req. 20382. V., ainda: CE, 5.12.2005, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 277441-277443-277445. De modo geral, há uma tendência à aplicação do modelo de controle normal sobre ações reguladas por condições normativas precisas. Entretanto, sua relevância não deve ser exagerada. Não é correto supor que se trate de fator determinante ou insuperável. De um lado, ocorre que mesmo indicações normativas imprecisas fundamentem o controle no modelo normal. Assim se dá, por exemplo, com os controles exercidos com base na noção de culpa, no direito disciplinar, ou com base na noção de ordem pública, em matéria de polícia administrativa. Além disso, sucede que o juiz administrativo fundamente seu controle em normas não escritas (os princípios gerais do Direito), razão pela qual mesmo a inexistência de texto não inviabiliza o controle (v. Georges Vedel, *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, PUF, 1984, p. 444: “Les larges pouvoirs de création du Droit que possède le juge administratif lui permettent de poser des règles de Droit nouvelles qui intègrent à la légalité nombre d’éléments se rapportant à l’opportunité de l’acte (...). Au point de vue du Droit fait, il n’y a jamais contrôle de l’opportunité et du pouvoir discrétionnaire; au point de vue du Droit qui se fait, le juge s’assure le contrôle de certains éléments d’opportunité et de pouvoir discrétionnaire en forgeant des règles de Droit qui étendent le domaine de la compétence liée et de la légalité”. De outro lado, a precisão da norma pode ser superada pela complexidade ou sensibilidade política da matéria, levando a um controle judicial no modelo restrito. Nas palavras de Pierre Delvolvé, “cela confirme que le juge exerce le contrôle qu’il veut, en faisant des textes ce qu’il veut, et même en établissant les normes qu’il veut” (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”), *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, Paris, LGDJ, 1998, p. 303).

171. Como se afirmou no Capítulo I da Primeira Parte, a complexidade técnica de uma questão é relevante para a decisão relativa à intensidade do controle judicial no Direito Francês. O mais comum é que questões tecnicamente complexas sejam submetidas a um controle restrito. São exemplos o controle das decisões administrativas relativas ao caráter venenoso de uma loção capilar (CE, 27.4.1951, *Société Toni*), à aposição a um vinho de uma denominação controlada (CE, 14.10.1960, *Syndicat Agricole de Lalande-de-Pomerol*), aos riscos à salubridade ou à segurança

decorrentes do modelo sugerido (por exemplo, no incentivo a novas ações semelhantes ou na sensibilidade institucional de uma intervenção judicial mais intensa¹⁷²); (iv) a relevância jurídica (especialmente no que concerne a direitos fundamentais) da decisão controlada¹⁷³ – entre outros.¹⁷⁴

pública de um projeto de engenharia (CE, Ass., 29.3.1968, *Société du Lotissement de la Plage de Pampelonne*). Em outras hipóteses elas não se submetem a controle judicial algum. É o caso das decisões das bancas examinadoras de concursos públicos (CE, 16.5.2001, *de Nale*; CE, 22.2.1995, *Girardot*; CE, 20.5.1994, *Mlle. Semetey*; CE, 15.4.1983, *Bannay*; CE, 3.11.1982, *Goure*; TA Paris, 3.3.1983, *Zanone*). Mas a complexidade técnica nem sempre impede o controle judicial no modelo normal. V., por exemplo: CE, 6.3.1970, *Ministre de l'Agriculture c. Aumeunier* (aplicando controle normal sobre a eficácia de um programa de profilaxia da tuberculose bovina); ou CE, 30.10.1970, *Société Lyonnaise de Dépôts et de Crédit Industriel* (sobre a originalidade de uma marca). Mas o maior exemplo é o controle de decisões relativas a concentrações econômicas, submetidas a um controle normal: CE, 9.4.1999, *Société The Coca-Cola Co.*, Req. 201853; CE, 31.5.2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, Req. 213161-213352 (controle normal sobre existência de concentração); CE, 6.10.2000, *Société Pernod Ricard*, Req. 216645 (controle normal sobre decisão a respeito dos efeitos anticoncorrenciais da concentração e sobre a decisão de que os efeitos anticoncorrenciais não são compensados pelo progresso econômico); CE, 6.2.2004, *Société Royal Philips Electronic et Autres*, n. 249267 (controle normal sobre a definição do mercado relevante, sobre o *bilan* econômico e sobre a utilização da teoria da *failing firm*). Para maiores detalhes, v. a Primeira Parte deste trabalho.

172. Um bom exemplo da modulação do controle em função desta variável é a histórica resistência do Conselho de Estado em controlar os chamados “atos de governo”. De acordo com Marceau Long, Prosper Weil e Guy Braibant, esta resistência se explica “par le souci du Conseil d'État de ne s'immiscer ni dans les relations entre le Pouvoir Législatif et le Pouvoir Exécutif, ni dans l'action diplomatique considérée comme une prérogative exclusive et traditionnelle du gouvernement. Ainsi, se retrouvent, sous une forme nouvelle et dans des limites plus étroites, les considérations de caractère politique qui étaient à l'origine de la notion d'acte de gouvernement” (*Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 8ª ed., Paris, Sirey, 1984, p. 22). Sobre o tema, v. o item 2.2 do Capítulo I desta Segunda Parte.

173. Assim, por exemplo, as diversas decisões que submetem a polícia administrativa a um controle de proporcionalidade no modelo normal. As restrições à liberdade dos cidadãos decorrentes de medidas de polícia devem ser *necessárias* ao que se destinam, além de proporcionais. Esta orientação possui longa tradição no campo das liberdades clássicas, como a liberdade de reunião ou de imprensa (v., por exemplo: CE, 8.5.1961, *Société Olympia Press*; CE, 22.4.1966, *Société Union Africaine de Presse*; CE, Ass., 21.7.1970, *Krivine et Frank*; CE, Sect., 19.2.1954, *C. G. T.*; CE, 10.5.1933, *René Benjamin*), mas vem sendo estendida a outros âmbitos (CE, 14.2.1958, *Abisset*, Req. 7715; CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, Req. 82590; CE, Sect., 9.7.1997, *Assoc. Ekin, RFDA 1997*, p. 1284, concl. Denis-Linton; CE, 16.11.1977, *Seyin*; CE, 25.1.1980, *Gadiaga*; CE, 16.11.1984, *Société Eurybia*). Sobre o tema, v. o item 1.1.1.1 do Capítulo I da Primeira Parte.

O caso *SAFER D'Auvergne* fornece um rico exemplo. Nele, o Comissário de Governo Dondoux promoveu longa discussão a propósito do modelo de controle a ser aplicado sobre as autorizações administrativas de demissões de empregados com estabilidade decorrente de função representativa. O Comissário de Governo começou observando que esta matéria estava até então submetida a um controle restrito, por erro manifesto de apreciação.¹⁷⁵ Em seguida examinou vários fatores para identificar o modelo de controle mais adequado ao caso concreto. Descartou, por exemplo, que a complexidade técnica da matéria fosse suficiente para justificar a manutenção do *status quo* jurisprudencial. Tampouco considerou que o aspecto político envolvido na questão impunha a limitação do controle.

Mas o principal argumento em favor da sua proposta de alteração jurisprudencial – e consistente intensificação do controle judicial – é totalmente *ad hoc*. O Comissário observa que a Corte de Cassação havia pouco *reduzido* o controle que exercia sobre a matéria, diminuindo, assim, a proteção judicial que o assalariado com estabilidade possuía diante da jurisdição ordinária. Na opinião do Comissário de Governo, *como forma de compensação* desta retração da jurisdição ordinária, os tribunais administrativos deveriam avançar, fortalecendo seu controle, de modo a garantir a proteção dos cidadãos em questão.¹⁷⁶

174. Pierre Delvolvé afirma que a intensidade do controle judicial pode variar, ainda, em função do *status* hierárquico da autoridade administrativa que prolatou a decisão contestada. O controle tenderia a ser menos intenso sobre as decisões emanadas das esferas mais altas da administração pública (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d’Etat (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 303). V., por exemplo: CE, 19.10.1962, *Canal* (para controle de uma decisão do Presidente da República); CE, 16.11.1984, *Société Eurybia* (decisão do Primeiro Ministro); CE, 17.12.1986, *Société Hit-TV du Syndicat de l’Armagnac et des Vins du Gers* (decisão de autoridades municipais).

175. Assim, após relatar que o Tribunal Administrativo havia submetido a decisão contestada a um controle normal, o Comissário de Governo afirma que: “En l’état actuel de votre jurisprudence un tel raisonnement ne peut manquer d’être censurer. Vous n’exercez en effet en la matière qu’un contrôle dit réduit. Or il est clair que la décision du Ministre n’est entachée d’aucune erreur manifeste d’appréciation” (conclusões do Comissário de Governo Dondoux no caso CE, A, 5.5.1976, *SAFER d’Auvergne*, Req. 98647-98820).

176. Conclusões do Comissário de Governo Dondoux no caso CE, A., 5.5.1976, *SAFER d’Auvergne*, Req. 98647-98820: “C’est sur ce dernier point que nous vous proposons d’infléchir votre jurisprudence. En affirmant aujourd’hui votre contrôle total en la matière, comme vous le demandaient déjà nos prédécesseurs vers 1950, vous comblerez le vide qu’ont créé de récents arrêts de la Cour de Cassation, accroissent ainsi les garanties offertes aux intéressés, sans pour autant limiter à l’excès la liberté de l’administration. (...). Le mot démission est sans doute trop

Note-se que esta razão para a aplicação de um controle não deferente – que terminou acatada pelo Conselho de Estado – é totalmente *casuística*, não se enquadrando em nenhuma regra preestabelecida. A circunstância ilustra a grande liberdade que detém o magistrado administrativo francês para a determinação da intensidade do controle que incidirá sobre um caso concreto. Nas palavras de Pierre Delvolvé, “os critérios que presidem a escolha de um ou outro tipo de controle restam sob a discricionariedade do juiz (...). O juiz é o senhor da intensidade do seu controle”.¹⁷⁷ Neste mesmo sentido, no caso *Touzard*, o Comissário de Governo Terry Olson deixou claro que a escolha da intensidade do controle é mais uma questão de política jurisprudencial do que de pura legalidade.¹⁷⁸

fort (c’est plutôt le terme de renoncement qui conviendrait) pour qualifier l’attitude récente de la Cour de Cassation, telle qu’elle résulte des arrêts dits Perrier rendus en Chambre Mixte le 21 juin 1974 (...) la Cour en effet à cette occasion a réduit le contrôle des tribunaux judiciaires sur les motifs de licenciement des salariés protégés (...). Et vous devez dès lors vous demander si, en compensation, votre contrôle ne doit pas être étendu”.

177. Pierre Delvolvé, “Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, pp. 295 e 301: “Les critères qui président au choix de l’un ou l’autre des types de contrôle restent à la discrétion du juge (...). Le juge est maître de l’étendue de son contrôle”.

178. CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676: “Ainsi tant la logique du contrôle de légalité que des considérations de bonne administration nous semblent converger pour que, dans le choix de la sanction disciplinaire prise à l’encontre d’un fonctionnaire, le juge conserve une certaine distance, un recul de bon aloi par rapport à l’appréciation à laquelle l’administration se livre lorsque ce choix la fait quitter la rive de la légalité pour gagner celle de l’opportunité. Il ne fait selon nous aucun doute que l’intensité de votre contrôle soulève moins une question de pure légalité qu’un enjeu de politique jurisprudentielle”. Já, no caso CE, Ass., 16.2.2009, *Société Atom*, Req. 274000, a *Rapporteur Public* Claire Legras extrapola este raciocínio, para sustentar que mesmo a extensão dos casos de pleno contencioso pode ser feita diretamente pelo juiz administrativo, independentemente de qualquer previsão legislativa. A *Rapporteur Public* fala em *entière liberté du juge*. Um pouco depois, vai adiante: “Nous ne ferons pas ici le tableau ni la théorie du partage entre les contentieux de l’excès de pouvoir et de la pleine juridiction. Nous nous bornerons à nous référer aux analyses particulièrement éclairantes du Président Heilbronner dans un article paru au Dalloz 1953, reprises et amplifiées par Président Genevois dans ses conclusions sous votre décision de Section du 8 janvier 1982, Aldana Barrena, p. 8. Lorsque le texte ne l’impose pas, le choix entre l’excès de pouvoir et le plein contentieux ‘est rarement le fruit d’une théorie juridique; le juge appréhende les faits avec le souci d’apporter une solution pratique, et la psychologie du magistrat a son importance. La mission qui lui est dévolue ou qu’il estime lui être dévolue, mission plus ou moins importante selon les matières, voilà ce qui est la clé des solutions jurisprudentielles’. Dans ses conclusions sous votre décision de Section du 23 novembre 2001, Cie.

* * *

Do ponto de vista da legitimação da determinação da intensidade do controle, a estruturação das considerações contextualizadas dos tribunais em passos fixos e imutáveis possui benefícios inegáveis. A uma, porque aumenta a transparência desta decisão, na medida em que o público tem fácil acesso às circunstâncias sopesadas. A duas, porque limita o espaço de subjetividade e de manobra que os tribunais teriam para ignorar um fator ou adicionar outro, com o fim de atingir resultado que lhes convenha. A três, porque imprime eficiência (e qualidade) à decisão, na medida em que força os tribunais a sopesarem as circunstâncias que, conforme avaliação prévia e bem refletida, costumariam ser relevantes para a aplicação de um ou outro modelo de controle judicial. A decisão que resultaria de um procedimento contextualizado com fases fixas, portanto, é a um só tempo transparente, objetiva e eficiente – e, por tudo isso, ao menos relativamente legítima.

Lamentavelmente, contudo, a opção por estruturar esta decisão contextualizada em fases fixas é ainda bastante rara. Os Direitos Americano e Francês optam por deixar os magistrados livres para sopesar as circunstâncias que lhes pareçam relevantes. Mesmo no Direito Canadense, em que se adotou por uma década um “teste pragmático e funcional” com quatro fases fixas, a opção terminou abandonada, sob o argumento de complexidade e custos excessivos.

2.2.2 *A conveniência de regras claras sobre a interação entre fatores*

Especialmente nos casos em que se estabelecerem fatores fixos a serem seguidos num *iter* lógico definido previamente, surge uma questão adicional, relativa a como disciplinar a interação entre eles.

Naturalmente, há um risco inicial de repetição de análise por sobreposição de fatores. O fenômeno não é necessariamente problemático, exceto no que concerne ao aumento de custos e de complexidade do procedimento. Afora este problema, não há grandes inconvenientes a que os juízes pro-

Nationale Air France, p. 576, notre collègue Isabelle de Silva relevait que cette approche pragmatique s’était confirmée s’agissant des sanctions plus récemment instituées, l’application du régime de plein contentieux ‘relevant moins d’une ‘nature profonde’ du recours’ que de la préoccupation ‘de donner au juge des moyens adaptés à sa mission, pour une bonne administration de la justice et la prise en compte des intérêt du justiciable et des prérogatives de l’administration’. Il appartient donc au juge administratif de déterminer quelle doit être l’étendue de ses pouvoirs dans chaque domaine du contentieux”.

movam uma análise sob diferentes perspectivas, chegando a resultados semelhantes. Na realidade, esta sobreposição pode até mesmo indicar a correção do procedimento para identificar o controle sob medida que deve ser aplicado.

Durante a vigência do teste fixo pragmático e funcional, no Canadá a sobreposição de fatores era algo bastante comum. No caso *Southam*, por exemplo, em que se controlava uma decisão adotada pela autoridade canadense da concorrência, a Suprema Corte observou que sua análise relativa à expertise da autoridade coincidia com a análise do propósito da legislação.¹⁷⁹ Em ambos os casos tratava-se de pôr em destaque como o legislador tivera o cuidado de compor uma autoridade administrativa com especialistas em Economia e em negócios para solucionar problemas que o próprio legislador considerou mais econômicos do que jurídicos.¹⁸⁰ No mais, há uma interdependência necessária entre as fases relativas à expertise e à natureza da questão. Só merecerá deferência a questão cuja natureza coincida com o campo de expertise da autoridade administrativa.¹⁸¹

Mais problemático, no entanto, é o *conflito* entre os resultados dos exames procedidos em cada um dos fatores.¹⁸² Como resolver a situação em que

179. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 50.

180. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 48-49: “The aims of the Act are more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’. The ‘efficiency and adaptability of the Canadian economy’ and the relationships among Canadian companies and their foreign competitors are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge. (...) Because an appellate court is likely to encounter difficulties in understanding the economic and commercial ramifications of the Tribunal’s decisions and consequently to be less able to secure the fulfilment of the purpose of the Competition Act than is the Competition Tribunal, the natural inference is that the purpose of the Act is better served by appellate deference to the Tribunal’s decisions”.

181. Marie-Hélène Blais *et alli*, *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*, Ontario, LexisNexis, 2007, p. 27: “The ‘nature of the question’ is but one of the four customary factors to be considered in determining the appropriate level of deference to be granted by the reviewing court. Still, the nature of the question to be decided by a tribunal is the thread that ties the pragmatic and functional analysis together. Only where the nature of the decision made by a specialized tribunal is in accordance with its purpose and expertise will courts afford deference. The more these concepts overlap, the more deference is appropriate”.

182. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 436: “There is a strong likelihood that different principles will counsel different outcomes in the context of a single case. This is to be expected. Both conflict and incommensurability are common to both moral reasoning and in

alguns deles sinalizam a necessidade de aplicação de um controle judicial deferente, enquanto outros apontam na direção contrária? Quais os critérios para a resolução de um conflito semelhante? Aqui também a existência de regras claras seria um requisito essencial para a legitimação da decisão dos tribunais relativa à intensidade do controle. As possibilidades de disciplina do conflito entre fatores são múltiplas (item 2.2.2.1). O relato da experiência prática canadense, no entanto, é bastante decepcionante (item 2.2.2.2).

2.2.2.1 As múltiplas possibilidades de disciplina do conflito entre fatores

O problema do eventual conflito entre fatores sopesados pelos tribunais para a definição da intensidade do controle poderia ser objeto de soluções muito variadas.

É teoricamente possível considerar que todos os fatores possuem o mesmo peso e, portanto, identificar a intensidade do controle a partir de uma soma aritmética simples. Assim, se três fatores indicam um modelo de controle limitado, enquanto só um ou dois indicam um modelo de controle intenso, seria devida a aplicação de um controle limitado. Este critério de resolução possui inconvenientes óbvios. Em primeiro lugar, não resolve a situação em que igual número de fatores aponte em cada um dos sentidos. Em segundo lugar, há vezes em que o resultado do exame relativo a um específico fator é inconclusivo. Mas, fundamentalmente, este critério de resolução é inconveniente pela inserção de uma ficção simplificadora num procedimento que se pretende realista e complexo. Ora, se a finalidade última do teste contextualizado é afastar o formalismo e aproximar a análise jurídica de um exame realista, a presunção de que os fatores considerados detêm o mesmo peso atua claramente em sentido oposto. Dito de outro modo: o teste que pretende acompanhar a complexidade da própria administração pública é simplificado por razões pragmáticas. Não há, afinal, razões *reais* para supor igualmente relevantes os diversos fatores do teste contextualizado para todas as decisões administrativas.

any form of adjudication and indeed practical reasoning. The idea is captured succinctly by Waldron's reference to someone looking for the fastest car at the lowest price. There are often conflicts between fairness and efficiency, expression and reputational interests, parents and children in child protection cases, and security and liberty. Incommensurability presents problems but is something that judges are accustomed to dealing with. It is part of the imperfect world of judging, just as intuitive judgments under uncertainty form part of administration and politics, and compromise and intentional ambiguity are part of parliamentary law-making and private contractual bargaining”.

Outra possibilidade é conceder precedência (ou maior peso) a determinado fator, que seria, portanto, mais decisivo na identificação final da intensidade do controle a ser aplicado. Ao invés de uma abstenção do sistema jurídico de decidir qual fator deverá prevalecer, esta possibilidade tem a vantagem de assumir a responsabilidade sobre como ponderar as variáveis. Mas aqui também há problemas, porque a concessão prévia de precedência a um fator pode esbarrar em casos concretos em que claramente outro fator é mais relevante – tanto ontologicamente como em função da maior intensidade da sua incidência no caso concreto. Quer dizer: a suposição prévia de que a expertise é o fator mais relevante, por exemplo, leva a resultados esdrúxulos em situações em que a expertise, embora existente, verifica-se em “grau” bastante menos relevante do que os fatores apontando em sentido contrário.

Numa terceira hipótese, inspirada no teste trifásico do princípio da proporcionalidade, a que se fez referência acima, a estrutura da argumentação seria escalonada: só se passa à segunda fase após superada a primeira. Assim, por exemplo, poder-se-ia estabelecer uma primeira fase em que se verificasse a sensibilidade jurídica da decisão controlada. Nas hipóteses em que se tratasse de questões constitucionais ou relativas a direitos fundamentais, por exemplo, o problema estaria resolvido: caberia um controle não deferente. Não sendo este o caso, a análise continuaria. Indo adiante na imaginação, ela poderia envolver a identificação de aspectos tecnicamente complexos ou políticos, por exemplo, que levariam a um exame posterior das características institucionais comparativas do tribunal e da autoridade administrativa em questão – e assim por diante. Este modelo teoricamente confere certa precedência à fase antecedente em relação à consequente, na medida em que a primeira eliminaria a necessidade da segunda; a segunda eliminaria a necessidade da terceira. Na prática, podem subsistir alguns conflitos internos, como demonstra a própria experiência relativa ao princípio da proporcionalidade.¹⁸³

183. Em tese, no teste trifásico da proporcionalidade apenas uma medida pública *adequada* precisa passar pelo exame da necessidade. No mais, para passar a fase da adequação é suficiente que a medida em questão *contribua minimamente* para a promoção do fim pretendido. Sucede que a análise da necessidade da medida pode fazer os tribunais voltarem os olhos novamente à adequação. Imagine-se, por exemplo, a situação em que uma alternativa a uma medida pública, embora menos restritiva de direitos fundamentais, produz o resultado desejado de forma *menos intensa, pior* ou *menos provável* do que a medida efetivamente adotada pelo Poder Público. Nestes casos não pareceria satisfatório julgá-la ilícita, por desproporcionalidade. Desta circunstância derivam duas consequências: a primeira é que uma medida só deve ser dita desproporcional por desnecessidade quando as alternativas a serem comparadas são *semelhantermente* adequadas. Sobre o tema, v. Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições Regulatórias à Concorrência*, cit., Capítulo III.

2.2.2.2 O relato decepcionante do caso canadense

A necessidade de critérios para resolução de conflitos entre diferentes fatores coloca-se com intensidade mais elevada nos casos de estabelecimento de um teste com fatores de ponderação fixos. Neste particular, contudo, o recurso ao caso canadense é bastante decepcionante. Durante a vigência do teste sistematizado pragmático e funcional (de 1998 a 2008) fizeram-se diversas menções descompromissadas à “importância particular” do fator relativo à expertise, que parecia, então, despontar como o aspecto fundamental.¹⁸⁴ Destas referências, no entanto, jamais se extraíram consequências ou indicações práticas relativas à preponderância dos sinais atinentes a este fator, quando contraposto com tendências apontadas por outros.

A bom rigor, o Direito Canadense simplesmente não produziu critérios claros de resolução de conflitos entre seus diferentes fatores. Ao invés disso, a solução adotada foi a criação de um *terceiro* modelo de controle, de “razoabilidade simples”, situado entre os dois extremos de “correção” (modelo de controle não deferente) ou “irrazoabilidade manifesta” (modelo de controle extremamente deferente). Teoricamente, ele seria aplicável nos casos em que houvesse conflitos entre os fatores do teste pragmático e funcional.

A primeira vez que a Suprema Corte fez referência a este novo modelo foi no caso *Southam*, em 1997. Tratava-se de controle judicial de uma decisão da autoridade antitruste canadense sobre a aquisição de dois importantes jornais comunitários e de um semanário de anúncios imobiliários por *Southam Inc.*, sociedade que já detinha os dois jornais diários que serviam a Região de Vancouver. A autoridade entendera que estas operações não limitavam a concorrência no mercado de publicidade impressa para o comércio varejista, mas apenas no mercado de publicidade impressa para propriedades imóveis. Como medida voltada a solucionar as preocupações concorrenciais, a autoridade ordenou que a companhia adquirente vendesse um dos seus jornais comunitários ou semanários imobiliários. Recusou-se, ademais, a aceitar a medida proposta por *Southam*, que consistia na venda da seção sobre mercado imobiliário em um dos jornais comunitários.

Na análise contextualizada para definição da intensidade do controle judicial sobre esta decisão, a Corte observou que havia “indicações nos dois sentidos”. De um lado, sinalizando a necessidade de uma deferência judicial,

184. V., por exemplo, este trecho de *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 50: “Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review”.

estavam os seguintes fatores: (i) tratava-se de uma questão mista de fato e de direito; (ii) a legislação econômica tinha objetivos “econômicos”, sendo mais bem servida por um julgamento técnico; (iii) a aplicação dos princípios do direito concorrencial enquadrava-se perfeitamente na área de expertise da autoridade. De outro lado, indicando a conveniência de um controle mais intenso, citavam-se: (i) a existência de uma previsão legislativa de ilimitado direito de recurso ao Judiciário; (ii) a presença de magistrados de carreira na composição da autoridade, de modo a demonstrar a existência de um aspecto jurídico nas suas decisões.¹⁸⁵ A solução foi aplicar um modelo de controle de intensidade intermediária, ao qual a Corte deu o nome de “razoabilidade simples”.

A mesma constatação sobre a contrariedade das indicações advindas do teste analítico e funcional já houvera sido feita no caso *Pezim*, em 1994. Aliás, é interessante observar que em *Southam* a Corte aplicou “retrospectivamente” o modelo de razoabilidade a *Pezim*.¹⁸⁶ Tratava-se de controle judicial de decisão tomada por autoridade regional reguladora do mercado financeiro. A autoridade condenara diretores de uma empresa de capital aberto por violação a deveres regulatórios de divulgação de informações relevantes. A questão específica que se pôs era se informações adquiridas pela diretoria que poderiam influenciar o valor das ações (especialmente no que concernia às recentes atividades bem-sucedidas de extração mineral da empresa) constituiriam “mudança material” que implicaria a necessidade de sua divulgação. A condenação administrativa havia sido anulada por um tribunal inferior e foi levada à Suprema Corte através de recurso da autoridade reguladora. Na análise contextualizada para definição da intensidade do controle, a Suprema Corte observou a existência de uma previsão expressa

185. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 54: “In my view, considering all of the factors I have canvassed, what is dictated is a standard more deferential than correctness but less deferential than ‘not patently unreasonable’. Several considerations counsel deference: the fact that the dispute is over a question of mixed law and fact; the fact that the purpose of the Competition Act is broadly economic, and so is better served by the exercise of economic judgment; and the fact that the application of principles of competition law falls squarely within the area of the Tribunal’s expertise. Other considerations counsel a more exacting form of review: the existence of an unfettered statutory right of appeal from decisions of the Tribunal and the presence of judges on the Tribunal. Because there are indications both ways, the proper standard of review falls somewhere between the ends of the spectrum. Because the expertise of the Tribunal, which is the most important consideration, suggests deference, a posture more deferential than exacting is warranted”.

186. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 58.

de direito de recurso ao Poder Judiciário na legislação relativa à autoridade reguladora. No entanto, também considerou relevante que a questão específica trazida a juízo se enquadrava perfeitamente na área de expertise da autoridade.¹⁸⁷

A criação do terceiro modelo de controle, de intensidade intermediária aos dois outros modelos extremos, parecia dar por resolvida a necessidade de solucionar conflitos de sinalizações no teste pragmático e funcional. Ao invés disso, causou problemas e complexidades adicionais, que serão examinados na próxima parte deste trabalho. Por enquanto é suficiente noticiar que os dois modelos deferentes (irrazoabilidade manifesta e razoabilidade simples) terminaram por ser mesclados em um só modelo (chamado simplesmente de “razoabilidade”) na decisão da Suprema Corte em *Dunsmuir*, em 2008.¹⁸⁸

O caso *Dunsmuir*, que reformou o sistema de controle judicial no Canadá, trouxe discussões importantes sobre a interação entre os diferentes fatores do teste – no que foi complementado por *Khosa*, em 2009. Como já se afirmou, a Suprema Corte deu fim à fase de fatores fixos do teste contextualizado, admitindo que o exame de alguns fatores pode tornar desnecessária a análise dos demais. O raciocínio parece conduzir à preponderância de alguma das fases do teste. Mas a ideia não é suficientemente desenvolvida ou explicada. Em uma passagem parece haver uma sugestão no sentido de que esta primazia seria do fator relativo à “natureza da questão”, mas isto não é afirmado de forma explícita.

A cautela da maioria da Suprema Corte em fazer afirmações peremptórias neste sentido contrasta com o voto de dissenso da Ministra Deschamps, que sugere precisamente que a questão primordial a ser analisada é a natureza da questão sob controle.¹⁸⁹ Ela chega a afirmar que “muito pouco precisa

187. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 68: “On one hand, we are dealing with a statutory right of appeal pursuant to S. 149 of the Securities Act. On the other hand, we are dealing with an appeal from a highly specialized tribunal on an issue which arguably goes to the core of its regulatory mandate and expertise”.

188. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190.

189. Tomando-se a natureza da questão como a fase essencial do teste, a situação mais complexa ocorre quando a autoridade administrativa especializada está decidindo uma questão eminentemente jurídica. Neste caso poderá haver controle sob o modelo de razoabilidade se (i) a questão se inserir no núcleo de competência da autoridade, (ii) for fortemente ligada à sua função ou (iii) for questão de que a autoridade está acostumada a tratar (cf. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 54).

ser feito para além desta análise”.¹⁹⁰ Num exemplo, afirma que questões de fato serão sempre objeto de deferência, independentemente de qualquer outra análise.

Em outro voto de dissenso ao mesmo julgamento, o Ministro Binnie propõe que seja dada maior relevância à existência de previsão legislativa específica sobre o modelo de controle a ser aplicado. Para este Ministro, ainda que não seja tomada como fator definitivo, a existência de uma cláusula privativa, por exemplo, deveria implicar presunção de controle limitado – presunção que só seria mitigada em caso de fortes sinais em outro sentido.¹⁹¹

A questão da preponderância de um dos fatores sobre os demais voltou a estar no centro da discussão em *Khosa*, caso que desenvolveu e consolidou a reforma promovida em *Dunsmuir*. Novamente a maioria da Suprema Corte se recusou a tomar posição explícita a propósito da primazia de um dos fatores sobre os demais. Em dissenso, no entanto, o Ministro Rothstein apresenta nova proposta para reforçar o peso concedido às indicações le-

190. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, voto da Ministra Deschamps, para. 158-160: “Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body (...). The process of answering this preliminary question has become more complex than the determination of the substantive questions the court is called upon to resolve. In my view, the analysis can be made plainer if the focus is placed on the issues the parties need to have adjudicated rather than on the nature of the judicial review process itself. By focusing first on ‘the nature of the question’, to use what has become familiar parlance, it will become apparent that all four factors need not be considered in every case and that the judicial review of administrative action is often not distinguishable from the appellate review of court decisions”.

191. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, voto J. Binnie, para. 143: “The existence of a privative clause is currently subsumed within the ‘pragmatic and functional’ test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. A single standard of ‘reasonableness’ cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court’s review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying ‘what’s wrong with these people [*the judges*], can’t they read?’. A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another ‘factor’ in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of outcome on substantive grounds unless the applicant can show that the clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect”.

gislativas expressas a propósito do modelo de controle judicial. O longo manifesto do Ministro Rothstein já foi objeto de análise neste trabalho. Aqui é suficiente repetir sua ideia de que o controle judicial só pode ser limitado na presença de uma previsão legislativa expressa. Na ausência de uma tal previsão seria necessário aplicar a regra geral prevista no art. 18.1 do *Federal Courts Act*.

A recusa da maioria de adotar este e os demais critérios de solução de conflitos propostos em dissenso em *Khosa* e *Dunsmuir* importa a manutenção da insegurança jurídica e da falta de transparência judicial a este respeito. Seria desejável que a Suprema Corte apresentasse indicações precisas sobre a interação dos diferentes fatores e os critérios para solucionar eventuais indicações contraditórias.

* * *

Também no caso da concessão de precedência de um fator em relação a outros num eventual conflito, a experiência jurisprudencial analisada para a elaboração deste trabalho revela um resultado decepcionante. Ao menos no que concerne à legitimidade da decisão relativa à intensidade do controle judicial, perdeu-se, aqui também, a oportunidade de fortalecê-la. Regras claras a propósito deste tema ampliariam a objetividade e a previsibilidade do procedimento contextualizado de determinação da intensidade do controle judicial. Esta circunstância seria particularmente desejável no caso de testes com fatores fixos. Mas o Direito Canadense, único que consagrou um teste desta natureza, jamais estabeleceu estes critérios claros para orientar os tribunais no caso de conflitos de fatores do seu teste pragmático e funcional.

3. Conclusão

Este capítulo buscou examinar a questão da *legitimidade* da decisão (ou da escolha) relativa à intensidade do controle que se aplicará sobre uma específica decisão administrativa. Esta questão ganha relevância particular a partir da conclusão alcançada na Primeira Parte do trabalho no sentido de que a determinação da intensidade do controle judicial envolve uma série de considerações políticas e tem consequências administrativas e sociais não negligenciáveis. Se é assim, é necessário questionar *por quem e de que forma* esta decisão está sendo tomada.

Pôs-se de lado a hipótese em que a intensidade do controle é definida *direta e explicitamente* pelo legislador, porque neste caso a decisão é tomada pelo mais legítimo dos Poderes do Estado – e, portanto, a questão central do capítulo não se coloca com tanta intensidade. Restaram os casos em que a

intensidade do controle judicial é determinada (ou identificada) pelos tribunais. O relato evidenciou que o mais comum nas jurisdições estudadas é que os tribunais atribuam a decisão relativa à intensidade do controle judicial a uma suposta *vontade implícita do legislador*. De acordo com este raciocínio, eles não realizariam qualquer escolha própria; apenas identificariam a escolha previamente adotada pelo legislador e sinalizada por meio de “mensagens legislativas indiretas”.

Estas supostas sinalizações do legislador costumam ser identificadas pelos tribunais (i) em disposições relativas ao controle judicial, genericamente considerado, ou (ii) em disposições relativas às características da decisão contestada ou da autoridade administrativa que a adotou. A primeira hipótese marca particularmente os casos francês e italiano, em que os tribunais administrativos *parecem compreender* a intensificação crescente do seu controle substancial como uma decorrência natural do esforço progressivo do legislador para aparelhar e fortalecer os tribunais. A segunda hipótese é claramente observada nos Direitos Canadense e Americano, em que os tribunais sustentam *explicitamente* que a atenção a estas disposições pode revelar a intenção do legislador de que se aplique um controle judicial com uma intensidade específica.

A análise acima demonstrou a improcedência deste discurso. Em primeiro lugar, algumas das circunstâncias ressaltadas pelos tribunais são inidôneas para sinalizar qualquer intenção do legislador a propósito da intensidade do controle judicial. É o caso da formalidade do procedimento através do qual a decisão administrativa contestada foi adotada – circunstância considerada relevante para identificar uma vontade do legislador de que se aplique controle judicial deferente no contexto da doutrina *Mead*, nos Estados Unidos. Em segundo lugar, as tais “mensagens legislativas indiretas”, precisamente por serem indiretas, possibilitam múltiplas interpretações. Por consequência, constituem, em si, justificção frágil para sustentar movimentações e reformas jurisprudenciais. Dito claramente: os sinais que os tribunais pretendem ver de uma intenção legislativa específica bem poderiam ser interpretados em sentido contrário, conforme se demonstrou longamente no Capítulo II da Primeira Parte. Isto significa que há um elemento de subjetividade e de escolha nas determinações realizadas pelos tribunais. Em terceiro lugar, e por fim, fosse mesmo a intenção do legislador tão relevante para os tribunais, não deveriam eles ignorar solenemente as disposições legislativas em que esta intenção é expressa em termos explícitos. Acaba-se, inexplicavelmente, privilegiando sinalizações indiretas em detrimento das diretas.

Por todas estas razões, sugeriu-se que a real finalidade dos procedimentos utilizados nos Estados Unidos e no Canadá é a de aplicar o modelo de

controle judicial mais adequado para cada uma das decisões administrativas que vêm a juízo. A decisão judicial de proceder a esta avaliação autônoma, no entanto, é politicamente sensível – fato que explica a relutância em admiti-la. Em resumo: a menção a mensagens legislativas indiretas pode estar servindo como ferramenta legitimadora de movimentos jurisprudenciais autônomos. Para não enfrentarem sozinhos os ônus da intensificação do controle ou da deferência judicial, os tribunais recorrem ao discurso das mensagens indiretas, trazendo o Poder Legislativo também para a sua causa.

Na sequência desta conclusão, passou-se a analisar uma forma alternativa de legitimar a determinação da intensidade do controle judicial: através da estruturação da escolha em regras procedimentais que lhe confeririam maior objetividade e transparência. Trata-se, aqui, de uma legitimidade pela via do processo, e não mais uma legitimidade *ad personam*. Pretende-se legitimar a escolha não pelas características da instituição que a tomou, mas pelas peculiaridades do processo decisório. As hipóteses examinadas foram duas: a legitimação decorrente: (i) do uso de esquemas simples compostos de categorias formais; (ii) da estruturação de um teste contextualizado com múltiplos fatores.

O procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do uso de categoriais formais foi apresentado no capítulo anterior. Aqui ele teve novamente relevância, porque poderia constituir forma de legitimação das decisões correspondentes dos tribunais. Esta legitimação decorreria principalmente do fato de que as categorias formais veiculariam regras *prévias* e relativamente *objetivas*. Mas o relato das jurisdições que adotaram este procedimento parece desautorizar esta tese. Tanto nos Estados Unidos como no Canadá os tribunais ultrapassaram os limites teóricos ou originais das estruturas simplificadoras, nelas inserindo operações que terminavam por deturpar ou ampliar significativamente a extensão dos seus poderes.

Quanto à possibilidade de legitimar a escolha através da estruturação e da formalização de um teste contextualizado, ela é relativamente pouco explorada nas jurisdições estudadas. Dois mecanismos de estruturação foram examinados: (i) o estabelecimento de fatores fixos a serem sopesados pelos tribunais; (ii) a prescrição de regras claras para fundamentar a solução dos conflitos entre os fatores. O primeiro mecanismo é de adoção rara. Os Direitos Francês e Americano deixam os tribunais livres para ponderar as circunstâncias que julgarem mais adequadas para fundamentar sua escolha. No caso do Direito Canadense a estruturação da escolha em passos fixos deu-se apenas por um curto período, e de forma tímida. Entre 1998 e 2008 os tribunais deveriam aplicar o teste pragmático e funcional com seus quatro

fatores *fixos*. O segundo mecanismo é particularmente desejável no caso de adoção de um procedimento com fatores fixos. Mas o relato do histórico canadense é decepcionante. Jamais ficaram claros os critérios para resolver sinais conflitantes advindos dos fatores. A situação ficou ainda mais grave do ponto de vista da legitimidade em 2008. O teste contextualizado canadense foi reformado, com o abandono da natureza fixa dos fatores a serem sopesados. Além disso, a Suprema Corte recusou-se a adotar propostas adicionais de reformas que tornariam a escolha da intensidade do controle judicial mais estruturada.

Em suma: sob qualquer ângulo de análise, a batalha da legitimidade da determinação da intensidade do controle judicial ainda está por ser vencida.

Capítulo III

CONCLUSÕES

DA SEGUNDA PARTE

A Segunda Parte do trabalho tratou de questões relativas ao procedimento concreto usado nas jurisdições estudadas para determinar a intensidade do controle judicial.

No primeiro capítulo examinou-se o dilema entre sofisticação e operacionalidade do procedimento. Mostrou-se que a ambição de estabelecer um procedimento que seja poroso e responsivo à complexidade da administração pública pode levar a dificuldades operacionais não negligenciáveis. No Canadá a complexidade do chamado *teste pragmático e funcional* requereu reformas para simplifica-lo. Nos Estados Unidos esta solução ainda não foi adotada, mas há alguma evidência de confusão nos tribunais inferiores a propósito da aplicação da doutrina *Chevron* no período seguinte ao caso *Mead*, que buscava aumentar a adaptabilidade da intensidade do controle judicial à variedade institucional e substancial das autoridades administrativas. Por outro lado, soluções que privilegiam a operacionalidade podem consagrar um estado de coisas ilusório, porque enganoso e insustentável. A enganiosidade advém de uma obediência ficta ou meramente formal dos tribunais aos esquemas lógicos simples – na realidade, suas ponderações envolvem, necessariamente, variáveis não reconhecidas explicitamente. A insustentabilidade decorreria da progressiva inadaptabilidade do procedimento à complexidade da administração pública, com consequente adaptação ou abandono dos procedimentos simples.

O exame de soluções extremas visava precisamente a acentuar as vantagens e desvantagens dos procedimentos. Por outro lado, ele abre espaço para a discussão de soluções intermediárias, que consagrem a precisa medida de sofisticação e operacionalidade visada em determinada jurisdição.

O capítulo tratou de duas delas. No Direito Italiano a superação da binariedade deu lugar a um esquema simples e formal trinário, com as categorias *vinculação*, *discrecionalidade* e *avaliações técnicas complexas*. Lamentavelmente, o curto período em que esta solução vigeu (entre 2001 e 2004) não permitiu maiores possibilidade de análise sobre seus méritos concretos. No Canadá parece promissora a retração da complexidade, veiculada na reforma de *Dunsmuir*. A adoção da fase jurisprudencial, por exemplo, reduz o tempo e o esforço empreendidos para determinar a intensidade do controle judicial em boa parte dos casos. Por outro lado, a Suprema Corte do Canadá perdeu a oportunidade de consagrar mecanismos simplificadores ainda mais relevantes ao descartar as propostas de conceder prevalência expressa a um dos fatores ou de estabelecer algumas presunções relativas.

No segundo capítulo enfrentou-se a questão da legitimidade da determinação da intensidade do controle judicial. Ela é uma decorrência lógica da conclusão da Primeira Parte do trabalho no sentido de que a determinação da intensidade do controle judicial envolve a ponderação de diferentes finalidades do direito administrativo. Pôs-se de lado a hipótese em que a intensidade do controle é definida *direta* e *explicitamente* pelo legislador, porque neste caso a decisão é tomada pelo mais legítimo dos Poderes do Estado – e, portanto, a questão da legitimidade não se coloca com tanta intensidade. Restaram os casos em que a intensidade do controle judicial é determinada (ou identificada) pelos tribunais.

Viu-se que a estratégia principal utilizada pelos tribunais para legitimar suas decisões consiste em reportá-las a uma suposta “vontade implícita do legislador”. Então, a opção por um controle mais ou menos intenso decorreria de mera *identificação* da intenção legislativa, e não implicaria manifestação autônoma dos tribunais. O argumento da intenção legislativa, no entanto, é dificilmente sustentável na prática. De um lado, porque as evidências da intenção legislativa normalmente levantadas pelos tribunais ou são totalmente inidôneas a revelar *qualquer* intenção legislativa referente à intensidade do controle ou são ambíguas, podendo ser interpretadas em sentidos diametralmente opostos. De outro, porque sucede que disposições legislativas diretas e explícitas determinando um específico modelo de controle sejam ignoradas para privilegiar indicações menos claras e mais controversas. Ao final, sugeriu-se que o discurso da intenção legislativa é mera ferramenta legitimadora de movimentos jurisprudenciais autônomos – os tribunais estão, na realidade, promovendo uma análise substancial e normativa, para identificar o controle judicial mais adequado para cada uma das decisões administrativas que vêm a juízo.

A conclusão leva à necessidade de conceber outras formas de legitimar (propriamente) esta escolha. Passou-se, então, a examinar as hipóteses de legitimação *pelo processo*. Nestes casos a decisão a propósito da intensidade do controle judicial cabe, sim, aos tribunais, mas eles a adotam como resultado de um procedimento estruturado de tal forma a legitimá-la. As hipóteses examinadas foram duas: a legitimação decorrente: (i) do uso de esquemas simples compostos de categorias formais; (ii) da estruturação de um teste contextualizado com múltiplos fatores. O exame do histórico jurisprudencial relativo à primeira delas é desencorajador. Tanto nos Estados Unidos como no Canadá os tribunais ultrapassaram os limites teóricos ou originais das estruturas simplificadoras, nelas inserindo operações que terminavam por deturpar ou ampliar significativamente a extensão dos seus poderes. A segunda hipótese, por sua vez, parece ainda relativamente pouco explorada na prática. Dois mecanismos de estruturação foram examinados: (i) o estabelecimento de fatores fixos a serem sopesados pelos tribunais; (ii) a prescrição de regras claras para fundamentar a solução dos conflitos entre os fatores. O primeiro mecanismo é de adoção rara. Os Direitos Francês e Americano deixam os tribunais livres para ponderar as circunstâncias que julgarem mais adequadas para fundamentar sua escolha. No caso do Direito Canadense a estruturação da escolha em passos fixos deu-se apenas por um curto período, e de forma tímida. O segundo mecanismo é particularmente desejável no caso de adoção de um procedimento com fatores fixos. Mas o relato do histórico canadense é decepcionante. Jamais ficaram claros os critérios para resolver sinais conflitantes advindos dos fatores.

TERCEIRA PARTE

***A INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL
CONSIDERADA EM SI MESMA***

Capítulo I – A Quantidade de Modelos de Controle Judicial

Capítulo II – A Deferência Dissecada

Capítulo III – Conclusões da Terceira Parte

Após considerar os aspectos materiais e procedimentais envolvidos na determinação da intensidade do controle judicial da administração pública, a última parte deste trabalho cuida de questões relacionadas à *intensidade* do controle considerada em si mesma.

Um primeiro e importante assunto é tratado logo no primeiro capítulo: quantos são os modelos de intensidade existentes em cada jurisdição? Esta é uma questão intimamente ligada à adaptação da intensidade do controle judicial às características da decisão administrativa controlada. Se estas

decisões são marcadas por uma rica complexidade material e institucional, deveria também a paleta de intensidades à disposição do magistrado ser infinita, para permitir uma calibragem perfeita da intensidade às circunstâncias do caso concreto? Em que medida a existência de apenas dois modelos de controle (um deferente, outro não deferente) compromete a adaptação do controle judicial à complexidade da administração pública? O capítulo examina as tentativas de diferentes jurisdições de adaptar a intervenção judicial por meio da ampliação do número de modelos de controle à sua disposição.

No segundo capítulo a deferência judicial à administração pública é objeto de um dissecamento. Ela é, então, tratada sob três perspectivas: prática, dinâmica e causal. Na primeira delas questiona-se a eficácia das doutrinas deferenciais. Examina-se a medida em que os comandos para que os tribunais se limitem à avaliação da razoabilidade de uma decisão administrativa levam, na prática, à efetiva adoção de uma postura autorrestritiva. Na segunda delas lança-se um olhar histórico sobre os modelos deferenciais de controle. As circunstâncias de sua criação e de sua evolução posterior revelam elementos muito curiosos relativos à propensão de uma jurisdição à maior ou menor intervenção judicial na atividade administrativa. Finalmente, a perspectiva causal leva à especulação a propósito das razões que levam à consagração das diferentes propensões deferenciais das jurisdições estudadas.

Capítulo I

A QUANTIDADE DE MODELOS DE CONTROLE JUDICIAL

Introdução. 1. A natureza do sistema: modelos fixos ou espectro de intensidades?: 1.1 Da menção ao espectro à clara opção pelos modelos fixos: o exemplo canadense: 1.1.1 O período de complexização crescente – 1.1.2 A retração rumo à simplicidade – 1.2 Em direção ao complexo: a (incerta) opção americana pelo espectro de modelos: 1.2.1 O conteúdo e a relação das doutrinas Skidmore e Chevron – 1.2.2 A medida da complexidade instaurada por Mead. 2. Quantidade de modelos fixos: um é pouco, dois é bom, três é demais?: 2.1 Ambições frustradas de adaptabilidade: os sistemas trinários: 2.1.1 A (criticada) resistência do sistema trinário: o caso americano – 2.1.2 Derrocada e reforma do sistema trinário: o caso canadense – 2.2 Os sistemas binários: simplicidade e estabilidade: 2.2.1 A estabilidade histórica da binariedade: os casos de França e Itália – 2.2.2 Os casos de reforma da binariedade por antecipação de problemas. 3. Conclusões.

Introdução

Um trabalho que se ocupa da questão da adaptabilidade do controle judicial à complexidade da nova administração não poderia ressentir-se do exame dos *próprios modelos de controle*. Em que medida são eles adaptados à complexidade da nova administração pública? Sendo o foco principal da análise a calibragem da intensidade do controle, então, a discussão mais relevante é a da *quantidade* de modelos de intensidade existentes. É este o objeto do capítulo.

A identificação de distintos *modelos de controle judicial* constitui atividade essencial para sua enumeração – e, portanto, crucial para os obje-

tivos deste capítulo. Esta identificação depende de uma decisão preliminar a propósito do *critério* utilizado para distinguir os modelos de controle. Tendo em vista que este trabalho selecionou o parâmetro da intensidade do controle judicial, o aspecto selecionado para a distinção dos modelos foi o *critério nominal* ao qual os tribunais locais submetem a decisão administrativa para fins de decidir sobre sua validade jurídica. Diferentes critérios nominais, diferentes modelos de controle judicial. Se em alguns casos a validade jurídica de uma decisão administrativa depende de sua *correção*, aí está contabilizado um modelo de controle judicial. Se esta validade jurídica depende apenas da *razoabilidade*, da *permissibilidade*, da *coerência*, eis aí três novos modelos possíveis.

Dito isto, várias são as observações necessárias para o prosseguimento deste capítulo. Em primeiro lugar, deve-se assinalar que a identificação da quantidade de modelos procedida com base nestes *critérios nominais* não impedirá uma análise posterior a propósito da existência de *reais diferenças* entre modelos nominalmente diferentes. Assim, a identificação eventual de três ou quatro modelos nominalmente diversos não prejudica uma análise subsequente a propósito da semelhança substancial do controle operado sob estes distintos critérios.

Em segundo lugar, deve-se notar que a eleição deste critério (como de qualquer outro) termina por agrupar formas de controle judicial que sob outro critério poderiam consubstanciar modelos diversos. No contexto deste capítulo, o exemplo mais significativo deste efeito é o agrupamento que se dará na França entre os modelos de controle de plena jurisdição e o controle de legalidade no tipo normal. Estas formas de controle distinguem-se em função da extensão dos poderes finais de estatuição detidos pelo tribunal. Na primeira delas o tribunal atua como se fora o próprio administrador, podendo reformar e substituir sem nenhum limite a decisão administrativa controlada. Em contraste, no caso do controle de legalidade no tipo normal o tribunal deve apenas analisar a validade jurídica da decisão e, eventualmente, remandar o caso para a elaboração, pela administração pública, de uma nova decisão – não podendo substituí-la por uma estatuição própria. Embora extremamente importante, o poder de substituição característico do modelo de controle de plena jurisdição não corresponde exatamente a um adicional na *intensidade do exame da validade jurídica* da decisão administrativa. Neste particular, estas duas formas de controle do Direito Francês se equivalem: em ambas os tribunais procedem a um controle ilimitado da *correção jurídica* (em francês, do *bien fondé*) da decisão administrativa – é este o critério em ambos os casos. Daí por que, aqui, estas duas formas de controle estarão agrupadas.

Uma terceira observação: o que aqui se refere como *critério nominal* pode, na realidade, corresponder a mais de um parâmetro nos casos em que a decisão administrativa tenha sua validade jurídica submetida a análise múltipla e cumulativa. O exemplo do modelo italiano de controle da discricionariedade é ilustrativo. Nesta jurisdição, decisões administrativas discricionárias têm sua validade jurídica examinada em função de sua *logicidade, coerência e razoabilidade*. Trata-se de vários parâmetros cumulativos: para ser juridicamente válida na Itália a decisão administrativa deverá ser lógica e coerente e razoável – e não apenas lógica ou coerente ou razoável. Por esta razão, entende-se haver aqui *um único modelo de controle judicial deferente*, a despeito de seus distintos parâmetros internos.

Finalmente, cabe ressaltar que a atenção ao parâmetro do critério nominal utilizado pelos tribunais oferece, ainda, a possibilidade de *definição* de um sistema caracterizado por um *espectro de inúmeros modelos* de controle. Afinal, haverá um *espectro* de modelos de controle judicial precisamente quando não for possível identificar os distintos critérios nominais utilizados pelos tribunais. Alternativamente, poderá haver este espectro quando um modelo de controle definido nominalmente não for *fixo*, mas *flutuante*, no sentido de que não consagra uma operação cognitiva específica a ser efetuada pelos tribunais. O hipotético sistema caracterizado por um espectro de infinitos modelos de controle funda-se no seguinte raciocínio: se há inúmeros tipos de autoridades administrativas, deveria também haver uma infinidade de modelos de controle, a elas perfeitamente adaptáveis.

Para examinar a questão da adaptabilidade do controle judicial sob o aspecto da quantidade de modelos de controle, o capítulo está dividido em duas grandes partes. Na primeira delas (item 1) examina-se justamente esta hipótese a que se vem de fazer referência, em que o sistema de controle judicial não é composto por modelos fixos e limitados, mas por um espectro de infinitas intensidades possíveis. Como se verá, a viabilidade prática de um sistema assim configurado não é totalmente evidente, mas a ideia foi objeto de profícuos e interessantes debates nas Supremas Cortes dos Estados Unidos e do Canadá. Na segunda parte (item 2) examinam-se os sistemas compostos por número fixo de modelos de controle. Será visto que, neste caso, as jurisdições hesitaram entre a trinariedade e a binariedade. Naturalmente, a consagração de um sistema composto por três modelos tem o objetivo de fazê-lo mais adaptável à complexidade administrativa do que seria o caso na binariedade. Mas sua análise mostrará que a existência de múltiplos modelos nominais pode esvair-se na prática, por serem eles dificilmente distinguíveis.

**1. A natureza do sistema:
modelos fixos ou espectro de intensidades?**

A uma administração pública institucionalmente diversa, com autoridades administrativas peculiarmente caracterizadas e marcadamente dissemelhantes, deveriam ser aplicados, igualmente, distintos e numerosos modelos de controle judicial? Dito de outro modo: a adaptação do controle judicial à complexidade administrativa deve efetuar-se também através da disponibilização de uma complexa paleta de modelos de controle? A questão foi diretamente enfrentada em profícuos debates nas Supremas Cortes americana e canadense. Os resultados a que estas instituições chegaram são opostos: enquanto a Corte americana optou expressamente por privilegiar a complexidade, admitindo a existência de um *contínuo* (ou *espectro*) de intensidades de controle (item 1.2), a Corte canadense afastou explicitamente esta solução, optando por afirmar a existência de *modelos fixos* de controle (item 1.1). Esta primeira parte do capítulo se ocupa precisamente desta discussão preliminar: devem os modelos de controle judicial existir em número definido ou constituir um espectro sem pontos fixos, em que a intensidade do controle varia de forma imprecisa, mas supostamente adaptada às específicas características do caso concreto?

**1.1 Da menção ao espectro à clara opção pelos modelos fixos:
o exemplo canadense**

O direito administrativo canadense experimentou, ao longo dos anos, mudanças relevantes no que concerne à quantidade de modelos de controle judicial sobre a administração pública. A partir de um passado simplista demais, passou-se por um período de complexidade excessiva, para finalmente tentar encontrar um meio-termo. Havia apenas um modelo de controle (de correção) no período anterior ao caso *CUPE* (1979). Ou a decisão administrativa estava submetida a este modelo de controle, ou não estava submetida a controle judicial algum.¹ No caso *CUPE* a Suprema Corte cria o modelo

1. David Dyzenhaus, “Disobeying Parliament? Privative clauses and the rule of law”, in R. W. Bauman e T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge University Press, 2006, pp. 514-515: “Consider, for example, the fact that until the 1960s and 1970s judges in the Common Law world held the view that delegations of authority to officials that gave them ‘administrative’ as opposed to ‘quasi-judicial’ authority neither attracted the requirements of natural justice nor were subject to review on the basis of the content of the discretionary judgment, except in quite exceptional situations. In Hunt’s terms, it was one of the areas treated as if it were ‘beyond the reach of legality, and within the realm of pure discretion in which remedies for wrongs are political only’”.

de controle de irrazoabilidade manifesta, que serve também para demonstrar a intenção da Suprema Corte de aplicar um enfoque mais respeitoso das escolhas operadas pela administração – algo bastante diferente do que vinha sendo feito até então. Quase 20 anos depois, na sequência de uma sinalização de que estes modelos de controle correspondiam a dois pontos extremos de um “espectro de múltiplos modelos de controle” (item 1.1.1), a Corte criou o terceiro modelo intermediário (modelo de razoabilidade), e esclareceu que eles eram os *únicos três* existentes. Após críticas doutrinárias e confusão nas cortes inferiores, a Corte resolveu, no caso *Dunsmuir* (2008), fundir os dois modelos de razoabilidade num só (item 1.1.2). Esta evolução é relatada em detalhes a seguir, para que fiquem claros as escolhas e os dilemas envolvidos em cada momento histórico.

1.1.1 *O período de complexização crescente*

Num primeiro período, portanto, a jurisprudência canadense abandonou o formalismo para promover uma guinada rumo à complexidade. Anos após a criação do modelo de irrazoabilidade manifesta para figurar ao lado do modelo de correção, fez-se menção a um espectro de modelos existente entre os dois extremos (item 1.1.1.1). Em seguida criou-se um terceiro modelo, de razoabilidade simples, mas houve dúvidas sobre se sua natureza seria fixa ou variável (item 1.1.1.2).

1.1.1.1 O modelo de irrazoabilidade manifesta e a menção ao “espectro de modelos”

O marco inicial do relato é a criação do modelo altamente deferencial de “irrazoabilidade manifesta” no caso *CUPE*, em 1979.² Como já se afirmou em diversos momentos deste trabalho, antes desta data o controle judicial da administração pública dava-se no modelo de correção (*correctness*) nos casos em que a específica decisão administrativa contestada consistisse em “questão jurisdicional” (aquela que diz respeito aos limites da própria competência da agência administrativa). Em *CUPE* a Suprema Corte canadense afasta este enfoque formalista e sinaliza o início de uma era de maior autorrestrrição judicial, criando o modelo de controle “irrazoabilidade manifesta” (*patent unreasonableness*). Curiosamente, a partir deste momento o sistema canadense passa a contar com dois modelos nominalmente extremos: um bastante intenso, por meio do qual os tribunais podiam anular a de-

2. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

cisão administrativa sempre que ela não lhes parecesse a decisão *correta*; e outro bastante deferente, sob o qual se anulavam unicamente as decisões que aos olhos dos tribunais se qualificassem como *manifestamente irrazoáveis*.

À medida que ia sendo desenvolvido o enfoque contextualizado voltado à definição do modelo de controle, os tribunais canadenses deparavam-se com situações em que as indicações extraíveis dos fatores que compunham o teste eram contraditórias: enquanto algumas delas apontavam para a adequação de um controle intenso, outras apontavam para a necessidade de autorrestrição judicial. Antes mesmo da consolidação do teste pragmático e funcional, com suas quatro fases clássicas, esta situação colocava-se com alguma frequência. Punha-se, então, a dúvida a propósito de qual dos dois modelos de controle aplicar.

Em 1994, no caso *Pezim*, a Suprema Corte canadense pronunciou-se sobre este problema.³ Tratava-se de controle judicial de decisão tomada por autoridade regional reguladora do mercado financeiro, a *British Columbia Securities Commission*. A autoridade condenara diretores de uma empresa de capital aberto por violação a deveres regulatórios de divulgação tempestiva de informações relevantes. A questão específica que se pôs era se informações adquiridas pela diretoria que poderiam influenciar o valor das ações (especialmente no que concernia às recentes atividades bem-sucedidas de extração mineral da empresa) constituiriam “mudança material” (*material change*) nos termos da legislação pertinente – circunstância que implicaria a necessidade de sua divulgação.

No momento de definir o modelo de controle aplicável, a Suprema Corte afirma, de maneira bastante clara, que sua jurisprudência consagrara a existência de “vários modelos de controle judicial”⁴ que formavam um “espectro desde o modelo de razoabilidade até o modelo de correção”.⁵ A julgar por esta afirmação, a *adaptabilidade* do controle judicial no Canadá atingiria um grau bastante elevado. Haveria não dois modelos extremos, mas uma infinidade de modelos de controle aplicáveis à “miríade de agên-

3. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557.

4. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 65: “From the outset, it is important to set forth certain principles of judicial review. There exist various standards of review with respect to the myriad of administrative agencies that exist in our country”.

5. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 66: “Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness”.

cias administrativas” existentes no Canadá.⁶ Os modelos de correção e de irrazoabilidade manifesta corresponderiam a meros “pontos extremos de um contínuo”.

A Suprema Corte confirma e reforça este raciocínio ao caracterizar as situações que dão ensejo à aplicação destes modelos como aquelas em que os fatores do teste contextualizado apontam todos num mesmo sentido. Assim, “na extremidade relativa ao modelo de razoabilidade, em que a deferência judicial atinge o seu grau máximo”, encontram-se as situações em que a agência administrativa está protegida por uma cláusula privativa, decide uma questão dentro do âmbito de sua competência e não há uma previsão legislativa de controle judicial. No outro extremo – “relativo ao modelo de correção, em que a deferência judicial aplica-se em intensidade mínima” – estão aqueles casos referentes à interpretação de uma disposição que limita a competência da autoridade administrativa, em que há uma previsão legislativa de controle judicial que permite ao tribunal revisor substituir a opinião da autoridade administrativa pela sua própria, não envolvendo a aplicação de nenhuma expertise administrativa particular, como no âmbito dos direitos humanos.⁷

Como confirmação adicional da compreensão do espectro, a Suprema Corte afirma que o modelo de controle a ser aplicado em *Pezim* se situava entre os dois extremos, porque alguns fatores apontavam em direção a um controle não deferente (assim, a existência de um direito ao recurso garantido na legislação) e outros apontavam na direção inversa (a especialização da autoridade cuja decisão está sob controle).⁸

6. David Phillip Jones, “The concept of a spectrum of standards of review: is there a different standard of review for appeals?” (1997), 50 *Admin. L. R.* (2d) 260: “In both *Pezim* and *Southam*, Iacobucci J. clearly contemplates that there may be other points on the spectrum of standards which might apply in other cases. (...). Conceptually, therefore, there must be many, many points on that spectrum, each one representing a possible standard of review which the courts could use about a particular question arising in a particular statutory setting”.

7. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 66: “At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. (...). At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal’s jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights”.

8. *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 115.

1.1.1.2 O modelo intermediário de razoabilidade e a dúvida sobre sua natureza

Três anos depois, no caso *Southam*,⁹ a mesma constatação relativa à contraditoriedade das indicações¹⁰ extraídas dos fatores do teste contextualizado levou a Suprema Corte à criação do modelo de “razoabilidade simples” (*reasonableness simpliciter*), intermediário entre os extremos de correção e de irrazoabilidade manifesta.¹¹ Ainda mais: a Suprema Corte afirmou que este modelo de razoabilidade simples tinha já sido anteriormente aplicado no caso *Pezim* – embora ele não tivesse sido assim denominado.¹²

A criação de um terceiro modelo de controle poderia ser interpretada como uma revisão da orientação de *Pezim*: ao invés de um espectro de controles, um sistema com três pontos estáticos: correção, razoabilidade e irrazoabilidade manifesta. Esta conclusão, no entanto, não era tão óbvia. Afinal, a Suprema Corte não desautorizou em *Southam* a teoria do espectro aportada por *Pezim*. Bem ao contrário, pareceu aprová-la, ao sugerir que o recém-criado modelo de razoabilidade correspondia precisamente ao modelo aplicado no caso anterior.

9. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748. Os fatos de *Southam* já foram citados no Capítulo II da Segunda Parte (item 2.2.2.2).

10. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 54: “In my view, considering all of the factors I have canvassed, what is dictated is a standard more deferential than correctness but less deferential than ‘not patently unreasonable’. Several considerations counsel deference: the fact that the dispute is over a question of mixed law and fact; the fact that the purpose of the Competition Act is broadly economic, and so is better served by the exercise of economic judgment; and the fact that the application of principles of competition law falls squarely within the area of the Tribunal’s expertise. Other considerations counsel a more exacting form of review: the existence of an unfettered statutory right of appeal from decisions of the Tribunal and the presence of judges on the Tribunal. Because there are indications both ways, the proper standard of review falls somewhere between the ends of the spectrum”.

11. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 56: “I conclude that the third standard should be whether the decision of the Tribunal is unreasonable. This test is to be distinguished from the most deferential standard of review, which requires courts to consider whether a tribunal’s decision is patently unreasonable. An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it”.

12. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 58.

Estes fatos sugeriam que o modelo de razoabilidade talvez não correspondesse a um modelo de controle com intensidade “fixa”, mas “flutuante” – ora mais próximo do modelo extremo de correção, ora mais próximo do modelo extremo de irrazoabilidade manifesta. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou em *Southam* que as circunstâncias do caso concreto apontavam para a adequação da adoção de um modelo de controle “mais respeitoso do que exigente”¹³ – o que poderia ser interpretado no sentido de que, *tal como aplicado em Southam*, o modelo de razoabilidade estaria mais próximo do modelo de irrazoabilidade manifesta. A dúvida, portanto, permanecia: quantos eram as intensidades possíveis do controle judicial no Direito Canadense?

1.1.2 A retração rumo à simplicidade

Após “flertar” com esta complexidade “máxima” consistente na consagração de um espectro de modelos de controle, a Suprema Corte deu início ao movimento reverso, numa retração simplificadora que resultou não apenas na adoção de um sistema com modelos fixos (item 1.1.2.1), mas também na fusão dos dois modelos deferenciais de controle (item 1.1.2.2).

1.1.2.1 O caso *Ryan* e a fuga da complexidade excessiva

A resposta incisiva da Suprema Corte à dúvida relativa ao número de modelos de controle no Direito Canadense veio no julgamento do caso *Ryan*, em 2003. Tratava-se de impugnação judicial de penalidade de exclusão imposta pela Ordem dos Advogados da Região de New Brunswick a Michael Ryan, advogado condenado por más condutas profissionais repetidas. Uma das cortes inferiores havia identificado como modelo de controle a ser adotado para o caso o de razoabilidade simples. Mas prosseguira afirmando que este modelo intermediário era “flutuante” – às vezes seria mais próximo do modelo de correção; outras, do modelo de manifesta irrazoabilidade. A Suprema Corte explicitamente recusou este enfoque flutuante para o modelo de razoabilidade. Retornando à metáfora do “espectro de modelos de controle”, afirmou que ela houvera sido mal-interpretada e nunca significara a existência de um número infinito de possíveis modelos de controle.¹⁴ De forma peremptória, o Tribunal declara que, na sua jurisprudência,

13. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 54.

14. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 44: “This argument must be rejected. If it is inappropriate to add a fourth standard to the three already identified, it would be even more problematic to create an infinite

“apenas três modelos foram identificados para o controle judicial da ação administrativa”.¹⁵

Ainda mais enfaticamente, a Suprema Corte deixou claro que a análise que leva à definição do modelo de controle judicial não poderia ser “impraticável ou altamente técnica” (*unworkable or highly technical*),¹⁶ tal como seria o caso na hipótese de existência de diversos modelos de controle. Trata-se de uma explícita opção pela limitação da adaptabilidade do enfoque judicial, de modo a evitar complexidade excessiva.¹⁷ Nas palavras usadas pelo Ministro-Relator do acórdão: “A este ponto, a multiplicação dos modelos de controle para além dos três já identificados forçaria as cortes revisoras e as partes de um processo a realizar debates técnicos e complexos desde o início. Eu não estou convencido de que o aumento em complexidade gerado através da adição de um quarto modelo de controle levaria a uma maior precisão para atingir os objetivos do controle judicial da ação administrativa”.¹⁸

number of standards in practice by imagining that reasonableness can float along a spectrum of deference such that it is sometimes quite close to correctness and sometimes quite close to patent unreasonableness. This argument rests on a mistaken extension of the metaphor of a spectrum (...). It is true that the Court has resorted to the metaphor of a spectrum in order to explain the relative ordering of the three recognized standards of review. The idea is that the standards could be arranged from least deferential to most deferential with reasonableness as the intermediate standard of review. The metaphor suggests standards arranged along a gradient of deference but it was never meant to suggest an infinite number of possible standards. That the metaphor relates to a spectrum of deference and not a spectrum of standards has become increasingly clear since the use of the term ‘spectrum’ in *Pezim*”.

15. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 24: “In the Court’s jurisprudence, only three standards of review have been defined for judicial review of administrative action”.

16. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 26.

17. Lorne Sossin, “Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478: “Iacobucci J. did not really appear to be concerned with the feasibility of multiple points along a variable spectrum (the analogy to procedural fairness suggests that courts are not ill-equipped to apply ‘eminently variable’ standards to fit diverse circumstances), but rather his concern seems to be with analytic sloppiness. He argued that ‘deferential self-discipline’ requires that judges, when applying a reasonableness standard, defend why a decision does or does not stand up to a ‘somewhat probing examination’, rather than classifying the reasonableness standard in a particular case closer to correctness and therefore requiring less justification to intervene. Transparency, in other words, may be more important than precision when it comes to judgments involving the standard of review”.

18. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 25.

1.1.2.2 A fusão dos modelos de razoabilidade e retomada da binariedade

A polêmica teve seu último capítulo no célebre caso *Dunsmuir*, de 2008, em que a Suprema Corte canadense reformou todo o sistema de controle judicial, de modo a torná-lo mais prático. Ao que aqui é mais relevante, e por razões que serão examinadas mais adiante, efetuou-se a fusão dos dois modelos de controle de razoabilidade num único modelo deferencial. A partir de 2008, portanto, o Direito Canadense não apenas não conta mais com “o espectro de infinitos modelos de intensidade do controle judicial”: ele também já não conta com os três pontos fixos que antes o caracterizavam. Adota-se, portanto, uma dicotomia (controle deferente/não deferente), que certamente conflita com a contextualização adotada para identificar o modelo de controle aplicável.

* * *

O relato jurisprudencial canadense, portanto, revela uma evolução muito curiosa. Entre 1979, com o caso *CUPE*, e até 2003, antes do caso *Ryan*, a Suprema Corte ensaiara uma progressiva incrementação da complexidade do seu sistema de controle judicial. Buscava-se uma adesão cada vez maior à multiplicidade institucional e à riqueza administrativa. Esta adesão se realizava não apenas através do teste contextualizado voltado à identificação do modelo de controle aplicável, mas também na paleta de modelos de controle cuja aplicação era potencialmente identificável. Daí a menção a um “espectro” ou contínuo de modelos de controle, dos quais os modelos de correção e de irrazoabilidade manifesta eram meros componentes extremos. Daí também a ideia de que o modelo de controle intermediário, de razoabilidade, correspondia a um modelo “flutuante”, ora mais próximo do de correção, ora mais próximo do de irrazoabilidade manifesta, a depender das circunstâncias do caso concreto.

A partir do caso *Ryan*, em 2003, no entanto, este movimento conhece visível retração. A Suprema Corte busca desvencilhar-se do alto grau de complexidade que havia atingido. O primeiro passo é afirmar que os três modelos de controle referidos nominalmente correspondiam a modelos fixos – e os únicos existentes. O segundo passo é a fusão dos dois modelos deferenciais, levando à consagração de um sistema binário. Como será visto com maiores detalhes no item 2 deste capítulo, a retração operada a partir de 2003 tem objetivos pragmáticos. O objetivo é evitar que o sistema se tornasse “impraticável ou altamente técnico” – nas palavras da própria Suprema Corte.

Naturalmente, a opção esteve longe de uma unânime acolhida. Na doutrina, ao passo em que alguns autores saudaram como positiva a redução da complexidade aportada pelo abandono (ou “esclarecimento”, como quer fazer crer a Corte) da metáfora do espectro de modelos de controle, outros lamentaram o “novo formalismo” instaurado pela Suprema Corte.¹⁹ Lorne Sossin e Colleen Flood, em particular, argumentam a favor de uma fervorosa acolhida pelos tribunais do realismo e da ampliação – e não limitação – da complexidade e do contextualismo.²⁰

Na própria Corte ouviram-se vozes destoantes. Em dissenso no caso *Dunsmuir*, o Ministro Binnie procedeu a longa análise das implicações e consequências práticas de se criar um único modelo de razoabilidade. Sua principal preocupação era a de que este modelo unificado não fosse suficientemente flexível para determinar a real deferência adequada para o grande leque de autoridades administrativas.²¹ E, então, ele sugere que, para preservar a calibragem adequada, seria necessário criar uma gradação

19. Lorne Sossin e Colleen M. Flood, “The contextual turn: Iacobucci’s legacy and the standard of review in administrative law” (2007), 57 *U. T. L. J.* 581, 582: “[Justice Iacobucci] urged the Court (and lower courts applying standard-of-review methodology) to resist the allure of formalism and bright-line categories. His legacy needs to be fulfilled. A commitment to contextualism leads not to fixed standards of review (such as the three standards currently recognized by the Supreme Court: correctness, reasonableness simpliciter, and patent unreasonableness) but to a true spectrum of review. Because the Court has opted for fixed standards, the pragmatic and functional framework risks replacing one brand of formalism with another”.

20. Lorne Sossin e Colleen M. Flood, “The contextual turn: Iacobucci’s legacy and the standard of review in administrative law” (2007), cit., 57 *U. T. L. J.* 581, 599 e 603: “In a sense, providing fixed categories of review into which all decisions must fit, no matter the circumstances, is equivalent to simply wishing away the challenge of complexity. In our view, rather than taming complexity (leaving aside the distracting issue of whether this is done by two review categories or by three), the better approach for administrative law is to embrace it. (...). In our view, the time has come to revisit the notion of a spectrum in the standard of review, not to abandon the concept in favour of a dichotomy of deference/no deference. We believe it is necessary to engage more authentically with what it means for a court to decide to intervene with an administrative decision. This means a deeper appreciation of context. While it may be helpful, as a sort of shorthand, to continue to think of review with a low, medium, and high threshold in mind (akin to procedural fairness), context should dictate the precise calibration of interference called for in a particular case”.

21. No mesmo sentido, v.: Jared Craig, “Defending city hall after *Dunsmuir*”, (2008), 46 *Alberta L. Rev.* 275, 291.

interna ao próprio modelo de razoabilidade.²² Em outras palavras: a unificação apenas esconderia e tornaria menos transparente um raciocínio que continuaria sendo efetuado internamente ao modelo de razoabilidade. Nas suas palavras: “A sensibilidade judicial aos diferentes graus de respeito (ou deferência) requeridos em diferentes situações é bastante legítima. ‘Contextualizar’ um modelo de controle único mudará o debate (sutilmente) de uma escolha entre dois modelos de razoabilidade que representam cada um deles um nível diferente de deferência para um debate interno ao modelo único de razoabilidade para determinar o grau apropriado de deferência. Na prática, o resultado da decisão de hoje poderá ser como o das ousadas inovações de um engenheiro de trânsito que, ao final, apenas mudam o congestionamento da hora do *rush* de uma intersecção viária para outra, sem qualquer benefício para os motoristas em tempo e dinheiro (...). ‘Razoabilidade’ é uma grande tenda que terá de acomodar uma série de variáveis que informam e limitam o controle do tribunal do resultado do processo decisório administrativo”.²³

De acordo com sua argumentação, a Suprema Corte estava se preocupando unicamente com as autoridades administrativas com competências adjudicativas (*adjudicative tribunals*) e ignorando as peculiaridades das demais, que viriam a requisitar também uma variação na intensidade do controle. Os dois modelos de razoabilidade, assim, não se baseavam apenas na magnitude ou obviedade do defeito objetivo de uma decisão administrativa, mas “também reconheciam que diferentes decisões administrativas requerem diferentes graus de deferência, dependendo de quem esteja decidindo o quê”.²⁴

22. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 144: “‘Reasonableness’ is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court’s review of the outcome of administrative decision-making”.

23. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 139 e 144: “The judicial sensitivity to different levels of respect (or deference) required in different situations is quite legitimate. ‘Contextualizing’ a single standard of review will shift the debate (slightly) from choosing between two standards of reasonableness that each represent a different level of deference to a debate within a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. In practice, the result of today’s decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another without any overall saving to motorists in time or expense (...). ‘Reasonableness’ is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court’s review of the outcome of administrative decision-making”.

24. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 135: “Also recognized that different administrative decisions command different degrees of deference depending on who is deciding what”.

1.2 *Em direção ao complexo:*
a (incerta) opção americana pelo espectro de modelos

No âmbito específico do controle judicial das interpretações legislativas promovidas pela administração pública, a jurisprudência americana aparentemente tomou direção oposta à canadense. De uma tradição dicotômica consagrada no célebre julgamento do caso *Chevron*, buscou abraçar a complexidade a partir do caso *Mead*. O sistema daí resultante é ainda dificilmente compreensível e hesitantemente aplicado. Embora textualmente a Suprema Corte pareça ter consagrado a multiplicidade de graus de deferência, há razões para duvidar deste resultado.

1.2.1 *O conteúdo e a relação*
das doutrinas Skidmore e Chevron

Para discutir o caso americano, inicia-se por uma exposição sumária das doutrinas *Skidmore* e *Chevron* – “tipos de deferência” dominantes no âmbito das interpretações legislativas da administração pública e componentes fundamentais do sistema implantado a partir do caso *Mead*.

1.2.1.1 *A apresentação das duas doutrinas deferenciais*

O sistema de controle judicial das interpretações legislativas promovidas pela administração pública é historicamente dominado por duas doutrinas judiciais, usualmente referidas pelos nomes de *Chevron* (item 1.2.1.1.2) e *Skidmore* (item 1.2.1.1.1), em referência aos seus *leading cases*. O conteúdo de cada uma delas e seus traços distintivos constituem informações fundamentais para compreender a extensão da revolução que a Suprema Corte promoveu no caso *Mead*.

1.2.1.1.1 *O enfoque contextualizado da doutrina Skidmore* – A doutrina *Skidmore* foi criada pela Suprema Corte no julgamento do caso homônimo, em 1944.²⁵ Tratava-se de uma ação de natureza trabalhista. Bombeiros argumentavam que o tempo que passavam em sobreaviso nas dependências da empresa que os empregava era tempo de trabalho, e deveria ser pago como hora extra. Os tribunais inferiores concluíram que o tempo de espera, “por definição”, não seria tempo de trabalho. A Suprema Corte entendeu diversamente, e remandou o caso para nova análise. Em sua decisão a Suprema Corte sustentou que os tribunais inferiores deveriam ter considerado atentamente os boletins interpretativos publicados pelo *Wage & Hour Admi-*

25. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

nistrator, que eram favoráveis ao entendimento dos empregados. Estes boletins veiculavam a interpretação que esta autoridade administrativa fazia da legislação pertinente. De acordo com a Suprema Corte, “embora não sejam vinculantes para os tribunais (...), [estes boletins] constituem um conjunto de experiência e julgamento bem-informado ao qual os tribunais e as partes podem adequadamente recorrer para orientação. O peso deste julgamento em um caso particular dependerá do rigor de sua ponderação, da validade do seu raciocínio, da sua consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores e de todos os fatores que lhe dão o poder de persuadir, apesar da ausência do poder de vincular”.²⁶

A doutrina *Skidmore*, portanto, orienta os tribunais sobre como agir no momento de controlar judicialmente interpretações legislativas promovidas pela administração pública. Ao invés de proceder a uma interpretação autônoma e independente da legislação, para confrontá-la com aquela promovida pelo administrador, o tribunal deve levar em conta a opção administrativa, conferindo-lhe um peso que varia de acordo com seu “poder de persuasão” (*persuasiveness*). A Suprema Corte oferece alguns parâmetros para julgar este poder de persuasão (o rigor da ponderação operada pela administração, a validade do seu raciocínio, sua consistência com manifestações anteriores), mas deixa em aberto a possibilidade de recurso a outros parâmetros.

1.2.1.1.2 O foco nas ambiguidades e as binariedades da doutrina Chevron – A doutrina *Chevron* só foi criada 40 anos depois de *Skidmore*, em 1984.²⁷ O caso já foi relatado em outras partes deste trabalho.²⁸ Aqui é suficiente repetir que *Chevron* consagra duas dicotomias: uma relativa aos critérios para definição da intensidade do controle judicial, outra referente aos modelos de intensidade em si. No esquema de *Chevron* há apenas dois modelos de controle: usando a terminologia da jurisprudência canadense, ou bem as cortes aplicam um controle de correção, ou bem as cortes aplicam um controle de razoabilidade (ou “permissibilidade”). Para a identificação

26. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944): “We consider that the rulings, interpretations, and opinions of the administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control”.

27. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

28. V., especialmente, o Capítulo II da Primeira Parte.

de qual dos dois modelos de controle é adequado também se promove uma análise binária: ou bem a legislação é ambígua sobre a questão trazida a juízo (caso em que se aplicará o modelo de razoabilidade, e os tribunais anularão a decisão administrativa apenas se ela for irrazoável), ou bem a legislação é clara sobre a decisão a ser tomada (caso em que se aplicará o modelo de correção, e as cortes poderão anular a decisão administrativa sempre que ela destoe desta opção legislativa inequívoca).

1.2.1.2 A relação entre as doutrinas *Skidmore* e *Chevron*

Até a decisão da Suprema Corte no caso *Mead*, em 2001, não era totalmente clara na doutrina e na jurisprudência americana a relação existente entre as doutrinas *Chevron* e *Skidmore*. O entendimento majoritário parecia ser o de que a primeira havia superado e revogado a segunda. *Chevron* veiculava uma deferência mais sólida, e aplicada após teste mais claro. Estas circunstâncias indicavam que constituía uma evolução dos tribunais a propósito da maneira como controlar as interpretações legislativas da administração pública. No mais, a binariedade de *Chevron* não parecia dar espaço à aplicação de *Skidmore*. Se a legislação fosse clara sobre determinada questão, então, era o caso de aplicar um controle não deferente, semelhante ao modelo canadense de correção. Se a legislação não fosse clara, então, seria aplicado um controle de razoabilidade (permissibilidade). *Chevron* não parecia dar espaço para a sobrevida de *Skidmore*.

1.2.2 A medida da complexidade instaurada por *Mead*

Feitas estas observações preliminares, é possível relatar o caso *Mead* tal como ele foi interpretado e argumentado pela maioria e pelo importante dissenso do Ministro Scalia (item 1.2.2.1). Em seguida apresentam-se algumas leituras possíveis para o estado de coisas atual: um sistema com múltiplos graus de deferência, um sistema trinário e um sistema binário (item 1.2.2.2). A ideia é oferecer algumas luzes a propósito da medida da complexidade efetivamente implantada a partir de *Mead*, em relação ao número de modelos de intensidades do controle judicial da administração pública.

1.2.2.1 *Mead* aos olhos da maioria e do Ministro Scalia

A depender da perspectiva do analista, a Suprema Corte promoveu no caso *Mead* um “esclarecimento” ou uma “revolução” do sistema de controle judicial das interpretações legislativas da administração pública nos Estados Unidos. Este esclarecimento (esta revolução) concerne prin-

cialmente (i) aos critérios levados em consideração pelos tribunais para a aplicação da deferência judicial à interpretação da administração e (ii) à relação existente entre as doutrinas *Skidmore* e *Chevron*. O primeiro aspecto foi objeto de análise na Segunda Parte deste livro; nesta, o foco estará no segundo aspecto.

1.2.2.1.1 Mead doctrine = Chevron + Skidmore – Discutia-se no caso *Mead* se os tribunais deviam deferência a toda interpretação de ambiguidades legislativas promovida pelas agências, mesmo quando veiculada em circunstâncias informais, como cartas ou declarações de diretrizes institucionais. Em outras palavras: discutia-se *quando* o teste de *Chevron* seria aplicável. Em pronunciamento da Suprema Corte em 2000²⁹ ficara a impressão de que o precedente de *Chevron* só seria aplicado para as hipóteses de interpretações administrativas veiculadas em adjudicações formais e em procedimentos participativos de produção normativa do tipo *notice-and-comment*. Em *Mead* a Suprema Corte esclareceu que a aplicação de *Chevron* é devida não apenas nestas hipóteses, mas sempre que se verificar a intenção do Congresso de que a específica interpretação em questão tenha força de lei.

No que é mais relevante para este capítulo, a Suprema Corte afirmou, ainda, que, nos casos em que não se identificasse esta intenção do Congresso, ainda assim os tribunais deveriam aplicar a doutrina *Skidmore*, deferindo à decisão administrativa *na medida de sua persuasão*. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou que *Chevron* “nada fez para eliminar *Skidmore*”, que continuaria vigente.³⁰ No raciocínio da maioria, quando não aplicável a deferência de tipo *Chevron*, ainda assim se aplica a deferência de tipo *Skidmore*.

Em termos práticos, a Suprema Corte supera a binariedade deferência/não deferência de *Chevron*. Usando a terminologia adotada na jurisprudência canadense, a Suprema Corte afirma que, quando não for aplicável o controle de razoabilidade (ou “permissibilidade”) típico de *Chevron*, não se aplicará automaticamente um modelo de correção. Nesta hipótese deverão

29. *Christensen versus Harris County*, 529 U.S. 576 (2000).

30. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 234 (2001): “To agree with the Court of Appeals that customs ruling letters do not fall within Chevron is not, however, to place them outside the pale of any deference whatever. Chevron did nothing to eliminate Skidmore’s holding that an agency’s interpretation may merit some deference whatever its form, given the ‘specialized experience and broader investigations and information’ available to the agency (...) and given the value of uniformity in its administrative and judicial understandings of what a national law requires”.

os tribunais conceder à decisão administrativa um “certo grau de deferência”, na medida de sua persuasão.

Note-se que a derrocada da binariedade nos tipos de controle judicial aplicáveis só é possível em função da eliminação também da binariedade dos critérios utilizados para definição da intensidade do controle. A partir do momento em que a Suprema Corte deixa de utilizar o critério da ambiguidade legislativa como a pedra de toque da incidência da deferência de *Chevron*, abre-se a possibilidade para a incidência de mais de dois modelos de controle. Anteriormente, como já se afirmou, ou bem uma legislação era ambígua, e então se aplicava um controle de razoabilidade, ou bem a legislação era clara, e então cabia o controle no modelo de correção. A adoção do critério da “intenção legislativa de que a administração fale com força de lei” abre três possibilidades: (i) a legislação contém a solução clara para a questão, sendo aplicável um controle de correção, sem limitações; (ii) a legislação é ambígua sobre determinada questão, e verifica-se a mencionada intenção legislativa de que a administração fale com força de lei, sendo aplicável um controle de razoabilidade (permissibilidade) no modelo de *Chevron*; (iii) a legislação é ambígua sobre determinada questão, mas não se verifica a intenção legislativa de que a administração fale com força de lei, sendo aplicável um controle judicial deferente, na medida do poder de persuasão da decisão administrativa, nos moldes de *Skidmore*.

1.2.2.1.2 A crítica à ressurreição de *Skidmore* e a resposta da maioria

– Em dissenso à posição da maioria, o Ministro Antonin Scalia sustentou que *Mead* “substituiu” a doutrina *Chevron* e que promoveria uma série de consequências, “uniformemente negativas”.³¹ Scalia preocupava-se com a complexização efetuada pela Suprema Corte tanto em relação aos critérios para a aplicação da deferência (aspecto examinado no capítulo anterior) como em relação aos números de modelos de controle à disposição. Sobre último aspecto, criticou duramente a “ressurreição” operada pela Corte da deferência de tipo *Skidmore*, que ele classifica como um “anacronismo (...)”, um truismo vazio e uma declaração banal sobre o óbvio: o juiz deve levar em consideração a opinião ponderada de observadores experientes”.³² Ainda

31. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 261 (2001).

32. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 250 (2001): “And finally, the majority’s approach compounds the confusion it creates by breathing new life into the anachronism of *Skidmore*, which sets forth a sliding scale of deference owed an agency’s interpretation of a statute that is dependent ‘upon the thoroughness evident in [the agency’s] consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control’; in this way, the appropri-

nas suas palavras: “Enquanto anteriormente, quando não verificada a autoridade da agência para solucionar ambiguidades, o tribunal estava livre para dar à legislação o que ele considerasse a melhor interpretação, doravante o tribunal supostamente deve dar à opinião da agência uma quantidade indeterminada da chamada deferência *Skidmore*”.³³

Como já foi visto na Segunda Parte deste trabalho, a crítica do Ministro Scalia mereceu resposta. Em nome da maioria, o Ministro Breyer afirmou que a Corte efetuava uma escolha consciente sobre a melhor maneira de enfrentar a grande variedade das leis que investem a administração em discricionariedade e a riqueza de possibilidades em que isso é feito. Aceitando-se a ideia de que o Judiciário deve deferir para ao menos algumas destas ações administrativas, é preciso decidir sobre como tratar o leque de variedades. Diante deste problema, o Ministro Scalia escolhia o caminho da simplificação: apesar da grande quantidade de variações casuísticas, defendia o sistema binário de “*Chevron* ou nada”. Já, a escolha da Corte foi a de *tailor deference to variety* – adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la. “A aceitação deste leque de variações legislativas levou a Corte a reconhecer mais de uma variedade de deferência judicial, assim como a Corte reconheceu uma variedade de indicadores de que o Congresso esperaria a aplicação da deferência do tipo *Chevron*.”³⁴

1.2.2.2 Decodificando *Mead*: as possíveis leituras

No que concerne ao número de intensidades do controle judicial, qual espécie de sistema é instaurada por *Mead*? A análise do julgado e a ponderação sobre o conteúdo das doutrinas *Skidmore* e *Chevron* parecem

ate measure of deference will be accorded the ‘body of experience and informed judgment’ that such interpretations often embody (...). Justice Jackson’s eloquence notwithstanding, the rule of *Skidmore* deference is an empty truism and a trifling statement of the obvious: a judge should take into account the well-considered views of expert observers”.

33. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 239 (2001): “What was previously a general presumption of authority in agencies to resolve ambiguity in the statutes they have been authorized to enforce has been changed to a presumption of no such authority, which must be overcome by affirmative legislative intent to the contrary. And whereas previously, when agency authority to resolve ambiguity did not exist the court was free to give the statute what it considered the best interpretation, henceforth the court must supposedly give the agency view some indeterminate amount of so-called *Skidmore* deference. We will be sorting out the consequences of the *Mead* doctrine, which has today replaced the *Chevron* doctrine”.

34. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001).

possibilitar três leituras diferentes. De acordo com a primeira delas, *Mead* teria instaurado um sistema semelhante àquele que se ensaiou na Suprema Corte canadense entre os casos *Pezim* e *Southam*: um *espectro de infinitos modelos* de controle (item 1.2.2.2.1). As duas outras leituras entendem consagrado um sistema com modelo fixos. Na primeira delas *Mead* instaura um sistema trinário, em que são aplicáveis os modelos de correção, de razoabilidade (permissibilidade) e de persuasão (item 1.2.2.2.2). Uma última leitura é possível compreendendo-se que os modelos de razoabilidade e de persuasão não são substancialmente diversos – então, o sistema resultante de *Mead* seria binário (item 1.2.2.2.3). Os itens seguintes visam a desenvolver e examinar estes três possíveis cenários.

1.2.2.2.1 A consagração de um espectro de modelos de controle – É numa primeira leitura e numa primeira compreensão que *Mead* teria maior interesse para esta parte do capítulo, porque implicaria a criação de um espectro de modelos de controle.³⁵ Esta leitura resulta da atenção aos termos expressos dos julgados em *Mead* e em *Skidmore*. Para ser preciso, a Suprema Corte não menciona “diferentes intensidades do controle judicial”, mas “diferentes tipos de deferência” ou “diferentes graus de deferência”. Não é totalmente claro que no discurso da Suprema Corte estas expressões sejam equivalentes, mas esta é, certamente, uma leitura possível.

Em *Mead* são vários os trechos que sugerem a instauração de um espectro de deferência, tanto no voto da maioria como no dissenso do Ministro Scalia. Assim, no voto da maioria o trecho mais claro é aquele em que a Corte explica que sua orientação deriva de uma tomada de posição a propósito da variedade de maneiras em que o Direito investe a administração em poderes interpretativos, sinalizando uma tentativa judicial de adaptação à complexidade administrativa: “A escolha da Corte foi a de adaptar a deferência à variedade. Esta aceitação do leque de variações legislativas levou a Corte a reconhecer mais de uma variedade de deferência judicial (...). O Ministro Scalia colocaria a questão da deferência como uma escolha entre sim ou não. (...) A Corte, por outro lado, nada disse em *Chevron* para eliminar o reconhecimento de *Skidmore* de várias justificativas para a deferência dependendo das circunstâncias da legislação e da ação legislativa”.³⁶

35. Sugerindo propostas que também consagrassem diferentes níveis de deferência, v.: William R. Andersen, “Against *Chevron* – A modest proposal”, 56 *Admin. L. Rev.* 957, 966 (2004); Thomas Merrill, “Judicial deference to Executive precedent”, 101 *Yale L. J.* 969, 1016 (1992).

36. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001).

Em outros trechos a Suprema Corte afirma que seu enfoque produz “um espectro de respostas judiciais, de grande respeito num extremo (...) para quase indiferença noutro”.³⁷ E que “a justa medida da deferência (...) varia com as circunstâncias”.³⁸ Deste modo, o fato de uma interpretação administrativa não fazer jus à deferência de tipo *Chevron* não “a coloca fora do âmbito de qualquer deferência”.³⁹ a agência poderá ainda assim fazer jus a “alguma deferência, qualquer que seja a sua forma”.⁴⁰ E, citando alguns casos anteriores, menciona interpretações que mereceram “alguma deferência” ou “algum peso”.⁴¹

Já, no dissenso do Ministro Scalia há menção, por exemplo, à “quantidade indeterminada da chamada deferência *Skidmore*”,⁴² que deverá ser aplicado pelos tribunais no caso de inaplicabilidade da doutrina *Chevron*. Nas palavras deste Ministro, *Skidmore* “estabelece uma escala de deferência devida à interpretação de uma agência”.⁴³

Todos estes trechos sugerem que *Mead* consagraria um sistema semelhante a um “espectro de modelos de controle”, com graus de intensidade (ou de deferência judicial) multiplamente variáveis, a depender das circunstâncias do caso concreto. A rigor, na realidade, o sistema seria composto por três possibilidades, uma delas variável: (i) aplicação de um modelo fixo de correção, quando a solução para a questão específica controlada já estiver presente na legislação; (ii) aplicação do modelo fixo de razoabilidade de tipo *Chevron*, quando se puder identificar a intenção do Congresso de que a autoridade administrativa fale com força de lei; (iii) aplicação de um modelo de intensidade variável, de tipo *Skidmore*, quando não se verificar esta intenção do Congresso antes mencionada.

Esta opção pela variação de graus de deferência resulta da compreensão do “grau variado” da deferência de tipo *Skidmore*. Na jurisprudência canadense esta compreensão parece aproximar-se da ideia do modelo de controle de razoabilidade como “flutuante”, ora mais próximo do modelo

37. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 228 (2001).

38. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 228 (2001).

39. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 234 (2001).

40. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 234 (2001).

41. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 234 (2001). Em *Christensen versus Harris County*, 529 U.S. 576, 586-587 (2000), a Corte já havia afirmado que interpretações que não fazem jus à deferência de tipo *Chevron* “are ‘entitled to respect’ under our decision in *Skidmore* (...), but only to the extent that those interpretations have the ‘power to persuade’”.

42. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 239 (2001).

43. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 250 (2001).

de correção, ora mais próximo do modelo de irrazoabilidade manifesta. O próprio julgamento de *Skidmore* sinaliza nesta direção ao afirmar que “o peso [da interpretação promovida pela administração] em um caso particular dependerá (...) de todos os fatores que lhe dão o poder de persuadir”.⁴⁴

Ainda de acordo com estas leituras, *Chevron* e *Skidmore* consagrariam doutrinas ontologicamente dissemelhantes. Por veicularem orientações tendentes à *manutenção* da decisão administrativa, é usual que elas sejam referidas na doutrina e na jurisprudência americana como diferentes “tipos de deferência judicial”. Alude-se, assim, à *Chevron deference* e à *Skidmore deference*. Não é totalmente claro, no entanto, que se possa de fato chamar *Skidmore* de um *tipo de deferência* – ao menos não no mesmo sentido em que se fala de uma deferência de tipo *Chevron*.

Sob a doutrina *Chevron* a autoridade interpretativa *prima facie* é reservada à administração pública. É a ela que cabe dar sentido às disposições legislativas ambíguas, que permitem diferentes leituras. Aos tribunais compete unicamente a tarefa de julgar a *permissibilidade* da interpretação adotada pela administração.⁴⁵ É neste sentido que se fala propriamente de uma deferência judicial: os tribunais respeitam (deferem para) as escolhas da administração pública. Pressuposto da atitude deferencial do Poder Judiciário é a compreensão de que não há apenas *uma* resposta correta ou lícita para determinada questão – e de que cabe à administração optar entre estas alternativas juridicamente aceitáveis.

Diversamente, sob a doutrina *Skidmore* a interpretação legislativa cabe *a priori* aos tribunais, que devem apenas *levar em consideração* a opção promovida pela administração pública na medida do seu poder de persuasão. A autoridade interpretativa é dos tribunais; a decisão da administração é encarada como uma espécie de *parecer*, ao qual se dará o peso correspondente ao seu potencial de convencimento. É *este o sentido* que a palavra “deferência” assume no contexto de *Skidmore*: os tribunais *deferem* não porque alocam a autoridade decisória para a administração pública, mas apenas porque *consideram* sua opinião. Aliás, Peter M. Shane observa, com razão, a impropriedade de se considerar uma “deferência” judicial a algo

44. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

45. Kenneth W. Starr, “Judicial review in the post-Chevron era”, 3 *Yale J. on Reg.* 283 (1985-1986), p. 296: “A third way in which *Chevron* strengthened the deference principle was by modifying the meaning of ‘deference’. In some earlier cases, to defer to an agency interpretation had merely meant giving some weight to that interpretation. (...) In *Chevron*, then, deference meant that a reviewing court not only must consider the agency’s interpretation, but must give controlling weight to that interpretation when these preconditions are met”.

que é persuasivo. Ora, se se aceita uma visão alheia porque se considera que ela seja persuasiva, não há exatamente deferência, mas convencimento e concordância.⁴⁶ A deferência seria, precisamente, a atitude de *ceder* ou *respeitar* um raciocínio com o qual não se concorda totalmente (ou *independentemente* de concordância).

De todo modo, não é totalmente essencial discutir qual sentido mais adequado conferir à palavra “deferência”. Não há problema fundamental em optar (como se tem optado) por referir as atitudes judiciais sob ambas as doutrinas como “deferência”. O que é realmente importante é perceber que num e noutro caso o conteúdo da expressão é diverso – e que esta diferença tem implicações práticas não negligenciáveis.

1.2.2.2.2 *A consagração de um sistema trinário* – Mas a “deferência” de tipo *Skidmore* não precisa ser necessariamente interpretada como um modelo flutuante. É possível compreendê-la como um ponto fixo – e, então, produzir a visão de um sistema trinário, composto por modelos fixos de controle: correção, permissibilidade e persuasão. De acordo com esta leitura, as doutrinas *Chevron* e *Skidmore* não seriam ontologicamente diferentes; tratar-se-ia de modelos de controle relativamente limitados, em que a licitude da ação administrativa é avaliada em relação a distintos parâmetros: a permissibilidade (ou razoabilidade), no caso de *Chevron*; a persuasão, no caso de *Skidmore*.

Entendendo assim a doutrina *Skidmore*, então, se teria que as indicações constantes deste julgamento (o rigor da ponderação, a validade do raciocínio, a consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores etc.)⁴⁷ seriam exemplos de elementos indicativos da “persuasão” de uma in-

46. Peter M. Shane, “Ambiguity and policy-making: a cognitive approach to synthesizing *Chevron* and *Mead*”, 16 *Vill. Envtl. L. J.* (Spring 2005): “First, again taking the Court literally, judges may be forgiven a little puzzlement for wondering what it means to defer to a statutory interpretation to the extent one finds it persuasive. If a proffered reading is persuasive, then it requires no deference to adopt it. If I take your view of something because I think you are right, I am not deferring to you; I am agreeing with you”. Neste mesmo sentido, v. a menção de Jeff A. King ao raciocínio do Lord Bingham em *Huang versus Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11 (“Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 411). No mais, acima já se fez referência à posição do Ministro Scalia, para quem *Skidmore* enuncia uma mera “obviedade”: a de que se deve dar atenção à opinião dos especialistas (*United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 250 (2001): “Justice Jackson’s eloquence notwithstanding, the rule of *Skidmore* deference is an empty truism and a trifling statement of the obvious: A judge should take into account the well-considered views of expert observers”).

47. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

interpretação administrativa – e não critérios para definir o grau de intensidade do controle/grau de deferência. Nos casos em que os tribunais (usando estes elementos indicativos ou outros que lhes pareçam adequados) estiverem persuadidos pela interpretação administrativa, decidirão pela sua manutenção – deferindo para a escolha administrativa.

1.2.2.2.3 A consagração de um (novo) sistema binário – Uma terceira interpretação corresponde a um passo adiante na ideia de um sistema trinário, e depende de que se compreendam como ainda maiores as afinidades entre as deferências de tipo *Chevron* e *Skidmore*. Esta leitura é possível, na medida da semelhança entre os critérios de persuasão e razoabilidade. De um lado, os elementos indicadores do poder de persuasão de uma decisão administrativa também podem ser coerentemente utilizados para revelar sua razoabilidade. Retomando, assim, os critérios exemplificados em *Skidmore*, é possível supor que uma decisão administrativa será tanto mais razoável quanto maiores forem o rigor de sua ponderação, a validade do seu raciocínio, a consistência com seus pronunciamentos anteriores. De outro lado, uma decisão razoável é também uma decisão que possui maior poder de persuasão.

Pressionadas pela incerteza relativa aos critérios de aplicação de *Chevron* no contexto pós-*Mead*, algumas cortes inferiores têm se recusado a diferenciar entre as doutrinas *Chevron* e *Skidmore*, aplicando-as indistintamente ou cumulativamente.⁴⁸ A tendência é reforçada pelo fato de que em *Barnhart* a Suprema Corte adotou um sistema com múltiplos critérios para determinar a incidência da deferência de tipo *Chevron*, aproximando-a do modelo de *Skidmore*.⁴⁹ Assim, em decisão já citada da Corte do Sétimo Circuito, o Juiz Richard Posner sugeriu que a multiplicidade de critérios adotada em *Barnhart* importaria a fusão das deferências de tipo *Chevron* e *Skidmore*.⁵⁰ Em outro caso a Corte do Segundo Circuito afirmou que, nas hipóteses “em que uma agência que detém alta expertise administra um esquema regulatório largo e complexo em cooperação com outros atores institucionais, os vários possíveis modelos de deferência começam

48. Sobre o tema, v.: Lisa Bressman, “How Mead has muddled judicial review of agency action”, 58 *Vanderbilt Law Review* 1443 (2005).

49. *Barnhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002). Sobre os critérios de *Barnhart*, consulte-se o Capítulo II da Segunda Parte (item 2.2.1.2.2).

50. *Krzalic versus Republic Title Co.*, 314 F.3d 875 (7th. Cir. 2002). V. parágrafos 877-879 e 882.

a convergir”.⁵¹ No caso concreto, a Corte afirmou que a agência merecia “considerável deferência, seja sob *Chevron* ou outra doutrina”.

Aceitando-se que *Chevron* e *Skidmore* podem ser (ou foram) fundidos em apenas um modelo de controle deferencial (em contraposição ao modelo de correção, aplicável aos casos em que a legislação seja clara sobre a questão controlada), tem-se, então, que *Mead* teria instaurado um novo sistema binário.⁵² Neste sentido, seu real aporte ao modelo original de *Chevron* se daria apenas em relação aos critérios definidores da intensidade do controle judicial – e não também em relação ao número de modelos de controle.

* * *

A polêmica objeto do item 1 deste capítulo é mais um excelente exemplo das dificuldades envolvidas na tentativa de adaptar o controle judicial à riqueza institucional da administração pública contemporânea. A hesitação e as discussões havidas nas Supremas Cortes americana e canadense e na literatura jurídica ilustram a complexidade da escolha. Há um claro conflito entre a medida de adaptabilidade e precisão que se quer imprimir ao controle judicial da administração pública e sua operacionalidade. Assim, no processo de simplificação empreendido pela jurisprudência canadense a Suprema Corte fez questão de assinalar que a determinação do modelo de controle judicial não poderia ser “impraticável ou altamente técnica” (*unworkable or highly technical*),⁵³ tal como seria o caso na hipótese de existência de infinitos modelos de controle. Posicionando-se na direção inversa, a Suprema Corte americana recusou a interpretação binária e simplificadora que o Ministro Scalia propunha para a doutrina *Chevron*, para abraçar a

51. *Community Health Center versus Wilson-Coker*, 311 F.3d 132, 138 (2d. Cir. 2002).

52. Em sentido contrario à fusão das doutrinas *Skidmore* e *Chevron*, Lisa Bressmann observa que a própria racionalidade de cada uma delas é distinta: enquanto sob *Chevron* a agência é a primeira responsável pela interpretação legislativa (que será mantida, a menos que seja irrazoável), sob *Skidmore* a interpretação cabe em princípio aos tribunais, que apenas levarão em consideração a leitura operada pela agência na medida de sua persuasão. Do ponto de vista prático, a deferência de tipo *Skidmore* pode implicar menor flexibilidade da agência em alterar sua interpretação posteriormente – na medida em que uma específica interpretação já foi adotada pelos tribunais (enquanto sob *Chevron* ela teria sido apenas “aceita como razoável”) (Lisa Bressman, “How Mead has muddled judicial review of agency action”, cit., 58 *Vanderbilt Law Review* 1443, 1466-1467).

53. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 26: “A pragmatic and functional approach should not be unworkable or highly technical”.

complexidade, optando por adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la (*tailor deference to variety*).⁵⁴

Em defesa de uma abordagem complexa, e contrário a um sistema de controle judicial com modelos fixos de intensidade, Frank Iacobucci, então Ministro na Suprema Corte canadense, sugere, em artigo doutrinário, que a complexidade não é do sistema judicial, mas da administração pública – os tribunais apenas se adaptam a ela. Nas suas palavras: “Não há razão para os tribunais desconsiderarem intencionalmente as complexidades [*administrativas*] para tornar sua função de controle mais fácil”.⁵⁵ A simplificação – mediante adoção de um sistema com modelos fixos – constituiria, neste sentido, uma medida judicial artificial: através dela os tribunais ignorariam a riqueza administrativa estabelecida pelo legislador.

Ainda em defesa da complexidade, talvez se pudesse transportar para este capítulo as considerações feitas no Capítulo I da Segunda Parte a propósito dos mecanismos simplificados de determinação da intensidade do controle, mediante uso de categorias formais. Como aconteceu naquela hipótese, talvez também os sistemas com modelos fixos de controle estejam fadados a ser superados com o passar do tempo, ou a provocar intervenções judiciais pouco transparentes. Neste sentido, o próprio relato do caso canadense oferece ilustrações importantes. Como exemplo da superação do sistema de controle com modelos fixos temos a introdução no Canadá de um terceiro modelo de controle (de razoabilidade simples). Como exemplo de intervenções judiciais pouco transparentes, a observação do Ministro Binnie no dissenso de *Dunsmuir*, sustentando que a dualidade formal ali estabele-

54. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001).

55. Frank Iacobucci, “Articulating a rational standard of review doctrine: a tribute to John Willis”, 27 *Queen’s L. J.* 859 (2002), p. 872: “The complexity lies not with the conceptual framework of acknowledging that a spectrum of standards of review exists, but rather with its application to our complicated world of delegated powers. The complexity was created not by courts but by the legislatures, who wisely decided that not all administrative agencies would operate in the same way. It is a complexity that the courts must attempt to deal with and it would be irresponsible simply for judges to wish it away. As previously mentioned, the spectrum was an inevitable consequence of the adoption of the pragmatic and functional approach. It is questionable whether we need to sacrifice this more nuanced legal framework, which generates superior administrative law results merely for the sake of an often misguided search for simplicity. While simplicity is a virtue in the modern regulatory state, Parliament and the legislatures have delegated numerous powers in myriad ways, and have made various choices about how this delegated power should be supervised. There is no reason why the courts should wilfully disregard these complexities in order to make their supervisory role easier”.

cida através da fusão dos modelos de razoabilidade não impediria que sob a égide do modelo unificado se dessem intervenções judiciais de intensidades diversas e múltiplas. Em resumo: o argumento, aqui, seria, de novo, o de que a complexidade é da administração pública, e o sistema judicial apenas se lhe adapta, sem que outra escolha seja possível.

É importante assinalar, contudo, que as ilustrações jurisprudenciais da sucumbência ou obscuridade de um sistema de controle judicial com modelos de controle fixos são bastante mais frágeis do que as ilustrações existentes na hipótese do Capítulo I da Segunda Parte. Primeiro, porque elas só se verificaram no Canadá – ao contrário dos mecanismos de determinação da intensidade do controle judicial por meio de categorias formais, cujos pontos fracos foram verificados em todas as jurisdições estudadas. França e Itália jamais consagraram um sistema com um espectro de modelos de controle, e seu histórico jurisprudencial não revela que tenham se ressentido desta circunstância. Além disso, a “ilustração” da redução da transparência causada por um sistema com modelos fixos ainda não está concretizada; constitui mera sinalização, ainda que plausível, de um ministro da Suprema Corte. Finalmente, a eventual verificação da insustentabilidade de um sistema com dois modelos fixos não importa necessariamente a adoção de um espectro, mas talvez apenas uma maior complexização do sistema, com a adoção de um terceiro modelo, por exemplo. É precisamente esta a questão que será enfrentada no próximo item do capítulo: definido que se adotará um sistema com modelos fixos, quantos devem ser eles?

Antes disso, uma última observação. Fundamentalmente, o que os exemplos canadense e americano ensinam é a necessidade de encarar o problema de forma realista. Em primeiro lugar, isso importa reconhecer que a escolha se dará entre *alternativas imperfeitas*. Não há como ampliar a adequação de um sistema de controle judicial à riqueza institucional da administração pública e à riqueza objetiva de suas decisões sem que ao mesmo tempo se ampliem também suas correspondentes dificuldades implementativas. Em segundo lugar, é também necessário atentar para o fato de que a escolha não envolve uma ou outra opção extrema. Assim, não é real uma imagem do modelo americano pós-Mead como conduzindo à incidência de um controle judicial perfeitamente adaptado às peculiaridades da decisão administrativa controlada e da autoridade que a prolatou, apesar de ser de aplicabilidade proibitivamente custosa ou altamente problemática. Do mesmo modo, o modelo canadense pós-Dunsmuir não produz um controle judicial aplicável sem quaisquer dificuldades mas totalmente alheio às peculiaridades da decisão administrativa controlada e da autoridade que

a prolatou. Em ambos os casos há apenas uma maior tendência à precisão ou à operacionalidade. Por isso mesmo, o essencial é decidir onde traçar a linha concreta que definirá *a medida* da complexidade desejada, *a medida* da precisão do controle judicial que se pode aceitar.

2. *Quantidade de modelos fixos:* *um é pouco, dois é bom, três é demais?*

No item 1 deste capítulo examinou-se a discussão mais genérica relativa à específica *compleição* de cada sistema de controle judicial da administração pública. Em relação aos modelos de intensidade disponíveis, o sistema consagra um *espectro de infinitas variações* ou um conjunto de modelos fixos e bem definidos? Uma segunda discussão é necessária a partir do momento em que se decide pelo sistema com modelos fixos: quantos são ou devem ser estes modelos? É deste tema que se ocupará este item do capítulo.

As quatro jurisdições estudadas oscilam (historicamente e atualmente) entre o sistema binário e o sistema trinário. Presumivelmente, quanto maior o número de modelos existentes, mais adaptado seria o sistema para a complexidade institucional e substancial da administração pública (item 2.1). Assim, teoricamente, o sistema trinário permitiria aos tribunais maior flexibilidade para lidar com a riqueza subjetiva e objetiva da administração pública. Mas, na prática, qual é a efetividade de um sistema com três modelos de intensidade? No dia a dia dos tribunais as distinções teoricamente existentes entre os modelos de um sistema trinário são claras e bem aplicadas? As partes interessadas no controle judicial da administração pública podem prever o tipo de controle que será aplicado aos seus casos? Em que medida as complexidades de um sistema consagrador de um espectro de infinitas variações são replicadas num sistema com três modelos fixos?

Os sistemas binários oferecem uma saída para esta eventual complexidade (item 2.2). Evidentemente, esta solução não vem sem seus próprios problemas. Em suma: sua maior desvantagem teórica estaria na pouca adaptabilidade à riqueza e à complexidade da administração pública.

Em que medida este problema teórico de fato se verifica na prática? À semelhança dos critérios binários para definição da intensidade do controle, estudados no Capítulo I da Segunda Parte, seriam também os sistemas de controle binários intrinsecamente instáveis e fadados a reforma?

Estas são algumas das questões que o relato das jurisdições estudadas pode esclarecer.

2.1 *Ambições frustradas de adaptabilidade: os sistemas trinários*

Seguindo na direção contrária à complexidade, após a possibilidade de um “espectro de modelos de controle”, devem ser examinados os sistemas com três modelos fixos. A trinariedade é uma forma de conciliar a consagração de um sistema com modelos fixos e *alguma dose* de adaptação à complexidade administrativa. Intuitivamente, três diferentes modelos de controle são mais adequados a uma infinidade de peculiaridades das decisões administrativas controladas do que seriam apenas dois modelos de controle. Na prática, a ambição de complexidade parece frustrada. Nas duas jurisdições que consagraram mais claramente sistema trinários⁵⁶ verificou-se grande dificuldade dos tribunais para compreender claramente os modelos de controle disponíveis e, principalmente, para distingui-los. No Canadá esta situação acabou levando à fusão dos dois modelos deferenciais de controle judicial – e à consequente instauração de um sistema binário (item 2.1.2). Nos Estados Unidos o sistema trinário ainda resiste, mas há clamores judiciais e doutrinários pela adoção de um passo semelhante ao canadense (item 2.1.1).

2.1.1 *A (criticada) resistência do sistema trinário: o caso americano*

De acordo com interpretação da Suprema Corte, o sistema trinário norte-americano teria sido criado pela Lei Federal de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act/APA*). Este sistema consagra um modelo de controle não deferente e dois modelos razoavelmente deferentes. A distinção entre eles não é explicitamente gradativa; a aplicação de um ou de outro depende, fundamentalmente, da natureza da ação administrativa controlada (item 2.1.1.1). Apesar dos esforços de distinção teórica, os modelos acabam se confundindo na prática – circunstância que tem levado a um crescente clamor judicial e doutrinário pela sua fusão (item 2.1.1.2). A Suprema Corte ainda resiste, e mantém a criticada distinção.

56. No Direito Francês há uma discussão doutrinária a propósito do número de diferentes modelos de controle que compõem o sistema. Em suma: a polêmica reside em saber se o controle de proporcionalidade, ou o chamado *contrôle du bilan*, que opera uma ponderação das vantagens e desvantagens de uma decisão administrativa, corresponderiam a um modelo distinto do *contrôle normal*, equivalente ao modelo canadense de correção. Pelas razões expostas mais adiante, adota-se neste trabalho a compreensão de que o Direito Francês consagra um sistema binário.

2.1.1.1 A incidência e os conteúdos dos modelos: o caso *Overton Park*

Para identificar a amplitude e o modelo de controle judicial a ser aplicável a uma ação de uma autoridade administrativa americana, o primeiro passo é examinar a legislação a ela pertinente. As legislações específicas relativas a cada autoridade podem estabelecer modelos de controle específicos – e frequentemente o fazem.⁵⁷ Não havendo estas previsões específicas, então, serão aplicáveis as disposições genéricas encontradas na Seção 706 da Lei americana do APA,⁵⁸ que têm caráter supletivo. Relativamente confusa, a normatização do APA foi interpretada e esclarecida pela Suprema Corte no caso *Overton Park*. Ali a Corte deu o primeiro passo na identificação e caracterização de cada um dos modelos de controle. De acordo com a leitura da Suprema Corte, o APA consagra um sistema trinário, formado pelos modelos seguintes: controle *de novo* (item 2.1.1.1.1), controle de evidências substanciais (item 2.1.1.1.2) e controle de arbitrariedade (item 2.1.1.1.3).⁵⁹

57. V., por exemplo, o *Black Lung Benefits Act* de 1977 e o *Veterans Judicial Review Act* de 1988. Esta última lei criou o modelo de controle *clearly erroneous*.

58. APA, “§ 706. **Scope of review.** To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (D) without observance of procedure required by law; (E) unsupported by substantial evidence in a case subject to Sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial *de novo* by the reviewing court. In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error”.

59. Cf. *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402, 410-413 (1971). Neste caso, uma associação de moradores da cidade de Memphis, no Tennessee, contestava judicialmente a decisão do Secretário de Transportes de autorizar a construção de uma estrada interestadual de seis faixas que atravessaria um parque municipal (*Overton Park*). De acordo com o *Department of Transportation Act* de 1966 e com o *Federal-Aid Highway Act* de 1968, o Secretário de Transportes só poderia autorizar o uso de verbas federais para financiar a construção de estradas que passem através de parques públicos quando não existisse rota alternativa “viável e prudente”. Mesmo nestes casos, no entanto, ele deveria aprovar a construção apenas se fossem feitos “todos os planejamentos possíveis para minimizar o prejuízo” ao parque. No caso concreto, a decisão do Secretário de autorizar a construção e a uti-

2.1.1.1.1 *O controle de novo* (de novo review) – No controle *de novo* os tribunais atuam como se tivessem a competência originária para tomar a decisão ou ação administrativa controlada. Assim, não devem qualquer deferência ou consideração à administração pública. Na prática, os tribunais podem examinar autonomamente as circunstâncias, como se não houvesse qualquer decisão administrativa, adotando a medida que entenderem mais adequada ao caso. Se a decisão tomada pela autoridade administrativa tiver sido diferente desta que o tribunal considera adequada, ela será anulada.

O controle *de novo* é aplicado nas raras hipóteses explicitamente previstas em lei.⁶⁰ Na ausência de disposição específica neste sentido, ele só é permitido com base no regramento genérico do APA em duas situações: (i) a ação administrativa possui natureza adjudicatória, e os procedimentos de apuração dos fatos da autoridade são inadequados; (ii) quando o procedimento judicial foi iniciado para efetivar (*enforce*) alguma ação administrativa.⁶¹ Fora destas hipóteses os tribunais estariam violando o princípio da separação dos Poderes ao decidir questões administrativas sob o modelo de controle *de novo*, já que estariam impondo sua visão de como elas deveriam ser decididas.

2.1.1.1.2 *O controle de evidências substanciais* (substantial evidence review) – De acordo com o APA, o controle de evidências substanciais é aplicado nos casos em que a lei específica prevê uma audiência formal pré-

lização das verbas federais não foi acompanhada de nenhum registro de verificações factuais. A Suprema Corte concluiu que a decisão do Secretário estava submetida a controle judicial. Em primeiro lugar, porque não havia indicação na legislação de que o Congresso buscava limitar ou proibir o controle. Além disso, a exceção legislativa relativa à discricionariedade contida no APA não se aplicava no caso. A Suprema Corte observa que a história legislativa do APA demonstra que a exceção da discricionariedade ali prevista só se aplica aos casos de leis desenhadas em termos tão amplos que em dado caso não há Direito a ser aplicado. Mas no caso concreto de *Overton Park* a Suprema Corte observou que a legislação relevante conferia balizas que orientavam o exercício da discricionariedade e permitiam o controle judicial. A Suprema Corte esclarece, ainda, que, apesar de a decisão do Secretário gozar de presunção de regularidade, esta presunção não a escuda de um controle “completo e profundo” (*thorough, probing, in-depth review*). Ultrapassada a questão relativa à disponibilidade do controle, punha-se, ainda, a de examinar qual o modelo de controle cabível.

60. Contrariamente, no século XIX o modelo *de novo* era o mais comumente aplicado pelos tribunais (cf. Ann Woolhandler, “Judicial deference to administrative action – A revisionist history”, 43 *Admin. L. Rev.* 197, 206 (1991)).

61. Esta segunda é a hipótese de *giudizio di ottemperanza* na Itália, ali também submetida a um controle *de novo* (chamado de *giurisdizione di merito*).

via à decisão administrativa ou nas hipóteses de procedimentos formais para a elaboração de normas ou adjudicações (*formal rulemaking and formal adjudication* – §§ 556 e 557 do APA). Além disso, este tipo de controle pode ser previsto em diversas legislações específicas, que estabelecem outras hipóteses para sua aplicabilidade.

A primeira definição do *controle de evidências substanciais* deu-se ainda em 1938, no caso *Consolidated Edison*.⁶² Ali a Suprema Corte afirmou que as evidências ou bases factuais substanciais correspondem a “algo mais do que uma mera centelha. Correspondem à evidência ou base factual que uma mente razoável poderia aceitar como adequada para fundamentar uma conclusão”.⁶³ A Corte faz, portanto, referência a uma “mente razoável” imaginária pela qual as evidências amealhadas pela agência devem ser consideradas adequadas para fundamentar determinada conclusão.

O caso mais importante da Suprema Corte sobre o controle judicial da evidência substancial é *Universal Camera*, de 1951, decidido alguns anos após a promulgação da Lei de Processo Administrativo.⁶⁴ Nele a Suprema

62. *Consolidated Edison Co. versus NLRB*, 305 U.S. 197 (1938). O teste da evidência substancial tem origem ligada a apelações de veredictos de júris. A primeira vez que a Suprema Corte lhe fez referência para controlar apurações de fato promovidas por uma agência foi em 1913, no caso *ICC versus Louisville & Nashville Railroad Co.*, 227 U.S. 88, 94 (1913). A linguagem ali utilizada foi incorporada, no ano seguinte, pelo Congresso na lei que criou a *Federal Trade Commission*. Esta lei dispunha que “findings of fact, if supported by substantial evidence, shall be conclusive”. Posteriormente, na década de 1930, veio a constar também no *Securities Act*, no *National Labor Relations Act*, no *Federal Power Act* e no *Fair Labor Standards Act*, entre outros.

63. *Consolidated Edison Co. versus NLRB*, 305 U.S. 197, 229 (1938): “(...) something more than a mere scintilla. It means such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion”.

64. *Universal Camera versus NLRB*, 340 U.S. 474 (1951). Este caso foi relatado pelo Ministro Felix Frankfurter, proeminente professor de Direito Administrativo antes da nomeação para a Suprema Corte. Além da manutenção da definição corrente antes da promulgação do APA, em 1943, outro importante elemento desta decisão foi a observação de que a avaliação a propósito da substancialidade da evidência deveria levar em consideração *todo o registro* da autoridade administrativa a propósito da decisão (*the record as a whole*), e não apenas a parcela favorável à decisão adotada. Apesar de se tratar da expressão clara do § 706 do APA, esta manifestação resolveu questão bastante polêmica. Curiosamente, algumas decisões anteriores a *Universal Camera* sustentavam que as cortes não tinham a obrigação de revisar todo o registro relativo à decisão – bastava examinar as evidências que fossem favoráveis à decisão administrativa. Quando fossem reunidas evidências suficientes para embasar esta decisão, a análise poderia dar-se por terminada em favor da sua litude, a despeito da eventual existência de evidências igualmente importantes (ou, mesmo, superiores)

Corte reconheceu que a expressão era já usada por outras leis antes da promulgação do APA e já fora objeto de várias aplicações pela Suprema Corte – como, por exemplo, no caso *Consolidated Edison*. A manutenção deste tipo de controle, com o mesmo nome, foi interpretada pela Corte como uma chancela congressional à maneira como o tipo de controle vinha sendo aplicado. Também por isso, a Corte repetiu a formulação de *Consolidated Edison*, já que “o modo preciso em que os tribunais interferem com as determinações das autoridades administrativas não pode ser capturado em nenhuma formulação redacional; novas fórmulas que tentem rephrasar as antigas provavelmente não serão mais úteis que elas”.⁶⁵

2.1.1.1.3 O controle de arbitrariedade (arbitrary and capricious review) – O controle de arbitrariedade é um modelo de controle residual, que incide quando não forem aplicáveis os outros dois. Este foi o raciocínio explicado em *Overton Park*,⁶⁶ caso em que se aplicou este modelo de controle, e confirmado posteriormente.⁶⁷ Enquanto o controle de evidências substanciais se aplica usualmente nos casos em que a decisão administrativa foi antecedida de um procedimento formal, o controle de arbitrariedade é, de regra, aplicado a decisões adotadas após procedimento informal.

Na formulação legislativa deste modelo de controle os tribunais devem examinar se a decisão administrativa não foi “arbitrária, caprichosa, um abuso de discricionariedade, ou de qualquer outro modo em desacordo com o Direito”.⁶⁸ De acordo com a jurisprudência americana, as circunstâncias que podem levar à caracterização desta arbitrariedade são muito variadas. Assim, em *Overton Park* a Suprema Corte afirmou que “para fazer esta avaliação o tribunal deve considerar se a decisão foi baseada na consideração dos fatores relevantes e se houve um claro erro de julgamento”. Esta mesma formulação foi repetida em vários outros casos, como em *State Farm*⁶⁹ e em

que demonstrassem a insuficiência ou inadequação dos fundamentos da decisão (cf. *Universal Camera versus NLRB*, 340 U.S. 474, 477-478 (1951)).

65. *Universal Camera versus NLRB*, 340 U.S. 474, 489 (1951): “Since the precise way in which courts interfere with agency findings cannot be imprisoned within any form of words, new formulas attempting to rephrase the old are not likely to be more helpful than the old. There are no talismanic words that can avoid the process of judgment. The difficulty is that we cannot escape, in relation to this problem, the use of undefined defining terms”.

66. *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971).

67. V., por exemplo: *Camp versus Pitts*, 411 U.S. 138, 141-142 (1973).

68. § 706 (2)(A) do *Administrative Procedure Act*/APA.

69. *Motor Vehicle Manufacturers Ass’n versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

*Bowman Transp.*⁷⁰ A exigência de “consideração de fatores relevantes” implica, na jurisprudência da Suprema Corte, a anulação de decisões que (i) se fundamentem em fatores que o Congresso não esperava que fossem considerados (*impermissible factors*) ou (ii) desconsiderem fatores e elementos que deveriam ter sido considerados, por força de lei (*legal factors*).⁷¹

Vícios de motivação são também causas muito comuns da anulação de uma decisão administrativa sob este modelo de controle. Aí estão incluídas as hipóteses de ausência de motivação e de motivação inadequada (por ilógica, insuficiente, inconsistente ou enviesada). Em *State Farm* a Suprema Corte afirmou que a autoridade administrativa “deve examinar a informação pertinente e articular uma explicação satisfatória para sua ação, aí incluída uma conexão racional entre os fatos identificados e a escolhida feita”.⁷² Também com base em vícios de motivação podem ser anuladas

70. *Bowman Transp. Inc. versus Arkansas-Best Freight System*, 419 U.S. 281, 285 (1975).

71. *Motor Vehicle Manufacturers Ass’n versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983): “An agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise”. Para um exemplo da primeira hipótese, v.: *Industrial Union Department, AFL-CIO versus American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980) (conhecido como *the Benzene Case*). Para um exemplo da segunda hipótese, v.: *Henan versus INS*, 79 F. 3d 60 (1996).

72. *Motor Vehicle Manufacturers Ass’n versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983): “Nevertheless, the agency must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action, including a rational connection between the facts found and the choice made”. A Suprema corte cita, ainda, *Burlington Truck Lines, Inc. versus United States*, 371 U.S. 156, 371 U.S. 168 (1962). No caso *State Farm* a autoridade nacional de regulação da segurança no trânsito (NHTSA) decidira revogar uma norma que requeria a instalação de mecanismos automáticos de segurança nos automóveis. Estes mecanismos não dependiam, para sua ativação, de qualquer ação humana. Visavam a proteger a segurança dos ocupantes dos veículos no caso de colisão, e consistiam em cintos de segurança automáticos e *airbags*. Para revogar a norma que os requeria, a autoridade reguladora argumentou que não se verificavam benefícios significativos à segurança dos ocupantes dos automóveis. As companhias automobilísticas haviam optado pela instalação quase exclusiva de cintos de segurança automáticos – fato que contrariava a previsão inicial feita pela NHTSA à época da emissão da regulação, segundo a qual *airbags* seriam instalados em 60% dos veículos. A NHTSA observava que em sua maioria estes cintos, por meio de cuja instalação as companhias cumpriam o requerimento regulatório, podiam ser facilmente desativados e deixados desta forma permanentemente. Por esta razão, a NHTSA concluiu que a regulação impunha custos desnecessários à indústria automobilística e aos seus consumidores, sem produzir benefícios

decisões contrárias à prática administrativa anterior que não reconheçam ou expliquem esta divergência. A “robustez” e a espécie da motivação exigida dependerão do contexto e das circunstâncias do caso concreto.⁷³

Finalmente, também é comum que sejam consideradas arbitrárias sanções administrativas desproporcionais à infração cometida.⁷⁴

2.1.1.2 A semelhança entre os modelos deferenciais de controle

A intensidade do controle judicial que deve ser aplicado sob o modelo *de novo* não implica dificuldades substanciais. A grande dificuldade encontra-se na diferenciação entre os modelos de controle de evidências substanciais e de arbitrariedade. Em tese, os modelos têm hipóteses de incidência distintas e importam intervenção judicial de intensidade dissemelhante (item 2.1.1.2.1). Na prática esta distinção é inexistente ou muito tênue, levando parcela da doutrina e dos tribunais a advogar por uma fusão dos modelos (item 2.1.1.2.2). Há ainda quem vá mais além, e sustente a fusão dos modelos também com o segundo passo do teste de *Chevron*, que teoricamente é aplicável apenas aos casos de interpretação legislativa promovida pelas autoridades administrativas (item 2.1.1.2.3).

2.1.1.2.1 A distinção teórica e a prática contraditória – Em teoria, o modelo de evidências substanciais deveria consistir em controle judicial de intensidade superior ao modelo de arbitrariedade. A tese já foi encampada em diversas oportunidades pela Suprema Corte. Assim, no caso *Abbott*

consideráveis para a segurança dos viajantes – tratava-se de exemplo de regulação inefetiva, que deveria ser eliminada. A decisão de revogação da norma em questão foi considerada arbitrária, em função da motivação inadequada. Em específico, a falha de motivação consistia na *desconsideração de uma relevante política regulatória alternativa*: o requerimento de instalação de cintos de segurança não destacáveis ou a imposição de utilização de *airbags*.

73. Esta afirmação foi levada ao extremo no caso *Salameda versus INS*, 70 F.3d 446 (7th. Cir. 1995), em que a demora na tomada de uma decisão e os fatos que ocorreram na espera da decisão tornaram a exigência de motivação ainda mais premente. INS negara-se em 1982 à renovação do visto de Salameda, e iniciou procedimento para deportá-lo. O procedimento durou 12 anos, nos quais Salameda integrou-se profundamente à sociedade americana, com mulher e filhos. A decisão final da INS foi bastante sucinta e pouco informativa. Foi anulada pela Suprema Corte, como arbitrária, por não prover explicação adequada. Sobre o tema, v.: Pierce, “Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources”, 49 *Admin. L. Rev.* 61 (1997).

74. V., por exemplo: *FTC versus Royal Milling Co.*, 288 U.S. 212, 217 (1933); *Butz versus Glover Livestock Comm’n Co.*, 411 U.S. 182 (1973).

Laboratories afirmou-se que o modelo de evidências substanciais oferece “um controle judicial consideravelmente mais generoso” do que o modelo de arbitrariedade.⁷⁵ Esta ideia encontra suporte, ainda, na própria denominação do modelo. Enquanto num caso se promete exigir da administração que ofereça provas e fundamentos *substanciais* para sua decisão, no outro permite-se a anulação da decisão administrativa apenas nos casos extremos em que ela for *arbitrária ou caprichosa*. Finalmente, os modelos seriam facilmente dissociáveis, por terem hipóteses de incidência diversas: enquanto o primeiro caberia para decisões tomadas após procedimentos formais, e, assim, seria promovido com base no registro administrativo, o segundo incidiria sobre decisões informais, para as quais, de regra, não há registro documental substancial.

Sucede que a prática dos dois modelos torna estas distinções bastante inconsistentes. Para começar, ao menos desde *Overton Park* o controle de arbitrariedade também se faz com base no registro administrativo (*on the record*).⁷⁶ Embora ele não seja exigido pela Lei de Processo Administrativo nas ações informais, foi considerado pela Corte como um dos “princípios fundamentais do controle judicial da administração pública” – razão pela qual pode ser requerido *a posteriori* pelos tribunais para possibilitar o controle da decisão administrativa.⁷⁷ O regime instituído em *Overton Park* foi incorporado pelas cortes inferiores e confirmado pela Suprema Corte em casos posteriores.⁷⁸

75. *Abbott Laboratories, Inc. versus Gardner*, 387 U.S. 136, 143 (1967). Passagem semelhante pode ser encontrada em *Union Department versus American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 706 (1980).

76. Sobre o tema e a dificuldade de distinção entre os modelos de arbitrariedade e de evidências substanciais, v.: Antonin Scalia e Frank Goodman, “Procedural aspects of the Consumer Product Safety Act”, 20 *UCLA L. R.* 899 (1973) at. 933-937. Em estudo empírico realizado sobre a aplicação dos dois modelos, Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein os igualam, referindo-se a ambos como “controle de arbitrariedade”. Nas palavras destes autores: “In practice, and especially in the aftermath of *State Farm*, review under the substantial evidence standard is essentially the same as review under the arbitrary and capricious standard, though it is sometimes thought that review for substantial evidence is somewhat more searching” (“The real world of arbitrariness review”, 75 *U. Chi. L. Rev.* 761 (2008)).

77. *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402, 419-420 (1971).

78. Cf. *Camp versus Pitts*, 411 U.S. 138, 142-143 (1973), em que a Suprema Corte confirmou a orientação de *Overton Park* no sentido de que nos casos em que não houver registro documental suficiente que fundamente a decisão da autoridade administrativa e permita seu controle judicial a Corte deve procurar obter da agência, através de depoimento ou testemunho, explicações adicionais relativas às razões da

Em segundo lugar, a maior intensidade do controle de evidências substanciais não é totalmente evidente. De um lado, a Suprema Corte possui uma jurisprudência razoavelmente consistente no sentido de que o modelo de controle de evidências substanciais é bastante deferente. De outro, a origem deferente do modelo de arbitrariedade é muitas vezes contrariada por abordagens mais invasivas, de modo que sua intensidade específica é dificilmente identificável. A prática, portanto, não consagra uma gradação tão clara entre os dois modelos.

Em relação ao controle de evidências substanciais é ilustrativo o caso *Consolo*.⁷⁹ Nele ficou claro que a Suprema Corte via o teste como bastante leniente. Ele é apresentado como um modelo de controle judicial que “libera as cortes da tarefa demorada e árdua de ponderar as provas; dá adequado respeito à expertise da agência administrativa e ajuda a promover a aplicação uniforme da legislação”.⁸⁰ Fica clara a compreensão da Corte de que o teste da evidência substancial é bastante deferente às decisões das agências. Na passagem seguinte afirma-se claramente que a ponderação de provas e de interesses que antecede as determinações das agências cabe a elas próprias. Conclui-se afirmando que o teste da evidência substancial “minimiza as oportunidades para que as cortes revisoras substituam a discricionariedade das agências pelas suas próprias”.⁸¹ Outro claro exemplo desta orientação é o caso *Walton Manufacturing*, em que a Suprema Corte repreendeu os

decisão. Posteriormente, em *Vermont Yankee Nuclear Power Co. versus Natural Resources Def. Council*, 435 U.S. 519, 549 (1978), a orientação foi estendida às hipóteses de procedimentos voltados à produção normativa (*rulemaking procedures*). Ainda em *Overton Park* a Suprema Corte recomendou parcimônia no exame destas explicações adicionais, as quais poderiam consistir em mera “racionalização *post hoc*” (cf. *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402, 421 (1971)).

79. *Consolo versus Federal Maritime Commission*, 383 U.S. 607 (1966).

80. *Consolo versus Federal Maritime Commission*, 383 U.S. 607, at. 619-621 (1966): “Congress was very deliberate in adopting this standard of review. It frees the reviewing courts of the time-consuming and difficult task of weighing the evidence; it gives proper respect to the expertise of the administrative tribunal and it helps promote the uniform application of the statute. These policies are particularly important when a court is asked to review an agency’s fashioning of discretionary relief. In this area, agency determinations frequently rest upon a complex and hard-to-review mix of considerations. By giving the agency discretionary power to fashion remedies, Congress places a premium upon agency expertise, and, for the sake of uniformity, it is usually better to minimize the opportunity for reviewing courts to substitute their discretion for that of the agency. These policies would be damaged by the standard of review articulated by the court below”.

81. *Consolo versus Federal Maritime Commission*, 383 U.S. 607, at. 619-621 (1966).

tribunais inferiores por aplicarem um controle judicial muito invasivo sob o modelo de evidências substanciais, contrariando sua própria jurisprudência deferencial.⁸² Aliás, tão deferente é a prática do controle judicial sob o modelo de evidências substanciais, que quando a Suprema Corte se afasta ela mesmo desta orientação (como aconteceu no célebre caso *Allentown Mack*⁸³) provoca grande surpresa e consternação na literatura jurídica,⁸⁴ além de tentativas de explicá-la.⁸⁵

82. Cf. *NLRB versus Walton Manufacturing Co.*, 369 U.S. 404 (1962).

83. *Allentown Mack Sales & Services, Inc. versus NLRB*, 522 U.S. 359 (1998). O caso é conhecido pela intensa avaliação procedida pela Suprema Corte, que destoa da jurisprudência normalmente leniente na aplicação do teste da evidência substantiva. Os fatos eram os seguintes: a legislação trabalhista pertinente conferia aos empregadores a possibilidade de estabelecer enquete entre seus empregados voltada a determinar se o sindicato que os representa continua gozando de apoio majoritário. Esta possibilidade, no entanto, está condicionada à existência de “dúvida razoável, objetiva e de boa-fé” por parte do empregador a propósito da permanência deste apoio majoritário. O caso girava em torno da determinação da existência desta dúvida qualificada para o estabelecimento da enquete. Para fundamentar sua dúvida o empregador se baseava no depoimento de 10 dentre seus 32 empregados. O NLRB desconsiderou 3 destes depoimentos e entendeu que 7 depoimentos não eram suficientes para estabelecer uma dúvida “razoável, objetiva e de boa-fé”. A conclusão da agência fora no mesmo sentido do *Administrative Law Judge*, órgão interno à agência, responsável por colher provas testemunhais. O caso, portanto, envolvia, fundamentalmente, apurações de fatos e inferências factuais – domínios tradicionalmente objeto de muito reduzida intervenção judicial. Ainda assim, neste caso a Suprema Corte discordou da decisão da agência, entendendo que não havia evidência substancial a suportá-la. Os juizes do dissenso referiram-se à opinião da maioria como substituindo “an agency’s specialized knowledge of the workplace [for] a court’s common understanding of human psychology”.

84. V., por exemplo: Richard Pierce Jr., *Administrative Law Treatise*, 5ª ed., New York, WoltersKluwer, 2010, pp. 985-986: “The majority opinion is extraordinary in terms of its degree of departure from the Court’s traditional approach to the substantial evidence test. The Court has applied the substantial evidence test continuously since its opinion in *ICC versus Louisville & Nashville Railroad Co.*, 227 U.S. 88 (1913). Throughout the ensuing 85-year period, the Court maintained a remarkably consistent posture towards the test. The Court has consistently held that the test is highly deferential and that substantial evidence ‘means such evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion’. When circuit courts occasionally strayed from this meaning of the test and began to engage in more intrusive methods of applying the test, the Court brought them back in line. (...) It is extraordinarily rare for a district court or a circuit court to engage in the kind of detailed, intrusive, nondeferential, second guessing of an agency’s basis for finding of fact that is represented by the majority opinion in *Allentown Mack*. The Supreme Court has never before engaged in that type of review”.

85. Alguns autores sugerem que a intensidade do controle operado em *Allentown Mack* pode ser atribuída a uma repressão da Suprema Corte ao *National Labor*

No que concerne ao controle de arbitrariedade, é bastante difícil afirmar com segurança a intensidade do controle operado sob este teste. Originalmente tratava-se de controle bastante deferente. Nem mesmo parecia haver um mínimo controle sobre as determinações relativas a fatos, como se vê de uma passagem clássica do caso *Pacific States Box*, de 1935.⁸⁶ Mas esta passagem já não retrata com correção a maneira como o teste tem sido aplicado atualmente.⁸⁷ Para este fim podem ser mais ilustrativas as decisões de *State Farm* (1983)⁸⁸ e *Overton Park* (1971).⁸⁹ No primeiro destes casos a Suprema Corte se recusou a adotar a versão deferencial do teste enunciada em *Pacific States Box*. Já, em *Overton Park* a Suprema Corte caracterizou a análise dos fatos promovida sob o teste da arbitrariedade como “minuciosa e cuidadosa” (*searching and careful*), ainda que não pudesse resultar na substituição da determinação administrativa por uma medida judicial.⁹⁰ Este

Relations Board. Neste sentido, a Suprema Corte realmente fez referência ao fato de que o NLRB “tem promulgado todas as suas regras jurídicas através de adjudicação, ao invés do procedimento de produção normativa (*rulemaking*)”, dificultando, assim, “o controle judicial e mesmo o controle político, já que mascara a sua elaboração de políticas públicas como apurações de fatos”. Note-se que, se esta interpretação estiver correta, a Suprema Corte teria adaptado seu controle à específica instituição controlada, aplicando revisão não deferente *porque se tratava de uma decisão da NLRB*. Uma tal intensificação do controle em função da reputação da agência jamais foi admitida pela jurisprudência da Suprema Corte.

86. *Pacific States Box & Basket Co. versus White*, 296 U.S. 176 (1935): “If any state of facts reasonably can be conceived that would sustain, [*the order*], there is a presumption of the existence of that state of facts, and one who assails [*that presumption*] must carry the burden of showing (...) that the action is arbitrary”.

87. Sobre a evolução do modelo de arbitrariedade, v.: Patrick M. Garry, “Judicial review and the ‘hard-look’ doctrine”, 7 *Nev. L. J.* 151, 151-152. V. também: Richard Pierce Jr., “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, 1988 *Duke L. J.* 300, 309 (1988): “The Administrative Procedure Act (APA) requires a court to affirm an agency rule unless it is arbitrary and capricious. A court determines whether an agency rule satisfies that standard by evaluating the ‘concise general’ statement of basis and purpose that must accompany the rule. Over the past 20 years, the appellate courts have applied the arbitrary and capricious test to agency rulemaking in a way that has replaced the statutory adjectives ‘concise’ and ‘general’ with the judicial adjectives ‘encyclopedic’ and ‘detailed’”.

88. *Motor Vehicle Manufacturers Ass’n versus State Farm Mutual Insurance Co.*, 436 U.S. 29, 43 (1983).

89. *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402 (1971).

90. *Citizens to Preserve Overton Park versus Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971): “Although this inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one. The court is not empowered to substitute its judgment for that of the agency”.

ímpeto de maior controle na Corte observado nas décadas de 1970 e 1980⁹¹ levou a doutrina a falar de uma *hard-look doctrine*.⁹² É questionável que este movimento continue ou que tenha sido consistente,⁹³ mas sua constante menção doutrinária demonstra não ser tão claro que o modelo de arbitrariedade consagre uma orientação consistentemente deferente.⁹⁴

91. Neste sentido, v. também a decisão do *DC Circuit* no caso *Ethyl Corp. versus EPA*, 541 F.2d 1 (DC Cir.), cert. denied, 426 U.S. 941 (1976). Tratava-se de contestação pela empresa *Ethyl* de uma complicada base factual para regulações elaboradas pela EPA. Os votos da maioria e do dissenso ocuparam 38 páginas na análise detalhada das considerações factuais da EPA.

92. A *hard-look doctrine* não merece maior atenção neste trabalho porque constitui um reforço do controle *procedimental* – enquanto aqui se cuida da intensidade do controle *substantial* da administração pública. Neste sentido, Patrick M. Garry faz referência ao argumento de que a *hard-look doctrine* concerne à qualidade do *decision-making process*, e não à qualidade da decisão em si (“Judicial review and the ‘hard-look’ doctrine”, 7 *Nev. L. J.* 151, 163). Tanto é assim, aliás, que o provimento judicial que se segue às detalhadas análises da *hard-look doctrine* é o eventual reenvio às autoridades administrativas, para que expliquem melhor sua decisão. Muitas vezes sucederá que a decisão *substantial* seja mantida, com uma argumentação mais robusta e convincente, deixando satisfeito o tribunal responsável pelo controle.

93. Em algumas decisões a partir da década de 1990 a Corte pareceu dar passos atrás, como em *PBGC versus LTV Corp.*, 496 U.S. 633 (1990). Em *Postal Service versus Gregory*, 534 U.S. 1 (2001), a Corte reverteu decisão do *Federal Circuit*, observando que “the arbitrary and capricious standard is extremely narrow (...) and allows the Board wide latitude in fulfilling its obligations (...). It is not for the Federal Circuit to substitute its own judgments for that of the Board”. Para alguns doutrinadores a Suprema Corte percebera que havia exagerado em algumas passagens de *Overton Park*, e foi obrigada a reconsiderá-las aos poucos, em decisões seguintes. Além disso, mesmo durante o auge da *hard-look doctrine* a Suprema Corte emitiu diversos sinais de que o controle de arbitrariedade era limitado.

94. Na maioria dos casos, de acordo com a doutrina, o teste de arbitrariedade parece mesmo veicular um escrutínio bastante deferente e leniente. Mas a doutrina é também pacífica no sentido de que há uma variação da intensidade do controle em função da magnitude da decisão revisada. Assim, para procedimentos de produção normativa para regular interesses muito relevantes (os chamados *high-stake rulemaking procedures*) o controle sói ser bastante profundo. Em situações menos complicadas – quando se tratar de controlar ações mais comezinhas ou rotineiras das agências –, aí se aplicará um controle mais leniente. Neste sentido, v. a decisão da Corte do 3º Circuito em *Bro-Tech Corp. versus NLRB*, 105 F.3d 890 (3d. Cir. 1997), que parece utilizar o controle forte para compensar a inefetividade da *nondelegation doctrine*. Aqui, portanto, a atuação da Corte é justamente a de preencher lacunas políticas decorrentes de delegações indevidas de decisões políticas fundamentais. A agência tomaria uma decisão política considerada importantíssima, e havia pouca orientação na lei sobre como proceder. A Corte afirmou que era necessário aplicar um *rigorous judicial review* sobre a motivação de uma agência quando ela toma uma *major policy decision* com *scant directions from Congress*. A decisão da agência foi

Em resumo: a intensidade do controle judicial não é totalmente clara nem sob o modelo de arbitrariedade, nem sob o modelo de evidências substanciais – mas é especialmente obscura a gradação de intensidade eventualmente existente entre eles.

2.1.1.2.2 As manifestações judiciais e doutrinárias contrárias à distinção – Diante deste cenário confuso e destas orientações contraditórias provenientes da Suprema Corte, parte da doutrina jurídica e dos tribunais inferiores tem se manifestado em prol de uma fusão dos dois modelos de controle.

Em decisões de cortes inferiores os dois modelos já foram igualados em diversas oportunidades. Em um caso muito conhecido de 1984, Antonin Scalia, então Juiz do *DC Circuit*, e hoje Ministro da Suprema Corte, explicitamente considerou os dois testes inseparáveis, e afirmou que o controle de evidências substanciais é “apenas uma específica aplicação” do modelo de arbitrariedade.⁹⁵ Em outro caso, este decidido pela Corte do 7º Circuito, os juízes debatiam se seria realista esperar que eles pudessem distinguir entre os dois modelos de controle. Numa passagem muito interessante, afirmou-se que “as limitações cognitivas que os juízes compartilham com os meros mortais podem constituir um obstáculo insuperável a que se proceda a distinções mais refinadas do que aquela entre um controle pleno contra um controle deferencial”.⁹⁶ Outros tribunais inferiores já se recusaram a aplicar qualquer distinção de abordagem entre os dois modelos, afirmando sua “tendência a convergir”⁹⁷ e caracterizando a diferença entre eles como “meramente semântica” ou irrelevante.⁹⁸

anulada sob o argumento de que este alto ônus não foi cumprido. Naturalmente, esta variação na intensidade em função da importância da decisão administrativa não é admitida claramente na jurisprudência.

95. *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. versus Board of Governors*, 745 F.2d 677, 683 (DC Cir. 1984): “[Substantial evidence] is only a specific application of [arbitrary/capricious] separately recited in the APA not to establish a more rigorous standard of factual support but to emphasize that in the case of formal proceedings, the factual support must be found in the closed [hearing] record as opposed to elsewhere”.

96. *School District of Wisconsin Dells versus Z.S. Littegorge*, 295 F.3d 671 (7th. Cir. 2002).

97. *Bangor Hydro-Electric Co. versus FERC*, 78 F.3d 659, 663 n. 3 (DC Circ. 1996).

98. *Bonnichsen versus United States*, 367 F.3d 864, 880, n. 19 (9th. Cir. 2004): “When the arbitrary and capricious test is performing that function of assuring factual support, there is no substantive difference between what it requires and what should be required by the substantial evidence test”.

Também a doutrina tem se manifestado continuamente em favor da fusão dos dois tipos de controle. Diversos autores sugerem que a pedra de toque dos dois modelos é a razoabilidade, e que eles poderiam ser fundidos para criar um único teste de razoabilidade.⁹⁹ A Suprema Corte resiste, e insiste em diferenciá-los,¹⁰⁰ mas é duvidoso que já tenha explicado clara e satisfatoriamente em que consiste a diferença entre eles – e mais duvidoso ainda que sua jurisprudência seja coerente com quaisquer distinções teóricas.

2.1.1.2.3 A eventual fusão adicional com o Step Two de Chevron – Uma criticada (e ainda resistente) distinção adicional aparta o modelo de controle de arbitrariedade e a Fase 2 do teste de *Chevron*. Em teoria, *Chevron* aplica-se unicamente para questões de interpretação legislativa – quando está em jogo a interpretação de um termo utilizado na lei (como *stationary source*, na própria decisão de *Chevron*). Já, o controle de arbitrariedade tem origem legislativa, e é mais geral: é o teste-padrão aplicado para uma larga gama de decisões das agências, incluindo decisões que não veiculam propriamente interpretação legislativa. Os partidários da manutenção da distinção afirmam, ainda, que a eventual manutenção de uma decisão sob o regime de *Chevron* não implica que ela também será mantida sob o controle de arbitrariedade.¹⁰¹ A propósito, imagine-se um caso em que a interpretação da autoridade administrativa é claramente permissível sob os termos da lei. Ainda assim esta decisão poderia ser anulada sob o modelo de controle de arbitrariedade, em que os tribunais verificariam se a autoridade adotou a decisão após análise detida das informações em suas mãos.¹⁰² Dito de outro modo: o modelo de arbitrariedade teria uma conotação um pouco mais *procedimental*, e seria especialmente focado na *motivação*.¹⁰³ A se-

99. V., por exemplo: Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, 606 (1992); Paul Verkuil, “An outcomes analysis of scope of review standards”, 44 *Wm. & Mary L. Rev.* 679 (2002); William F. Fox, *Understanding Administrative Law*, 5ª ed., LexisNexis, 2008, p. 403.

100. Cf. *American Paper Institute versus American Electric Power Service Corporation*, 461 U.S. 402, 412 n. 7 (1983).

101. *Republican National Committee versus FEC*, 76 F.3d 400 (DC Cir. 1996): “A permissible statutory construction under *Chevron* is not always reasonable under *State Farm* (...). We might determine that although not banned by statute, an agency’s action is arbitrary and capricious because the agency has not considered relevant factors or articulated any rationale for its choice”.

102. Assim, Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein referem-se ao modelo de arbitrariedade como um “Passo 3” de *Chevron* (“The real world of arbitrariness review”, cit., 75 *U. Chi. L. Rev.* 761).

103. Cf. Abner J. Mikva, “The changing role of judicial review”, 38 *Admin. L. Rev.* 115, 126-127 (1986).

gunda fase do teste de *Chevron*, ao contrário, estaria mais centrada na permissibilidade final de uma interpretação em relação ao esquema legislativo pertinente.¹⁰⁴

Na prática, no entanto, também estas distinções não são tão claras.¹⁰⁵ Em diversas oportunidades a Suprema Corte imprimiu um enfoque procedimental, focado na motivação, também para controles judiciais operados sob a doutrina *Chevron*. No próprio caso *Chevron*, aliás, lê-se, a certo ponto, que a autoridade de regulação ambiental “ofereceu uma explicação razoável para sua conclusão de que a regulação serve aos objetivos ambientais do *Clean Air Act*”; além do quê “seu raciocínio é embasado no registro público desenvolvido no processo de produção normativa, assim como por alguns estudos privados”.¹⁰⁶ Por outro lado, também em *Chevron* a Suprema Corte sustentou, em explicação do segundo passo do teste ali elaborado, que a interpretação da agência deveria ser mantida, a menos que fosse “arbitrária, caprichosa, ou manifestamente contrária à legislação”.¹⁰⁷ Ou seja: a decisão da Suprema Corte em *Chevron* é a primeira a aproximar seu teste com o modelo de controle de arbitrariedade.

Esta orientação foi repetida em inúmeras outras decisões. No importantíssimo caso *Mead*, que reformou a doutrina *Chevron*, os ministros citam indistintamente tanto o modelo de *Chevron* quanto o modelo de controle de arbitrariedade.¹⁰⁸ No caso *Smiley* afirma-se que a interpretação da autoridade administrativa “não é arbitrária ou caprichosa, de modo a fazê-la

104. Um argumento adicional é que os próprios remédios judiciais seriam diferentes. Sob *Chevron* uma interpretação irrazoável seria invalidada, e não haveria possibilidade de aquela decisão ser adotada novamente naqueles termos. Já, uma decisão considerada arbitrária poderia ser mandada de volta para a agência, que poderia tomar a mesma decisão, bastando que o processo decisório e a motivação da decisão fossem adequados nesta nova oportunidade.

105. Cf. Ronald M. Levin, “The anatomy of *Chevron*: Step Two reconsidered”, 72 *Chi.-Kent L. Rev.* 1253, 1276 (1997). Cf. também *Arent versus Shalala*, 70 F.3d 610, 619, em que os Juízes Edwards e Wald divergiram sobre se seria aplicável o modelo de arbitrariedade ou o teste de *Chevron*. Em pesquisa empírica, Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein afirmam, ainda, que a taxa de manutenção das decisões administrativas contestadas judicialmente é essencialmente a mesma sob os modelos de controle de arbitrariedade e de *Chevron* (“The real world of arbitrariness review”, cit., 75 *U. Chi. L. Rev.* 761, 767).

106. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 863 (1984).

107. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 844 (1984).

108. V., por exemplo, *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 229 (2001).

desmerecedora da deferência sob *Chevron*”.¹⁰⁹ Mais recentemente, em *Brand X*, a maioria deixou claro que a segunda fase do teste de *Chevron* e o modelo de controle de arbitrariedade se confundem, e que a autoridade administrativa tem o dever de fazer motivar corretamente sua decisão também em *Chevron*.¹¹⁰ A maioria citou os dois testes no momento da conclusão e manutenção da ação administrativa. Finalmente, esta indistinção entre os dois testes tem sido seguida por diversos tribunais inferiores¹¹¹ e propugnada por boa parte da doutrina.¹¹² Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein chegam a

109. *Smiley versus Citibank, N.A.*, 517 U.S. 735, 741 (1996).

110. *National Cable & Telecommunications Ass'n versus Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005).

111. Em *Animal Legal Defense Fund versus Glickman*, 204 F.3d 229, 234 (DC Cir. 2000), o *DC Circuit* afirma o seguinte: “There is complete overlap between Chevron Step Two and State Farm (...) a rule that adopts an ‘unreasonable’ interpretation of a statute within the meaning of Chevron Step Two is ‘arbitrary and capricious’ within the meaning of State Farm”. V., ainda: *National Mining Ass'n versus EPA*, 59 F.3d 1351 (DC Cir. 1995); *Detroit/Wayne County Port Authority versus ICC*, 59 F.3d 1314 (DC Cir. 1995); *Cincinnati Bell Telephone Co. versus FCC*, 69 F.3d 752 (6th. Cir. 1995).

112. V.: Gary Lawson, “Outcome, procedure and process: agency duties of explanation for legal conclusions”, 48 *Rutgers L. Rev.* 313, 315 (1996); Mark Seidenfeld, “A syncopated Chevron: emphasizing reasoned decision-making in reviewing agency interpretations of statutes”, 73 *Texas L. Rev.* 83, 129-30 (1994); Richard J. Pierce Jr., *Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., Capítulo 3; John F. Duffy e Michael Herz (eds.), *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago, ABA Publishing, 2005, p. 99-100: “These differences between the two tests aside, Chevron Step Two should be explicitly understood to incorporate a ‘reasonable’ requirement drawn from the arbitrary and capricious case law. First, there is an important practical reason why distinguishing sharply between the two inquiries makes little sense: the doctrinal reality that, in almost any Chevron case, the arbitrary and capricious test would also apply. That test applies to most agency actions, including agency interpretations of statutes. In most cases where a party can mount a Chevron challenge, that party can also argue that the agency’s interpretation violates the teachings of State Farm. There are numerous examples in the lower courts of cases where the court considers both a Chevron challenge and an arbitrary and capricious challenge to the same interpretation. In fact, the one Supreme Court opinion, *Iowa Utilities Board*, that some have interpreted to be a Chevron Step Two reversal can be read to rest both on statutory grounds and on defects in the agency’s reasoning process. Recall that the Court invalidated the Commission’s requirement that incumbent local exchange carriers make available a minimum of seven network elements to requesting carriers. To support its holding, the Court pointed to a variety of statutory factors. But that same portion of the opinion can be read to rest on the traditional arbitrary and capricious test. The Court faults the FCC for failing to apply a limiting standard with respect to the provisions of the Act, and takes issue with the logic of the FCC’s understanding of the terms ‘necessary’ and ‘impair’. These are defects in the agency’s reasoning process, not inconsistencies with the statute. (...)”.

afirmar que os modelos de controle não são apenas semelhantes na teoria, mas também na prática. Em estudos empíricos por eles realizados entre 2006 e 2008 concluíram que a taxa de manutenção das decisões administrativas contestadas é a mesma sob quaisquer deles: aproximadamente 65%.¹¹³

2.1.2 *Derrocada e reforma do sistema trinário: o caso canadense*

O direito administrativo canadense consagrou um sistema de controle judicial trinário por cerca de 11 anos. Em 1997, no caso *Southam*, o modelo intermediário de razoabilidade simples (*reasonableness simpliciter*) foi adicionado aos preexistentes modelos de irrazoabilidade manifesta (*patent unreasonableness*) e de correção (*correctness*). O sistema trinário teve vigência até a reforma promovida por *Dunsmuir*, em 2008 (item 2.1.2.1). Neste ano, sucumbindo às críticas doutrinárias e, mesmo, jurisprudenciais de insustentabilidade das distinções entre os dois modelos deferentes, a Suprema Corte os uniu em apenas um modelo de razoabilidade (item 2.1.2.2).

2.1.2.1 A frustrada tentativa de distinção dos três modelos de controle

Ao longo do tempo a Suprema Corte empreendeu diversas tentativas de caracterizar os três modelos de controle, de forma a orientar sua aplicação (item 2.1.2.1.1). Estas tentativas revelaram-se frustradas. Em especial, mostrava-se difícil prover um critério adequado para distinguir os dois modelos de controle judicial deferente. A circunstância provocou inúmeras críticas doutrinárias e confusão na jurisprudência dos tribunais inferiores (item 2.1.2.1.2).

2.1.2.1.1 A tentativa de distinguir os três modelos – Inicie-se pela apresentação dos três modelos de controle e das tentativas da Suprema Corte de dissociá-los.

2.1.2.1.1.1 O modelo de correção (correctness): Trata-se do modelo mais intenso (e, portanto, não deferente) de controle judicial. Nele as Cortes

This is only to emphasize that drawing a line between the agency's reasoning process and its result is sometimes artificial: the validity of the agency's reasoning will of course bear a close relationship to validity of the agency's result".

113. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, "The real world of arbitrariness review", cit., 75 *U. Chi. L. Rev.* 761, e "Do judges make regulatory policy?", 73 *U. Chi. L. Rev.* 823 (2006).

podem “empreender seu próprio raciocínio e sua própria argumentação para chegar ao resultado que julgam correto”.¹¹⁴ No caso em que a decisão da autoridade administrativa diferir deste resultado que as Cortes julgam correto, ela pode ser afastada.¹¹⁵

O modelo de correção é normalmente utilizado para o controle judicial de decisões envolvendo questões genéricas de direito, questões que envolvam aspectos jurisdicionais (entendido este termo de forma restrita), constitucionais ou de direitos humanos.¹¹⁶ A racionalidade por trás disto é que as Cortes seriam tão bem ou mais bem adaptadas a resolver estas questões do que as autoridades administrativas. Assim, por exemplo, em *Pushpanathan* aplicou-se o modelo de correção para controlar a decisão especialmente em função dos aspectos de direitos humanos nela envolvidos.¹¹⁷ Já, no caso *Bibeault* aplicou-se o modelo de correção, já que a questão sob controle foi considerada eminentemente jurídica, relativa à interpretação de um artigo do Código de Trabalho que fazia menção a expressões correntes do direito civil.¹¹⁸ Entendeu-se que a interpretação destas expressões exigia expertise jurídica genérica. Em *Southam* destacou-se, ainda, a propensão da questão sob controle de criar precedente, pelo quê se trataria de questão eminentemente de direito (e não de fato), estando, assim, submetida a controle de correção.¹¹⁹ Finalmente, em *Retired Judges* a Corte procedeu a uma polêmica desagregação de aspectos da questão sob controle, para submeter alguns deles ao modelo de correção, em função de sua natureza constitucional.¹²⁰

114. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 50: “When undertaking a correctness review, the court may undertake its own reasoning process to arrive at the result it judges correct”.

115. Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law*, Markham, Lexis Nexis, 2008, p. 423: “The fundamental question that must be dealt with by a court applying a standard of correctness is its agreement or disagreement with the decision of the tribunal. Where a decision is reviewed for correctness, it will be overturned if the court disagrees with that decision”.

116. V. a pesquisa empírica de William Lahey e Diana Ginn perante os tribunais inferiores canadenses, “After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), 25 *Dal. L. J.* 274.

117. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 46.

118. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 138-139.

119. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 35-37. V. também: *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982, para. 47.

120. *Canadian Union of Public Employees versus Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 SCR 539 (*Retired Judges*).

É curioso notar que em muitos casos os juízes adotam o modelo de correção, mas depois discordam sobre qual seria a decisão “correta”. Em *Mossop* (1993), por exemplo, seis dos sete ministros presentes no julgamento entenderam que o modelo de controle a ser aplicado era o de correção. Entretanto, dois dos seis discordaram da decisão final, entendendo que a reforma da decisão da autoridade administrativa não era devida, uma vez que a decisão por ela adotada era *a decisão juridicamente correta*.¹²¹ Na verdade, o nome que se dá a este modelo de controle parece ser enganoso. O que ele realmente significa é que a decisão final sobre o resultado da questão *sub judge* cabe ao juiz, de acordo com seus critérios. Então, essa decisão final não é exatamente *a decisão juridicamente correta*, mas, mais precisamente, *a decisão que os juízes entenderam correta*. Trata-se mais de um modelo que desloca o poder decisório final para os tribunais do que de um modelo voltado à identificação da resposta correta.¹²²

121. Ao comentar este fato, Sheila Wildeman é irônica: “Get used to the phenomenon of judges agreeing on the correctness standard and then disagreeing on what the ‘right answer’ is upon applying that standard” (“A fine romance? The modern standards of review in theory and practice”, in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 239).

122. Na decisão dos casos concretos muita discordância haverá sobre qual decisão final adotar. Estas discordâncias refletirão diferentes concepções ideológicas e jurídico-filosóficas dos juízes envolvidos nas decisões. Assim, no caso *Mossop* a maioria da Suprema Corte reverteu decisão do *Canadian Human Rights Tribunal*, concluindo que ele teria errado ao interpretar que relações homossexuais poderiam constituir “situação de família” no contexto do *Canadian Human Rights Act*. O principal argumento neste sentido é o de que o Parlamento teria recusado a inclusão da orientação sexual na lista das razões de discriminação ali proibidas. Ou seja: trata-se de interpretação positivista e focada na intenção legislativa. A Corte observou, ainda, que, não tendo sido feito no recurso nenhum pedido relativo à constitucionalidade da lei, ela não podia se pronunciar sobre este tema autonomamente, devendo limitar-se à interpretação da intenção legislativa (v. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 33; 36-37. Em dissenso, a Ministra L’Heureux-Dubé sustenta que os textos relativos a direitos humanos devem ser interpretados de forma peculiar. Estes textos teriam uma curiosa abertura linguística unidirecional, voltada à proteção dos direitos humanos. Não é que se trata de termos imprecisos naturalmente, é que o fato de se relacionarem a direitos humanos lhes confere esta imprecisão *ad hoc*, permitindo algumas interpretações que poderiam parecer equivocadas do ponto de vista literal. Além disso, não haveria na interpretação de textos legislativos referentes a direitos humanos uma vinculação necessária à intenção do legislador – mas uma vinculação à proteção dos direitos humanos (v. *Mossop versus Canada (Attorney General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 110). Em *Pushpanathan* tratava-se de examinar se o crime de tráfico de drogas, pelo qual Pushpanathan havia sido condenado, constituía “ato contrário aos propósitos e princípios das Nações Unidas”, de modo a impedir que ele se beneficiasse do *status* de refugiado sob a *United Nations Convention Relating to the Status of Refugee*. A maioria da Corte fez um interpre-

2.1.2.1.1.2 *O modelo de irrazoabilidade manifesta* (patent unreasonableness): O modelo de irrazoabilidade manifesta foi criado na decisão da Suprema Corte no caso *CUPE* (1979).¹²³ Corresponde a uma grande manifestação de deferência da Suprema Corte, que provocou uma ruptura com a ampla tradição interventiva até então existente. Trata-se de modelo de controle extremamente leniente, que só autoriza a anulação de decisões “claramente irrazoáveis”. A Suprema Corte esclarece que, nas hipóteses de aplicação deste modelo de controle, não apenas a autoridade não precisa estar “correta” em sua interpretação, mas ela tem até mesmo o “direito de errar”.¹²⁴

Sucede que, se se admite este “direito de errar”, em quê consistiria a irrazoabilidade manifesta autorizadora da anulação judicial no controle judicial operado sob este modelo? Ao longo dos 30 anos em que ele teve

tação literal da Convenção, integrando aspectos da intenção dos seus elaboradores, para sustentar que não havia na Convenção a intenção de declarar que o tráfico de drogas fosse contrário aos propósitos e princípios das Nações Unidas. O dissenso, por sua vez, entendeu que a decisão da autoridade administrativa era correta, por ser compatível com outros múltiplos instrumentos e declarações das Nações Unidas contrários à comercialização de drogas (cf. *Pushpanathan versus Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 SCR 982).

De um modo geral, parece correta a interpretação de Sheila Wildeman, para quem o exame da aplicação concreta do modelo de correção revela tensões entre um enfoque positivista (embasado no texto e, às vezes, na intenção dos seus elaboradores) e um enfoque mais normativo, que propõe uma interpretação legislativa mais à luz de avaliações sociais ou políticas que lhe são pano de fundo (“A fine romance? The modern standards of review in theory and practice”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 243).

123. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

124. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 236: “The interpretation of S. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board. In that case, not only would the Board not be required to be ‘correct’ in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause in S. 101”. Em dissenso no caso *Dunsmuir*, o Ministro Binnie reconhece ser usual que se faça referência a um “direito de errar” no caso de análise de razoabilidade. Afirma que esta expressão pode ter uma função retórica importante, mas seus termos refletem uma concepção muito centrada no Poder Judiciário: ora, uma discordância entre juiz e administrador não significa, necessariamente, que o administrador está errado. De modo que mais correto pareceria afirmar que o administrador em alguns casos tem a última palavra, ou que tem direito a discordar do juiz, ou que tem direito a ter sua visão discordante prevalecer (*Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 122).

vigência a Suprema Corte deu inúmeras respostas a esta questão – e elas nem sempre foram rigorosamente compatíveis umas com as outras. Já na própria decisão de *CUPE*, em passagem clássica, a Corte buscou responder a esta pergunta de forma indireta, explicando qual deveria ser a questão enfrentada pelo Poder Judiciário quando aplicasse este modelo de controle: “A autoridade administrativa interpretou de tal forma incorretamente as provisões legislativas, de modo a embarcar numa investigação ou responder a uma pergunta não direcionada a ela? Dito de outro modo, a interpretação da autoridade foi tão claramente irrazoável, que não poderia ser racionalmente suportada pela legislação pertinente, e requer a intervenção do tribunal ao proceder ao seu controle?”¹²⁵ A tentativa de clarificar o conteúdo do modelo de controle é totalmente frustrada. Primeiro, porque as formulações acima não aportam nenhuma precisão significativa à mera denominação do modelo. Segundo, porque as duas questões, apresentadas como semelhantes (note-se a locução “dito de outro modo”), na verdade, não se equivalem. A primeira questão sugere que uma decisão administrativa seria claramente irrazoável quando a autoridade embarcasse em “investigação ou pergunta equivocada” (algo que, além de bastante impreciso, parece pouco reconduzível à ideia de “irrazoabilidade manifesta”). A segunda questão, por sua vez, sugere que uma decisão administrativa seria claramente irrazoável quando ela fosse “tão irrazoável, que não pode ser suportada racionalmente pela legislação”. A circularidade do raciocínio é evidente – e o esclarecimento da Suprema Corte é nenhum.

Nos anos seguintes a Suprema Corte ofereceu orientações um pouco mais úteis – embora ainda confusas. Via de regra, as definições da irrazoabilidade manifesta buscavam colher uma destas duas características: (i) a magnitude do defeito; (ii) a facilidade de identificar o defeito (sua “obviedade”). O problema é que em algumas decisões a Suprema Corte desautorizou cada uma destas construções, e em outras mesclou ambas. Assim, por exemplo, em *Ryan* veem-se as duas concepções. Num mesmo trecho a decisão manifestamente irrazoável é caracterizada como aquela que é “tão viciada, que nenhuma quantidade de deferência judicial poderia justificar sua preservação”, e também como aquela cujo vício “pode ser explicado simples e facilmente, não deixando qualquer possibilidade de dúvida de que a decisão é defeituosa”.¹²⁶ Já, em *Voice Construction* a Suprema Corte se associa à

125. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227, para. 237.

126. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 52: “In *Southam* (...), the Court described the difference between an unreasonable

primeira categoria, ao sugerir que uma decisão manifestamente irrazoável é aquela cujo “resultado quase beira o absurdo”.¹²⁷

2.1.2.1.1.3 *O modelo de razoabilidade simples* (reasonableness simplifier): O modelo de razoabilidade *simples* (tal como era inicialmente conhecido) foi criado em 1997, na decisão de *Southam*. A Corte entendera que os dois modelos extremos de irrazoabilidade manifesta e de correção não eram suficientes, e criou este modelo intermediário. O modelo seria utilizável quando – como aconteceu na própria decisão em *Southam* – alguns fatores do teste pragmático e funcional apontassem em um sentido (por exemplo, controle deferente) e outros fatores apontassem em outro.¹²⁸

Ainda em *Southam* a Suprema Corte explica quais decisões devem ser anuladas sob o modelo de controle de razoabilidade. São aquelas que não são “supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination”.¹²⁹ Em *Ryan* (2003) a Suprema Corte explica que, quando estiver decidindo se uma decisão é razoável ou não, a Corte não deve perguntar-se qual é a decisão correta e aplicar uma margem de erro. Deve aplicar

decision and a patently unreasonable one as rooted ‘in the immediacy or obviousness of the defect’. Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as ‘clearly irrational’ or ‘evidently not in accordance with reason’ (...). A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand”.

127. *Voice Construction Ltd. versus Construction and General Workers Union, Local 92*, [2004] 1 SCR 609, para. 18. A este ponto, em 2004, quando as dificuldades de aplicação do modelo de irrazoabilidade manifesta já eram mais do que evidentes, esta tentativa de conceber uma nova definição foi criticada pelo Ministro LeBel: “With respect, adding yet another definition of patent unreasonableness would not make its application any easier nor its conceptual validity more obvious” (*Voice Construction Ltd. versus Construction and General Workers Union, Local 92*, [2004] 1 SCR 609, para. 40).

128. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 54. A mesma constatação sobre a contrariedade das indicações advindas do teste analítico e funcional já houvera sido feita em *Pezim*. Aliás, é interessante observar que em *Southam* a Corte aplicou “retrospectivamente” o modelo de razoabilidade a *Pezim* (v.: *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 58; *Pezim versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 68).

129. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 56: “An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination”.

diretamente a análise da razoabilidade.¹³⁰ A Suprema Corte esclarece, ainda, que não é necessário que “todos os pontos da decisão sejam razoáveis: é suficiente uma razoabilidade geral, da decisão tomada como um todo”.¹³¹

A rigor, questões de quase todas as naturezas (excluindo-se as questões constitucionais e as questões jurisdicionais e, talvez, as questões mais genéricas de direito) podiam ser submetidas a um controle de razoabilidade. O que era realmente relevante é que alguns dos fatores do teste pragmático e funcional apontassem no sentido da deferência e outros apontassem no sentido do controle intenso. Tipicamente, no entanto, é possível dizer que as questões mistas de fato e de direito se submetiam a este tipo de controle.

2.1.2.1.2 As críticas à insustentabilidade das distinções – Na prática, a aplicação dos diferentes modelos implicava dificuldades significativas. Em especial, os tribunais acusavam a dificuldade de distinguir os modelos de razoabilidade simples e irrazoabilidade manifesta.¹³² A circunstância deu ensejo a uma multiplicidade de artigos doutrinários que denunciavam a “con-

130. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 50: “When deciding whether an administrative action was unreasonable, a court should not at any point ask itself what the correct decision would have been. Applying the standard of reasonableness gives effect to the legislative intention that a specialized body will have the primary responsibility of deciding the issue according to its own process and for its own reasons. The standard of reasonableness does not imply that a decision-maker is merely afforded a ‘margin of error’ around what the court believes is the correct result”.

131. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 56.

132. Em pesquisa empírica perante os tribunais inferiores canadenses, William Lahey e Diana Ginn reportam a confusão que os tribunais inferiores faziam entre os dois modelos de razoabilidade. Afirmam que eles não eram diferenciáveis facilmente e que o refinamento pretendido pela Suprema Corte era praticamente ignorado: “One of the areas that is most uncertain in the new substantive review doctrine is the exact nature of the difference between review for patent unreasonableness and review for unreasonableness *simpliciter*. (...) In contrast to this almost exquisite level of doctrinal refinement and precision, we found that the lower courts frequently apply the various standards of review with little or no commentary on their understanding of what the different standards of review mean. Even where there was some discussion of this, it often took a fairly standardized form. (...). Indeed, we found that it was not uncommon for courts to use the language of reasonableness when applying the test of patent unreasonableness, suggesting that the court could have accomplished the same level of scrutiny through a reasonableness analysis. (...). While some blurring between patent unreasonableness and unreasonableness was common, several courts also suggested that, in certain contexts, there may be room for deference even within the correctness standard” (“After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), 25 *Dal. L. J.* 274, 314-316).

“fusão epistemológica” entre os dois modelos de razoabilidade e criticavam suas bases conceituais, que não teriam sido definidas com suficiente clareza pela Suprema Corte.¹³³ A irresignação doutrinária terminou culminando em uma primeira manifestação da Suprema Corte. Em voto separado mas concordante no caso *Toronto (City)*, o Ministro LeBel procede a um longo manifesto crítico contra o sistema de controle judicial da administração existente desde *Southam*, com três modelos diferentes de controle. A argumentação do Ministro ocupa mais de 20 laudas do julgamento. Ele observa que, historicamente, a diferenciação entre os dois modelos de razoabilidade baseou-se em dois critérios: (i) a magnitude do defeito; (ii) a facilidade de identificar o defeito (sua “obviedade”). O problema é que nenhum dos dois critérios se sustenta.¹³⁴

2.1.2.1.2.1 A fragilidade do critério da magnitude do defeito: Uma primeira dificuldade com o critério da magnitude do defeito na exposição do Ministro LeBel tem origem teórica. Com recurso a um artigo do Professor David Mullan, LeBel sustenta a impossibilidade de se conceber “graus de irrazoabilidade” (ou “irracionalidade”, na expressão usada por Mullan). De acordo com este professor, a irracionalidade não admitiria uma gradação: ou uma decisão é razoável, ou não é. A razoabilidade seria, pois, binária, pelo quê não caberia falar de uma irrazoabilidade manifesta – ao menos não no sentido de uma irrazoabilidade *excessiva*.¹³⁵

133. V., por exemplo: David J. Mullan, “Recent developments in standard of review,” in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: a Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (October 20, 2000), p. 26; Jeff G. Gowan, *The Standard of Review: the Common Sense Evolution?* (2003) (paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association), January 21, 2003, p. 28; Frank A. V. Falzon, “Standard of review on judicial review or appeal,” in *Administrative Justice Review Background Papers: Background Papers Prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia*, June 2002, pp. 32-33.

134. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 103: “Because patent unreasonableness and reasonableness simpliciter are both rooted in this guiding principle, it has been difficult to frame the standards as analytically, rather than merely semantically, distinct. The efforts to sustain a workable distinction between them have taken, in the main, two forms, which mirror the two definitional strands of patent unreasonableness that I identified above. One of these forms distinguishes between patent unreasonableness and reasonableness simpliciter on the basis of the relative magnitude of the defect. The other looks to the ‘immediacy or obviousness’ of the defect, and thus the relative invasiveness of the review necessary to find it. Both approaches raise their own problems”.

135. David J. Mullan, “Recent developments in standard of review,” cit., in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: a Practical Guide*

Apesar da eloquência de Mullan, sua observação não parece totalmente procedente. Ao menos do ponto de vista teórico não parece haver dúvida de que um raciocínio ou uma decisão pode, sim, ser “mais irrazoável” do que outros. Algumas irrazoabilidades beiram o absurdo – na acepção, por exemplo, de que não seriam admitidas por nenhum cidadão com capacidade mental adequada (ou, talvez, por muito poucos deles). Outros raciocínios e concepções, apesar de destituídos de base racional, ainda assim chegam a convencer um grupo muito maior de cidadãos. O fato de que as duas coisas sejam, eventualmente, dificilmente distinguíveis *na prática* não implica que elas sejam indissociáveis também *em teoria*.

Ultrapassada esta dificuldade teórica, no entanto, outra mais séria se coloca. Aceitar que a “irrazoabilidade manifesta” se caracteriza pela *magnitude do defeito ou da irrazoabilidade* implica que o controle judicial operado sobre este modelo deixará passar decisões (meramente) irrazoáveis – elas deverão ser mantidas intactas simplesmente porque não são *tão absurdas assim*. Como ressalta o Ministro LeBel, esta ideia vai de encontro: (i) ao Estado de Direito; (ii) à presumida vontade do legislador; (iii) e, mesmo, à ideia fundamental da deferência, que é permitir ao administrador, comparativamente mais bem aparelhado, escolher entre duas ou mais opções *igualmente razoáveis*.¹³⁶

2.1.2.1.2.2 A fragilidade do critério da obviedade do defeito: Este problema acima poderia ser superado através do abandono do critério da magnitude do defeito e da adoção do critério da *facilidade de identificação do defeito* (ou sua “obviedade”). Então, a “irrazoabilidade manifesta” não seria mais caracterizada por um defeito maior, mas apenas um defeito mais *evidente, aparente, óbvio*, um defeito cuja identificação prescindiria de análises longas e profundas. A vantagem deste critério é sua abordagem procedimental – e não substancial, como no critério da magnitude do defeito.

for Administrative Law Practitioners, pp. 24-25: “Admittedly in his judgment in PSAC, Cory J. did attach the epithet ‘clearly’ to the word ‘irrational’ in delineating a particular species of patent unreasonableness. However, I would be most surprised if, in so doing, he was using the term ‘clearly’ for other than rhetorical effect. Indeed, I want to suggest (...) that to maintain a position that it is only the ‘clearly irrational’ that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality simpliciter will not is to make a nonsense of the law. Attaching the adjective ‘clearly’ to irrational is surely a tautology. Like ‘uniqueness’, irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality. In other words, I defy any judge or lawyer to provide a concrete example of the difference between the merely irrational and the clearly irrational!”.

136. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 109, 125, 132 e 133.

Sua adoção implica não mais em deixar passar decisões *nem tão irrazoáveis*, mas apenas decisões que *à primeira vista* ou *numa análise superficial* não pareçam irrazoáveis.

Este critério, no entanto, possui dificuldades próprias. A principal delas, de ordem prática, consiste em saber “quão invasiva” é determinada análise concreta. Como afirma David Elliott, a distinção entre análises “medianamente” invasiva e “profundamente” invasiva é bastante tênue – especialmente para servir de critério a partir do qual os tribunais devem diferenciar entre modelos de controle judicial.¹³⁷

Talvez por isso, embora tenha “flertado” com este critério em alguns de seus julgados, a Suprema Corte jamais o adotou de forma convicta.¹³⁸ Em primeiro lugar, como observa o próprio Ministro LeBel, em alguns casos em que aplica a irrazoabilidade manifesta, ainda que de forma incontrastada, a Suprema Corte parece promover uma análise bastante detalhada e duvidosamente deferencial à administração pública.¹³⁹ Em segundo lugar, em alguns casos em que sugeriu o critério da obviedade a Suprema Corte o fez de forma ambígua ou, mesmo, contraditória. Assim, no caso *Southam* a

137. David W. Elliott, “Suresh and the common borders of administrative law: time for the tailor?” (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469, p. 486.

138. Guy Régimbault acrescenta que a prática do controle judicial operado sob o modelo de irrazoabilidade seria incoerente, na medida em que registra casos de forte dissenso entre os magistrados. Ele dá o exemplo do caso *CUPE versus Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 SCR 539, em que uma maioria formada por seis ministros identificou a irrazoabilidade manifesta, enquanto três outros ministros afirmaram que ela seria inexistente. Na opinião deste professor canadense, tratando-se a irrazoabilidade manifesta de uma irrazoabilidade “óbvia”, ela seria incompatível com dissensos tão significativos. A própria discordância de três ministros, por exemplo, seria prova irrefutável de que a irrazoabilidade não fora assim tão “manifesta” (cf. seu *Canadian Administrative Law*, cit., p. 423). Apesar de interessante, não nos parece que o argumento proceda. Note-se que os três ministros do dissenso neste caso paradigmático não necessariamente entendiam que a decisão contestada era *correta*, mas apenas que não era manifestamente irrazoável. Quer dizer: a discordância deles poderia ser apenas relativa à magnitude ou obviedade da irrazoabilidade. Esta observação reduz a estranheza causada pelo dissenso. Para que um defeito seja óbvio, ou de ampla magnitude, não é necessário que ele seja unânime.

139. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 97-98. O Ministro LeBel fez referência aos casos *Canada Safeway Ltd. versus R.W.D.S.U., Local 454*, [1998] 1 SCR 1079, e *W. W. Lester (1978) Ltd. versus U.A., Local 740*, [1990] 3 SCR 644, e a dois artigos doutrinários que questionam a invasividade da análise da Suprema Corte neles: Lorne Sossin, “Developments in administrative law: the 1997-1998 and 1998-1999 terms” (2000), 11 *S. C. L. R.* (2d) 37; Ian Holloway, “‘A sacred right’: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), 22 *Man. L. J.* 28.

Corte afirma que, “se o defeito é aparente diante das razões da autoridade administrativa, então, sua decisão é manifestamente irrazoável. Mas, se é necessário esforço significativo para encontrar o defeito, então, a decisão é irrazoável, mas não manifestamente irrazoável”.¹⁴⁰ Logo em seguida, no entanto, admite (contraditoriamente) que a identificação da irrazoabilidade manifesta pode exigir o exame dos autos e, nos casos difíceis, até uma “grande quantidade de leitura e de reflexão (...) para compreender as dimensões do problema”.¹⁴¹

A discussão a propósito de quão detalhada e invasiva deveria ser a análise da Corte para a identificação de uma irrazoabilidade manifesta também marcou o caso *National Corn Growers*.¹⁴² A maioria entendeu que embora em alguns casos a irrazoabilidade manifesta possa ser aparente sem detalhado exame dos autos, em outros, uma irrazoabilidade igualmente manifesta só poderá ser identificada após uma análise profunda dos autos.¹⁴³ A maioria

140. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 57: “The difference between ‘unreasonable’ and ‘patently unreasonable’ lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal’s reasons, then the tribunal’s decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable”.

141. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 57: “This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem”.

142. *National Corn Growers Association versus Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 SCR 1324. O *Canadian Import Tribunal* realizou inquérito a propósito da importação de grãos de milho pelos Estados Unidos ou de lá exportados. A maioria dos membros desta autoridade administrativa convenceu-se de que a queda vertiginosa do preço internacional dos grãos decorria das políticas regulatórias norte-americanas. A autoridade concluiu que os subsídios aplicados para estes grãos importados para o Canadá “estava causando e provavelmente causaria” prejuízo material para os produtores canadenses, pelo quê eram cabíveis medidas compensatórias (countervailing duty), de acordo com o art. 42 do *Special Import Measures Act*. Ao interpretar este dispositivo, a autoridade levou em consideração os termos do Código de Subsídios do GATT, e adotou uma interpretação extensiva da legislação canadense, atentando, na determinação do prejuízo material, não apenas para as importações reais, mas também para o prejuízo às importações eventualmente decorrente da ausência de uma resposta pelos produtores canadenses. Houve recurso desta decisão para a Corte Federal de Apelação, mas o recurso foi improvido, por não ter sido identificada “irrazoabilidade manifesta”. A Suprema Corte manteve esta decisão.

143. *National Corn Growers Association versus Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 SCR 1324, para. 41: “In some cases, the unreasonableness of a decision

sustentou, ainda, que este foi o caso em *CUPE*, em que se procedeu a uma longa análise de diversas possíveis interpretações do dispositivo de lei para demonstrar que todas eram igualmente razoáveis. E em outra passagem chega-se mesmo a questionar como seria possível identificar a irrazoabilidade sem uma análise detalhada.¹⁴⁴

Em voto separado, o Ministro Wilson, que concordava com o resultado final do julgamento (no sentido de que não houvera irrazoabilidade manifesta), discordou fortemente da análise procedida pela maioria, que, segundo ele, fora muito intensa e detalhada para os parâmetros do modelo de controle de manifesta irrazoabilidade. É mesmo curioso prosseguir no voto do Ministro Wilson para observar que, após utilizar diversas laudas para defender a autorrestrição judicial em casos de controle de decisões de autoridades administrativas, ele se contenta com apenas *um parágrafo* para concluir que a decisão administrativa não foi manifestamente irrazoável.

2.1.2.1.2.3 A profecia do Ministro LeBel sobre a proximidade da reforma: Em resumo, do relato acima tem-se que são insustentáveis os dois critérios principais por meio dos quais a Suprema Corte buscou distinguir no Canadá entre os dois modelos deferenciais de controle judicial. De um lado, o critério da magnitude do defeito possui *dificuldades teóricas* insuperáveis. De outro, o critério da obviedade do defeito envolve complexidades práticas significativas, não tendo jamais sido encampado pela Corte de forma convicta.

Numa passagem curiosa do seu manifesto no caso *Toronto (City)* o Ministro LeBel admite que o sistema com três modelos criado em 1997 possuía algumas vantagens. Entretanto – pondera –, a experiência teria demonstrado que seus inconvenientes superam tais vantagens.¹⁴⁵ O longo

may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis. Such was the case in the *CUPE* decision where it was found that the Board's interpretation of the legislation at issue was reasonable even though it was not the only reasonable one. Similarly, understanding of the issues raised by the appellants herein as to the reasonableness of the Tribunal's decision requires some analysis of the relevant legislation and the way in which the Tribunal has interpreted and applied it to the facts".

144. *National Corn Growers Association versus Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 SCR 1324, para. 70.

145. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 126: "I acknowledge that there are certain advantages to the framework to which this Court has adhered since its adoption in *Southam*, *supra*, of a third standard of review. The inclusion of an intermediate standard does appear to provide reviewing courts with an enhanced ability to tailor the degree of deference to the particular

manifesto termina com uma previsão de que o sistema seria brevemente reformado. A profecia provou-se fundada cinco anos depois, no julgamento do caso *Dunsmuir*.¹⁴⁶

2.1.2.2 O abandono do sistema trinário com a fusão dos modelos de razoabilidade

Quatro anos após o manifesto do Ministro LeBel, a Suprema Corte deu um primeiro e hesitante passo para fundir os modelos de razoabilidade (item 2.1.2.2.1). A fusão definitiva só se deu no ano seguinte, no julgamento do caso *Dunsmuir* (item 2.1.2.2.2).

2.1.2.2.1 Um primeiro e hesitante passo: a “razoabilidade demonstrável” – Na esteira das longas considerações do Ministro LeBel no caso *Toronto (City)*, a Suprema Corte volta a demonstrar sua inquietude em relação ao sistema com três modelos de controle no caso *Council of Canadians with Disabilities*, em 2007. Em um parágrafo, “de passagem”, a maioria faz referência a um modelo unificador dos tipos deferenciais de controle, denominando-o “razoabilidade demonstrável”.¹⁴⁷ A passagem foi repreendi-

situation. In my view, however, the lesson to be drawn from our experience since then is that those advantages appear to be outweighed by the current framework’s drawbacks, which include the conceptual and practical difficulties that flow from the overlap between patent unreasonableness and reasonableness simpliciter, and the difficulty caused at times by the interplay between patent unreasonableness and correctness”.

146. *Toronto (City) versus CUPE, Local 79*, [2003] 3 SCR 77, para. 134: “Administrative law has developed considerably over the last 25 years since *CUPE versus New Brunswick Liquor Corp.* This evolution, which reflects a strong sense of deference to administrative decision-makers and an acknowledgment of the importance of their role, has given rise to some problems or concerns. It remains to be seen, in an appropriate case, what should be the solution to these difficulties. Should courts move to a two standard system of judicial review, correctness and a revised unified standard of reasonableness? Should we attempt to more clearly define the nature and scope of each standard or rethink their relationship and application? This is perhaps some of the work which lies ahead for courts, building on the developments of recent years as well as on the legal tradition which created the framework of the present law of judicial review”.

147. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650, para. 102: “I appreciate that it is a conceptual challenge to delineate the difference in degrees of deference between what is patently unreasonable and what is unreasonable. Both, it seems to me, speak to whether a tribunal’s decision is demonstrably unreasonable, that is, such a marked departure from what is rational, as to be unsustainable”.

da pela minoria, que criticou a introdução de um “novo termo em uma área do Direito já complexa”. Mas deixou claro que, “em um caso apropriado, (...) a Corte poderá proceder à revisão dos modelos de razoabilidade e de irrazoabilidade manifesta”.¹⁴⁸

2.1.2.2.2 O caso Dunsmuir e a fusão dos modelos deferenciais de controle – Depois das muitas críticas doutrinárias, da incerteza manifesta na jurisprudência das cortes inferiores, do longo manifesto do Ministro LeBel no caso *Toronto (City)* e da referência descompromissada a um modelo unificador “razoabilidade demonstrável”, a Corte, finalmente, conclui, no caso *Dunsmuir*, que chegara o momento de reavaliar o enfoque canadense sobre o controle judicial das autoridades administrativas, desenvolvendo um esquema “mais coerente e prático”.¹⁴⁹ Em resumo: a Corte promove em *Dunsmuir* duas reformas fundamentais: uma referente ao teste aplicado para a definição do modelo de controle aplicável; outra referente ao número de modelos de controle disponíveis.¹⁵⁰ A primeira destas reformas já foi tratada no Capítulo I da Segunda Parte. É a segunda delas que interessa particularmente a este capítulo.

A Corte, então, retoma algumas observações que já haviam sido feitas no manifesto do Ministro LeBel em *Toronto (City)*: (i) a dificuldade de diferenciar os dois modelos de razoabilidade; (ii) o fato de que esta duplicidade sugere que se possa deixar passar decisões irrazoáveis, mas não manifestamente irrazoáveis; (iii) a insuficiência dos critérios de magnitude ou obviedade do defeito; etc.¹⁵¹ Afirmando que a eventual eliminação do modelo de razoabilidade seria regredir nos avanços trazidos por *Southam*,

148. *Council of Canadians with Disabilities versus VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 SCR 650, para. 279: “We must respectfully express reservations about introducing another term to an already complex area of the law which can only lead to ambiguity. We agree with the majority that it is difficult to determine the degrees of differences as between what is unreasonable and what is patently unreasonable. In an appropriate case, of which this is not one, the Court may engage in a review of the standards of unreasonableness and patent unreasonableness. Until that occurs, we do not see the need to add to the lexicon of standard of review terminology”.

149. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 32: “Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable”.

150. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 34.

151. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 39-41.

a Corte, então, funde os dois modelos de razoabilidade num só. O sistema passa a ter dois modelos: razoabilidade e correção.¹⁵²

* * *

Os relatos dos casos americano e canadense demonstram que a adoção de um sistema trinário é causa de instabilidade e incertezas. Os relatos levam a concluir como o Ministro LeBel, da Suprema Corte canadense: embora os sistemas trinários de fato ofereçam maior adaptabilidade do controle judicial às particularidades e complexidades da administração pública, suas desvantagens superam suas vantagens.

Os sistemas assumem composturas diferentes nas duas jurisdições, mas os resultados em termos de imprevisibilidade e insegurança jurídica os aproximam. No Canadá a trinariedade visa explicitamente a oferecer opções de controle de intensidade *graduais*. Assim, após uma ponderação contextualizada de diversos aspectos da decisão controlada, tem o juiz uma paleta mais completa para adequar a eles sua intervenção. Nos Estados Unidos a diferenciação parece ter origem na compreensão de modelos distintos aplicáveis a ações administrativas de naturezas distintas. Assim, não há já nos nomes do modelo uma gradação de intensidade tão evidente como ocorre no sistema canadense. As denominações dos modelos americanos parecem levar em conta o grau de formalidade do procedimento que antecede a decisão. A despeito destas diferenças teóricas iniciais, em ambos os sistemas verifica-se a mesma situação de incerteza a propósito da real diferença entre modelos de controle supostamente distintos.

Tanto nos Estados Unidos como no Canadá a dificuldade principal parece ser a diferenciação entre os modelos deferentes de controle judicial. Não é problemática a dissociação entre o modelo de correção e um ou outro modelo de controle deferente. Mas não parece possível fornecer um critério adequado para apartar as nuances entre dois modelos *distintamente* deferenciais. Estas dificuldades conduzem à já mencionada ponderação de um

152. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 44: “Though we are of the view that the three-standard model is too difficult to apply to justify its retention, now, several years after Southam, we believe that it would be a step backwards to simply remove the reasonableness simpliciter standard and revert to pre-Southam law. As we see it, the problems that Southam attempted to remedy with the introduction of the intermediate standard are best addressed not by three standards of review, but by two standards, defined appropriately (...). We therefore conclude that the two variants of reasonableness review should be collapsed into a single form of ‘reasonableness’ review. The result is a system of judicial review comprising two standards – correctness and reasonableness”.

dos membros da Corte americana do 7º Circuito: “As limitações cognitivas que os juízes compartilham com os meros mortais podem constituir um obstáculo insuperável a que se proceda a distinções mais refinadas do que aquela entre um controle pleno contra um controle deferencial”.¹⁵³ Com esta ressalva se pode passar à análise dos sistemas binários.

2.2 *Os sistemas binários: simplicidade e estabilidade*

Finalmente, pode-se analisar o mais simples dos sistemas de controle judicial: aquele composto por apenas dois modelos de controle. No formato clássico, ele inclui simplesmente um modelo de controle deferente e um modelo de controle não deferente. Mas há também formatos binários menos óbvios, envolvendo, por exemplo, modelos “ultradeferentes”.

O sistema binário já foi adotado em todas as jurisdições estudadas, ainda que por apenas um período e em algum âmbito da atividade administrativa. A experiência prática parece demonstrar o sucesso e a estabilidade destes sistemas, cuja grande vantagem consiste precisamente na sua simplicidade. Esta característica se traduz numa fácil compreensão do seu funcionamento pelos tribunais. Disto resulta uma redução das discussões relativas (i) a qual modelo de controle aplicar e (ii) àquilo em que consiste na prática o controle aplicado sobre dado modelo. Como resultado, há um deslocamento do foco para a questão substancial do controle, consistente na avaliação da licitude da ação administrativa.

A desvantagem teórica dos sistemas binários estaria na sua pouca adaptabilidade à complexidade da administração pública. Confirmando-se este problema, seria de se esperar que as jurisdições tivessem dificuldade de enquadrar algumas decisões administrativas neste esquema binário. Em suma: seria de se esperar uma *instabilidade* deste sistema semelhante à que foi relatada no Capítulo I da Segunda Parte em relação aos procedimentos simplificados, mediante uso de categorias formais, para a determinação da intensidade do controle judicial. O exame dos casos concretos das jurisdições estudadas desautoriza esta preocupação. Em duas jurisdições a binariedade é permanente e estável, nelas não se registrando dificuldades significativas (item 2.2.1). Em outras duas o abandono da binariedade deveu-se mais a uma antecipação destes problemas teoricamente concebíveis do que à superação de dificuldades concretamente verificadas (item 2.2.2).

153. *School District of Wisconsin Dells versus Z. S. Littegorge*, 295 F.3d 671 (7th. Cir. 2002).

2.2.1 *A estabilidade histórica da binariedade: os casos de França e Itália*

Nos direitos administrativos francês e italiano a binariedade é permanente, e jamais deu lugar a um sistema trinário ou a um espectro de modelos de controle, como foi o caso nos Estados Unidos e no Canadá. A binariedade italiana é bastante clara, e não foi abalada nem mesmo nos períodos em que a jurisdição administrativa “flertou” com os conceitos de “discrecionalidade técnica” e “avaliações técnicas complexas”, que ameaçaram a dualidade do procedimento de definição do modelo de controle (item 2.2.1.1). Na França há quem entenda que a promoção de um juízo de proporcionalidade pelos tribunais administrativos daria lugar a um terceiro modelo de controle; mas esta posição não se sustenta (item 2.2.1.2). O que é mais relevante: o histórico jurisprudencial de França e Itália não registra problemas decorrentes de uma suposta simplicidade excessiva da binariedade. Em nenhum dos dois Países se verificaram sugestões constantes e relevantes em prol de um aumento da complexidade do sistema. É dizer: os problemas que se verificaram em relação à dualidade do procedimento de definição da intensidade do controle (nos EUA e no Canadá, mas também na França e na Itália) não se reproduziram no que concerne à compostura do sistema e ao número de modelos que o compõem.

2.2.1.1 A binariedade clássica no Direito Italiano

No Direito Italiano, atualmente e tradicionalmente, são apenas dois os modelos de intensidade do controle judicial.¹⁵⁴ Há um modelo não deferente normalmente aplicável aos atos administrativos vinculados, e um modelo deferente normalmente aplicável aos atos administrativos discricionários.¹⁵⁵

154. Para uma crítica à diáde italiana, v. Antonio Romano Tassone, “Sulle vicende del concetto di ‘merito’”, *Diritto Amministrativo* 3/517-556, 2008.

155. Note-se que, pelas razões expostas na “Introdução”, este capítulo não considera como distintos (no que se refere à *intensidade* do controle) o chamado “controle de mérito” (*giurisdizione o sindacato di merito*) e o tipo de controle de legitimidade normalmente aplicado aos atos administrativos vinculados. Em ambos os casos a operação cognitiva realizada pelos tribunais (e, portanto, a intensidade do controle) é a mesma: consiste numa análise autônoma da questão jurídica (ou, visto sob outro ângulo, numa análise da *correção* da decisão adotada pela administração). A diferença entre eles reside apenas nos poderes finais de estatuição detidos pelos tribunais – que só podem substituir a decisão administrativa no caso de jurisdição de mérito. A jurisdição de mérito só é permitida nos casos extraordinários previstos pela lei. Nela o juiz pode controlar sem limites a escolha da administração, inclusive no caso de atos discricionários. O juiz atua como se fora um superior hierárquico

Estes modelos de controle não recebem um nome específico no Direito Italiano. Fala-se muitas vezes em “controle limitado” e “controle ilimitado”, mas não de forma a denominá-los – mais exatamente para caracterizá-los. No caso do controle aplicável aos atos discricionários fala-se de um controle por “excesso de poder” (*eccesso di potere*). Contudo, esta não é uma denominação voltada a caracterizar a intensidade do controle, mas o fato de que, neste caso, o controle consiste em identificar a violação a normas não escritas.

Os dois modelos italianos poderiam ser comparados aos canadenses. Nos dois casos há um tipo não deferente – que no Canadá é denominado “correção”. Também há um tipo deferente. No Canadá o critério de avaliação usado neste caso é a “razoabilidade” da decisão administrativa. Na Itália o controle deferente é caracterizado por um critério múltiplo, incerto e cumulativo. O critério é incerto porque a formulação utilizada pelos tribunais administrativos varia um pouco de um caso a outro.¹⁵⁶ Ele é cumulativo porque se exige que a decisão administrativa passe por todos os testes (e não apenas um deles) para ser julgada válida. Em geral examinam-se “a logicidade, a congruidade, a coerência e a razoabilidade” da decisão administrativa. Numa formulação interessante, Michele Corradino afirma que este tipo de controle se limita à verificação de “vícios macroscópicos”,¹⁵⁷ talvez para referir a prescindibilidade de análises muito profundas para identificá-los.¹⁵⁸

Como já se afirmou, a binariedade italiana em relação aos modelos de controle é persistente. Ainda durante o período em que a binariedade vincu-

da administração: pode substituir o ato, refazendo as avaliações de oportunidade e conveniência.

156. Assim, por exemplo, para o controle da discricionariedade técnica no período pós-1999 o *Consiglio di Stato* usou diversos critérios, como *illogicità ed irrazionalità dei calcoli effettuati* (Cons. St., Sez. IV, 18.3.1980, n. 270), *potente illogicità* (Cons. St., Sez. IV, 30.11.1992, n. 986), *manifesta arbitrarietà ed illogicità della scelta operata* (Cons. St., Sez. IV, 20.1.1998, n. 106), *congruità e logicità della motivazione* (Cons. St., Sez. IV, 12.12.1992, n. 1055), como critérios da sua avaliação limitada.

157. Michele Corradino, *Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2009, p. 192: “Si riteneva, pertanto, che il giudice potesse guardare all’atto amministrativo espressivo di discrezionalità tecnica solo dall’esterno, attraverso un sindacato estrinseco che non avrebbe comunque mai comportato la ripetizione dell’applicazione della legge scientifica, ma si sarebbe dovuto limitare a cogliere la presenza di eventuali figure sintomatiche dell’eccesso di potere, quali espressioni macroscopiche di erronea o illegittima valutazione”.

158. Já, na formulação de Antonio Romano Tassone o controle por excesso de poder permanece “externamente à escolha discricionária” (“Sulle vicende del concetto di ‘merito’”, cit., *Diritto Amministrativo*, 3/543).

lação-discricionariedade foi posta de lado, para a admissão do que se denominou “avaliações técnicas complexas”, os controles *forte* e *fraco* aos quais a jurisprudência administrativa passou a fazer referência não correspondiam a novos modelos.¹⁵⁹ Apesar das referências denominativas inusuais, estes controles não se distinguiam dos modelos tradicionais. Assim, num primeiro momento o controle fraco correspondia precisamente ao controle aplicado à discricionariedade, utilizando seus mesmos critérios nominais de *logicità*, *coerência* e *razoabilidade*.¹⁶⁰ Num segundo momento, logo antes de ser abandonado, o controle fraco foi, então, assimilado ao controle de legitimidade, pelo quê o controle forte passou a ser assimilado ao controle substitutivo, de mérito.¹⁶¹

Do mesmo modo, a chamada “discricionariedade técnica” jamais se submeteu a um controle diverso destes dois apresentados acima. Até 1999 submetia-se ao controle limitado típico da discricionariedade.¹⁶² A partir de

159. Sobre o período em que a jurisprudência italiana fez referência a avaliações técnicas complexas, submetidas a um “controle fraco”, v., em especial, o Capítulo II da Primeira Parte e o Capítulo I da Segunda Parte. O primeiro caso a mencionar o “controle fraco” foi Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287. Nele o *Consiglio di Stato* afirmou que “il provvedimento deve reputarsi legittimo quando il giudizio tecnico (di applicazione del concetto giuridico indeterminato), anche a prescindere dalla intrinseca e sicura esattezza, è obiettivamente attendibile: ossia quando in una ragionevole percentuale di casi conduce ad un risultato corretto”. Há aqui uma semelhança com o “direito de errar” mencionado no Direito Canadense para as decisões controladas sob o modelo de manifesta irrazoabilidade.

160. V., por exemplo, Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1: “La questione è stata recentemente approfondita dalla stessa IV Sezione, che ha distinto tra ‘un controllo di tipo ‘forte’, che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell’amministrazione’ (...) ed un ‘controllo di tipo ‘debole’ (...) [in cui] (...) le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa”.

161. O abandono das noções de *controle fraco* e *controle forte* deu-se a partir do caso Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3. A partir de então a jurisprudência passou a falar de um controle “particularmente penetrante” e confirmar que os tribunais poderiam “reavaliar as escolhas técnicas” da administração. O único limite à sua estatuição é o poder substitutivo: se entenderem que a decisão é ilícita, devem reenviar o caso para uma nova decisão da autoridade administrativa. Ou seja: trata-se de um controle de legitimidade equivalente àquele que se aplica aos atos vinculados. Adotando esta nova posição, v.: Cons. St., Sez. VI, 20.2.2008, n. 595; Cons. St., Sez. VI, 6.5.2010, n. 2619; Cons. St., Sez. IV, 14.4.2010, n. 2099; Cons. St., Sez. VI, 10.9.2009, n. 5455.

162. Assim também Daria de Pretis, “I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 20.10.1997, n. 1212), *Giornale Dir. Amm.*

então anunciou-se que se passaria a aplicar sobre ela um controle ilimitado, como aquele que incide sobre os atos vinculados.¹⁶³ Em nenhum momento, portanto, contou o Direito Italiano com três ou mais modelos de intensidades distintas.

2.2.1.2 A binariedade controversa no Direito Francês

Na doutrina francesa há alguma controvérsia a propósito do número de modelos de controle que compõem o sistema (item 2.2.1.2.1). Este trabalho adota o entendimento de que eles não são mais do que dois (item 2.2.1.2.2). Como na Itália, a binariedade francesa é consistente e permanente, não tendo sido causa de nenhuma instabilidade (item 2.2.1.2.3).

2.2.1.2.1 A controvérsia relativa ao número de modelos – Numa primeira aproximação, o sistema trinário francês parece, à semelhança do canadense, bastante claro e baseado numa gradação de intensidades. Haveria ali três modelos de controle, cujas denominações não deixariam margem a dúvida: um controle mínimo, um controle normal e um controle máximo. O problema é que não é totalmente evidente que o chamado “controle máximo” constitua de fato um modelo autônomo.

Inicie-se pelo menos polêmico. O Direito Francês certamente consagra um modelo de controle não deferente, em que os tribunais podem anular a decisão administrativa quando ela não corresponda à decisão que eles mesmos teriam adotado no caso concreto. Assim se dá no controle de pleno contencioso, mas também no controle de anulação de tipo “normal” (*contrôle normal du contentieux d’annulation*).¹⁶⁴ Estes dois tipos de controle

4/331, 1998. Inicialmente a jurisprudência aplicava à discricionariedade técnica o mesmo tratamento da discricionariedade pura. As escolhas técnicas estavam isentas da intervenção judicial – considerava-se esta parte o “mérito” da discricionariedade técnica. Assim, promovia-se um controle de razoabilidade e completude, mas não se penetrava diretamente no conhecimento dos fatos complexos. Examinava-se se estavam bem motivados, se não havia contradição interna. V., por exemplo : Cons. St., Sez. IV, 30.11.1992, n. 986; Cons. St., Sez. IV, 12.12.1992, n. 1055; Cons. St., Sez. IV, 20.1.1998, n. 106.

163. A partir da clássica decisão Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601. Sobre o tema, v. principalmente o Capítulo II da Primeira Parte e o Capítulo I da Segunda Parte.

164. O modelo de controle normal está ligado tradicionalmente ao exercício administrativo de competência vinculada. Inclui análise da legalidade externa (competência e forma) e depois da legalidade interna. Nesta fase interna controlam-se os motivos de fatos (erros de fato) e os motivos de direito (erros de direito). Todos os erros sobre a materialidade dos fatos ou qualificação jurídica e todos os erros sobre

diferenciam-se principalmente pelo fato de que exclusivamente no primeiro os tribunais detêm, ainda, o poder de substituir a decisão administrativa, impondo diretamente sua decisão. A intensidade do controle operada nos dois casos, no entanto, é a mesma, e é ilimitada.¹⁶⁵

Ao lado deste modelo não deferente, há também um modelo de controle deferente, sob o qual os tribunais examinam se a administração

a base legal como sobre a aplicação de regras jurídicas provocam a anulação do ato. Finalmente, pode haver anulação por desvio de poder.

165. Em relação aos poderes detidos pelos tribunais – e não à intensidade do controle por eles aplicado – costuma-se falar na França em distintos “ramos do contencioso” (*branches du contentieux*). A classificação clássica é normalmente atribuída a Édouard Laferrière (*Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux* (1ª ed., t. 1, 1887, pp. 15 e ss.), embora alguns autores sustentem que ela tenha real origem nos escritos de d’Aucoc (cf. Mattias Guyomar e Bertrand Seiller, *Contentieux Administratif*, Paris, Dalloz, 2010, p. 76). Trata-se da classificação mais importante, levada em consideração inclusive pelo Conselho de Estado (Tribunal do qual Laferrière foi Vice-Presidente). Os ramos do contencioso seriam quatro: (i) de anulação; (ii) de interpretação e apreciação da legalidade; (iii) de repressão; (iv) de pleno contencioso. Os controles de anulação (ou legalidade) e de pleno contencioso são os mais importantes, e distinguem-se principalmente em função do poder de substituição da decisão administrativa – poder que apenas no pleno contencioso os tribunais detêm. No contencioso de anulação ou de legalidade o requerente pede a anulação de um ato administrativo unilateral (o principal tipo é o recurso *pour excès de pouvoir*) ou de uma decisão jurisdicional (*pourvoi en cassation*). De acordo com Jean Waline, o recurso por excesso de poder serve a duas funções complementares: (i) proteção dos administrados contra a arbitrariedade; (ii) meio de controlar a regularidade das decisões administrativas (*Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2010). Nestas ações o juiz pode apenas anular o ato contestado, não sendo possível sua modificação ou a conferência de uma indenização. Anulada a decisão contestada, deve o juiz reenviar o caso para a autoridade administrativa que a prolatou. Não pode proferir decisão substitutiva da decisão administrativa. Já, no pleno contencioso o requerente pode pedir ao juiz para utilizar todo o conjunto de poderes jurisdicionais, mesmo de condenações pecuniárias. É o ramo característico do contencioso da responsabilidade ou dos contratos administrativos. Além de anular, modificar e reformar a decisão, as Cortes podem, neste tipo de contencioso, promover condenações pecuniárias para a reparação de prejuízos. É que, enquanto no recurso por contencioso de anulação o juiz aprecia somente a legalidade do ato e o anula se ele é ilegal, no pleno contencioso o juiz analisa todos os elementos de direito e de fato, podendo terminar por condenar a administração. O nome “pleno contencioso” (ou “de plena jurisdição”) quer dizer precisamente que o juiz dispõe, nele, da integralidade dos poderes jurisdicionais. O juiz administrativo atuando em plena jurisdição aproxima-se bastante do juiz judiciário. A questão que interessa mais profundamente a este trabalho (relativa à *intensidade* ou *profundidade* da avaliação operada pelo juiz sobre a decisão controlada) tem maior relevância no caso do contencioso de anulação. É que no pleno contencioso a intensidade da avaliação dos tribunais é sempre ilimitada.

cometeu “erro manifesto de apreciação”.¹⁶⁶ Note-se que, ao menos de acordo com o critério nominal, trata-se de um controle deferente (e não “ultradeferente”), na medida em que *erro manifesto* é categoria mais próxima do que no Canadá se denominou “irrazoabilidade *simples*” do que ao que ali se denominou “irrazoabilidade *manifesta*”.¹⁶⁷ A definição mais clássica de *erro manifesto* foi dado pelo Comissário de Governo Guy Braibant no caso *Lambert*: “o erro que não deixa qualquer dúvida para uma pessoa esclarecida”.¹⁶⁸ Na França o controle por erro manifesto de apreciação é normalmente denominado “controle mínimo” (*contrôle minimum du contentieux d’annulation*).¹⁶⁹

Finalmente, alguns autores consideram que se daria um controle “máximo” (*contrôle maximum*) nas hipóteses em que a jurisdição administrativa aplica uma exame relativo à proporcionalidade da medida administrativa¹⁷⁰ ou quando pondera suas vantagens e desvantagens, no chamado *bilan coûts/*

166. Sob este modelo há controle total sobre os aspectos em que não há margem de apreciação: vícios de competência, de forma, erro material sobre fatos, erro de direito, desvio de poder. Na fórmula proposta por Didier Truchet, a diferença entre o controle normal e o controle mínimo é que neste último, ao menos a princípio, não há análise da qualificação jurídica dos fatos (*Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, PUF, 2010, p. 216): “On peut en rendre compte par l’équation suivante: ‘contrôle restreint = contrôle normal - contrôle de la qualification juridique des faits + censure de l’erreur manifeste d’appréciation’”.

167. Neste sentido, Pierre Delvolvé afirma que o erro manifesto é o “dépassement des limites du tolérable, du raisonnable” (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, Paris, LGDJ, 1998, p. 289). O mesmo autor faz referência a outras definições doutrinárias clássicas, como a de Vedel (“l’erreur qui saute aux yeux sans qu’il soit besoin d’être un expert très averti”) ou a de Auby e Drago (“l’erreur évidente, c’est-à-dire grossière, éclatante au point qu’elle soit visible même pour le non-juriste”).

168. Tradução livre para o original no francês: “l’erreur qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé” (Conclusões do Comissário de Governo Guy Braibant no caso CE, 13.11.1970, *Lambert*).

169. O controle mínimo não equivale a controle inexistente. Sob este modelo, se for identificado um “erro manifesto de apreciação”, a decisão administrativa será anulada. V., por exemplo: CE, 3.2.1975, *Min. Intérieur c. Pardov*, GD p. 715; CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, p. 611; CE, 6.2.2004, *Assoc. “La Raison du Plus Faible”*, p. 2; CE, Sect., 10.3.2006, *M. Carre-Pierrat*, RD publ. 2007/605, *crhon*. Guettier. Alguns autores referem-se às hipóteses de controle judicial inexistente como *contrôle infra-minimum* (v., por exemplo: Mattias Guyomar e Bertrand Seiller, *Contentieux Administratif*, cit., p. 81).

170. Este tipo de análise é aplicado, por exemplo, em matéria de liberdades públicas (CE, 9.7.1999, *Association Ekin*), de expulsão de estrangeiros (CE, Ass., 19.4.1991, *Belgacem et Mme Babas*), de recusa de visto de entrada ou permissão de

avantages.¹⁷¹ O raciocínio adotado por estes autores, portanto, conduz (i) à equiparação destes dois juízos (o controle de proporcionalidade e o chamado *contrôle du bilan*); (ii) além da qualificação de ambos como um terceiro modelo de controle (dito *máximo*), supostamente mais intenso e dissociado dos modelos *normal* (não-deferente) e *restrito* (deferente). Esta obra se afasta deste raciocínio, por entender haver nela dois equívocos importantes.

2.2.1.2.2 A orientação adotada: a inexistência de um “controle máximo” – O primeiro equívoco (aquele que é mais relevante para este capítulo) é que nem o *contrôle du bilan* nem o controle de proporcionalidade são *modelos* de controle – ao menos não na acepção que os controles normal e restrito o são.

Os ditos controle normal e controle restrito diferenciam-se na *intensidade* da avaliação da validade jurídica de uma decisão administrativa. Na linguagem própria do Direito Francês diferenciam-se na *intensidade* da avaliação do *bien-fondé* da decisão administrativa. Em relação a eles, o *contrôle du bilan* e o controle de proporcionalidade não inovam na *intensidade* do controle, mas na sua *amplidão*. Há apenas, nestes dois juízos, um controle da *adequação do conteúdo do ato administrativo à sua condição*. Dito de outro modo: estes dois tipos de controle aportam novos *critérios* para a avaliação da validade jurídica de uma decisão administrativa; mas eles nada dizem a propósito da intensidade desta avaliação.¹⁷²

Para que fique bem claro: tanto o *contrôle du bilan* como o controle de proporcionalidade podem (ou poderiam) ser aplicados sob o modelo normal ou sob o modelo restrito. Nestas hipóteses, o *contrôle du bilan* aplicado sob o modelo normal implicaria a anulação da decisão administrativa sempre que suas desvantagens ultrapassassem *minimamente* suas vantagens. Do mesmo modo, o controle de proporcionalidade no modelo normal implicaria a anulação da decisão administrativa sempre que ela fosse *minimamente* desproporcional. Muito diferentes seriam os casos em que estes tipos de

permanência no território francês (CE, Sect., 10.4.1992, *Aykan, Marzini et Minin*, RFDA 1993, p. 541, concl. M. Denis-Linton).

171. O *contrôle du bilan* é normalmente aplicado no caso de declaração de utilidade pública de bens privados, para fins de desapropriação. V., por exemplo: CE, Ass., 28.5.1971, *Min. Équipement versus Fédération de Défense des Personnes Concernées par le Projet Actuellement Dénommée “Ville Nouvelle Est”*; e CE, Ass., 28.3.1997, *Ass. Contre le Projet d’Autoroute Transchablaisienne*, RFDA 1997, p. 739, concl. Denis-Linton. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Primeira Parte.

172. Em sentido semelhante, v. : Pierre Delvolvé, “Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 291.

controle se aplicassem sob o modelo restrito. Isso implicaria que a decisão administrativa *só seria anulada* se fosse *manifestamente* desproporcional ou se suas desvantagens ultrapassassem *largamente (manifestamente)* suas vantagens. Dito de outra forma: tanto o *contrôle du bilan* como o controle de proporcionalidade poderiam ser aplicados de forma *rigorosa* ou *superficial*, a depender de serem utilizados sob o modelo de controle normal ou sob o modelo de controle mínimo.

Este raciocínio não é meramente teórico. Ele tem sido adotado pelo próprio Conselho de Estado, embora isso passe despercebido por parte da doutrina francesa. No caso específico do *contrôle du bilan* a opção de variar sua intensidade ainda não foi exercida pelo Conselho de Estado. Ele tem sido aplicado sempre sob o modelo normal. No caso do controle de proporcionalidade, no entanto, em alguns âmbitos ele tem sido aplicado sob o modelo restrito. Assim, no caso *Touzard*, sob incitação didática do Comissário de Governo Terry Olson,¹⁷³ o Conselho de Estado passou a falar claramente no critério de “desproporcionalidade manifesta”.¹⁷⁴ As sanções administrativas disciplinares seguiriam sendo controladas judicialmente sob o modelo restrito, embora sujeitas a uma avaliação da proporcionalidade. Isso implica que sua anulação se daria apenas nos casos em que fossem *manifestamente* (eis a menção ao modelo de controle restrito) *desproporcionais* (eis a menção à avaliação de proporcionalidade). Não basta uma desproporção qualquer. Este raciocínio explícito do Comissário de Governo e do Conselho de Estado desautoriza a tese de que o controle de proporcionalidade implicaria um novo modelo de controle, o dito controle “máximo”.

O segundo equívoco consiste na equiparação entre o *contrôle du bilan* e o controle de proporcionalidade. Os dois juízos de fato guardam alguma semelhança, por envolverem uma apurada avaliação da correção de uma medida administrativa à luz das (e com atenção particular às) circunstâncias

173. Lê-se nas conclusões do Comissário de Governo Terry Olson no caso CE, Sect., 1.2.2006, Req. 271676, *Touzard*: “Pour que la réalité de votre contrôle soit mieux comprise, nous vous proposons d’abandonner la référence à la notion d’‘erreur’ au profit de celle de ‘disproportion’ tout en conservant, pour les raisons qui ont été indiquées, l’adjectif ‘manifeste’ qui marquerait votre volonté de laisser à l’administration une marge significative d’appréciation d’opportunité dans le contrôle de laquelle vous n’entreriez pas. En énonçant que le choix de telle sanction est ou n’est pas manifestement disproportionnée, la nature de votre contrôle serait mieux comprise (...). Ce n’est donc pas à un bouleversement conceptuel que nous vous invitons, mais à une oeuvre pédagogique, ce qui est certes moins ambitieux mais tout aussi utile”.

174. V., neste sentido : CE, Sect., 1.2.2006, Req. 271676, *Touzard*; CE, 2.9.2009, *Centre Hospitalier Fernand-Langlois*, Req. 310932 ; CE, 12.1.2011, *Mately*, Req. 338461.

específicas do caso concreto. Entretanto, o controle de proporcionalidade é bastante mais modesto em seu escopo – e, por isso mesmo, ele é também bastante menos problemático sob o ponto de vista do risco de uma eventual interferência judicial em juízos políticos das autoridades administrativas.¹⁷⁵

2.2.1.2.3 *A estabilidade da binariedade* – Admitida, portanto, a configuração binária do sistema francês, cumpre adicionar que o histórico

175. Não cabe, aqui, aprofundar as considerações sobre o controle de proporcionalidade (sobre o qual muitas páginas já foram escritas, notadamente na doutrina alemã). Algumas linhas são suficientes para demonstrar sua essência. Trata-se de mecanismo jurídico de proteção de direitos fundamentais. Entende-se que a ação administrativa (e a ação pública em geral) pode *limitar* direitos fundamentais dos cidadãos, mas deve fazê-lo de forma *proporcional*. Assim, por força do princípio da proporcionalidade, nem toda limitação a direitos fundamentais é juridicamente válida; apenas aquela que não seja desproporcional. O que é mais relevante para esta parte do capítulo: o controle de proporcionalidade é uma avaliação feita *em relação a* (ou *em função de*) um direito fundamental específico. No caso do *contrôle du bilan* há uma avaliação *abrangente, global, exaustiva, da conveniência social* de uma medida pública. No caso que deu origem a este tipo de controle o Conselho de Estado foi instado pelo Comissário de Governo Braibant a promover um *balanceamento autônomo* dos interesses públicos conflitantes existentes na declaração de utilidade pública de um projeto que resultara em desapropriações (CE, A, 28.5.1971, *Ville Nouvelle Est*, Req. 78825). Sobre este caso, e para maiores detalhes das conclusões do Comissário de Governo Braibant, v. o Capítulo II da Primeira Parte. O fato é que a avaliação do *bilan* consiste no sopesamento de prós e contras, vantagens e desvantagens, desta declaração. A avaliação incluiria – nas palavras do próprio Comissário de Governo – considerações “ambientais, culturais, sociais” – e a lista não parece ter sido exaustiva. Isto significa que, comparado com o controle de proporcionalidade, o *contrôle du bilan* envolve juízos muito mais amplos e menos *enquadrados*. Trata-se de uma ponderação livre a propósito da conveniência de uma medida. Evidentemente, estas diferenças fazem do *contrôle du bilan* um procedimento judicial muito mais controverso do que o controle de proporcionalidade. Ele abre espaço para que os tribunais refaçam avaliações administrativas de natureza eminentemente política. Este risco é tanto maior precisamente porque os tribunais administrativos têm aplicado este controle apenas sob o modelo normal, não deferente. Como se afirmou acima, nada obstará a que os tribunais administrativos controlassem o balanceamento entre vantagens e desvantagens procedido pela administração, mantendo-o sempre que não fosse identificado um *erro manifesto* – tal como é feito em alguns casos de aplicação do controle de proporcionalidade. De todo modo, se a aplicação do chamado *contrôle du bilan* implica de fato grande risco teórico, é preciso admitir que, na prática, o Conselho de Estado tem sido bastante cauteloso em suas intervenções. A primeira vez que este Tribunal Administrativo anulou um projeto de grande porte com base no *contrôle du bilan* deu-se quase três décadas após a sua criação, em CE, Ass., 28.3.1997, *Ass. Contre le Projet d'Autoroute Transchablaisienne*, RFDA 1997, p. 739, concl. Denis-Linton. O custo da operação foi considerado extremamente elevado para os benefícios que dela decorreriam.

jurisprudencial deste País não registra casos em que os tribunais tenham se ressentido da ausência de um terceiro modelo de controle. A binariedade do sistema francês é estável e sem grandes percalços. Tem acontecido apenas de uma determinada matéria, originariamente submetida a um controle mínimo, passar, com o tempo, a ser submetida a um controle normal. A difusão do controle normal em detrimento do controle mínimo, aliás, é um movimento amplamente reportado pela doutrina.¹⁷⁶

2.2.2 *Os casos de reforma da binariedade por antecipação de problemas*

Ao contrário do que ocorreu na França e na Itália, Estados Unidos e Canadá viveram momentos de reforma dos seus sistemas binários em direção a uma maior complexidade. A tese que aqui se defenderá é a de que este movimento se deu menos em função de reais problemas verificados nestas duas jurisdições e mais em razão de sua antecipação pelos tribunais que capitanearam a reforma.

Os casos americano e canadense já foram extensivamente relatados acima – aqui se farão apenas rápidas rememorações.

2.2.2.1 A reforma americana no domínio das interpretações legislativas

Nos Estados Unidos a existência de um sistema binário é controversa, mas esta era uma das formas de interpretar a doutrina *Chevron*. Seja como for, esta interpretação (ou o sistema binário em si) foi desautorizada pela Suprema Corte no caso *Mead*, em que se adotou um sistema mais complexo, em que se buscava *tailor deference to variety* (item 2.2.2.1.1). O fato é que a incerteza que deu origem à reforma não tinha a ver com a existência de apenas dois modelos de controle, mas, sim, com a binariedade existente no estágio anterior, relativa aos critérios para definição do modelo de controle adequado (item 2.2.2.1.2).

2.2.2.1.1 *A binariedade incerta entre Chevron e Mead* – A depender da interpretação, é possível compreender que também o Direito Americano

176. A doutrina aponta que o “controle mínimo” estaria em franca decadência, sendo cada vez menos aplicado (cf. Didier Truchet, *Droit Administratif*, cit., 3ª ed., p. 217: “Le contrôle minimum régresse-t-il actuellement au profit du contrôle normal? C’est le sentiment que donne la jurisprudence: elle tend à ne plus utiliser le contrôle minimum que lorsque sont en cause, non pas un droit que les normes donnent au citoyen, mais un avantage, une faculté que l’administration n’est pas tenue de lui accorder”).

consagrou um sistema binário de modelos de controle judicial no âmbito específico das interpretações legislativas. A tese já foi exposta acima: isto teria ocorrido com o caso *Chevron*, em que a Suprema Corte instaurara um sistema em que a intensidade do controle judicial variaria de acordo com a precisão das indicações legislativas a propósito da matéria controlada. Nos casos em que a legislação oferecesse solução inequívoca, então, seria de aplicar-se um controle não deferente, semelhante ao modelo de correção canadense: aquela, e apenas aquela, solução seria aceita pelos tribunais; qualquer outra solução implicaria a invalidade da decisão administrativa. Já, nos casos em que a legislação não fornecesse esta solução inequívoca (por ser silente ou ambígua sobre a questão controlada), então, seria aplicável um controle deferente, em que os tribunais se limitariam a avaliar a permissibilidade (ou razoabilidade) da escolha operada pela autoridade administrativa.

O caso *Mead* não apenas elimina esta binariedade eventualmente existente, como instaura algumas dúvidas a propósito de sua existência anterior. Ao afirmar a sobrevida de *Skidmore*, *Mead* estabelece um sistema mais complexo, nos moldes apresentados no item 1 do capítulo. Como também ali se afirmou, há, ainda hoje, a possibilidade de compreender como binário o sistema resultante após *Mead*. Mas esta possibilidade depende da compreensão de equivalência entre as deferências de *Skidmore* e de *Chevron*.

2.2.2.1.2 As razões da reforma: independência da binariedade do sistema – Admita-se, para argumentar, que a reforma aportada pelo caso *Mead* tenha de fato abandonado a binariedade da formulação original de *Chevron*. Ainda assim não parece possível associar esta reforma a quaisquer problemas relativos à binariedade de modelos de controle. A razão que claramente motivou a reforma foi a insuficiência do critério binário (ambiguidade/clareza legislativa) para a definição da intensidade do controle. Foi esta binariedade específica que trouxe problemas. Com efeito, os tribunais foram percebendo que não podiam fiar-se unicamente no critério da ambiguidade/clareza legislativa para definição da intensidade do controle. Também eram relevantes outros aspectos, como os procedimentos que levaram à adoção da interpretação controlada ou a formalidade do instrumento em que esta interpretação foi veiculada. Em tese, nada obstaria a que a reforma tivesse sido operada, portanto, apenas no aspecto dos critérios utilizados para a definição do controle – e não também na quantidade dos modelos existentes.

Se a reforma tivesse sido operada apenas nos critérios para definição da intensidade do controle, ter-se-ia, então, que as interpretações promovidas pelas autoridades administrativas em procedimentos menos formais sim-

plesmente não mereceriam deferência. Esta era a solução que vinha sendo adotada em alguns casos antes de *Mead*, sem que os tribunais tivessem se insurgido contra ela – como se insurgiram contra os critérios binários para definição do modelo de controle.

Disto resulta que a reforma operada pela Suprema Corte também em relação ao número de modelos de controle consistiu numa solução de problemas que ainda não tinham se verificado na prática – e, mesmo, que talvez nunca viessem a se apresentar.

2.2.2.2 O abandono e a retomada da binariedade no Direito Canadense

Em relação à binariedade do sistema de modelos de controle judicial o Direito Canadense registra um histórico curioso. Por quase duas décadas esta jurisdição adotou uma binariedade peculiar, em que o modelo de controle não deferente (*correctness*) era ladeado não por um modelo ordinariamente deferente, mas por um modelo *ultradeferente* (item 2.2.2.2.1). Esta binariedade específica gerou problemas, e levou à reforma, para adoção de um sistema trinário, com a introdução de um modelo de intensidade intermediária (item 2.2.2.2.2). A trinariedade revelou-se problemática e complexa, levando a nova reforma, com a recente adoção de uma *nova e diferente* binariedade, desta vez no estilo clássico, com um modelo deferente e um modelo não deferente (item 2.2.2.2.3). No momento da adoção desta nova binariedade a Suprema Corte fez um tímido *mea-culpa*, em que sugeriu que esta nova binariedade teria já resolvido os problemas anteriores. Ou seja: a ideia é a de que a binariedade, em si, não é problemática: apenas o foi a binariedade específica existente antes de 1997.

2.2.2.2.1 A peculiar binariedade canadense pré-Southam – No Canadá, a partir do julgamento do caso *CUPE*, em 1979, e até o julgamento do caso *Southam*, em 1997, o sistema de controle judicial compunha-se de apenas dois modelos de controle: o modelo não deferente de correção e o modelo *ultradeferente* de irrazoabilidade manifesta.

O modelo de irrazoabilidade manifesta indica a aplicação de um controle judicial *mínimo*, sob o qual apenas manifestações *claramente irrazoáveis* levam à invalidade jurídica da ação administrativa. Em diversas oportunidades a Suprema Corte afirmou que nestas hipóteses a administração pública detém até mesmo o “direito de errar”, desde que tal erro não seja tão evidente.

O sistema composto por dois modelos extremos terminou por sucumbir, por duas razões principais. De um lado, os tribunais ressentiam-se muito frequentemente da ausência de um modelo intermediário, em que não aplicassem um controle de correção mas tampouco fossem obrigados a deferir para decisões *provavelmente irrazoáveis* apenas porque esta irrazoabilidade não era manifesta. De outro, as indicações contraditórias advindas do teste contextualizado (pragmático e funcional) geravam a inadequação da aplicação dos modelos extremos de controle de intensidade máxima ou ínfima.

2.2.2.2.2 A reforma do sistema e a curta passagem trinária – Esta situação levou à criação de um modelo intermediário de “razoabilidade” no caso *Southam*, em 1997. A partir de então o sistema canadense passou a ser trinário. Como já se viu no item acima relativo aos sistemas trinários, esta circunstância gerou problemas muito significativos. Os tribunais tinham dificuldade em distinguir corretamente os dois modelos de razoabilidade; e alguns autores apontavam a inconsistência teórica de um modelo de “manifesta irrazoabilidade”, que permitisse a manutenção de decisões administrativas apenas porque sua irrazoabilidade não era tão acentuada.

2.2.2.2.3 O retorno à binariedade com a reforma de Dunsmuir – Por força destas críticas doutrinárias e incerteza jurisprudencial, a Suprema Corte terminou por reformar novamente o sistema. No caso *Dunsmuir*, em 2008, optou-se por unir os dois modelos deferentes então existentes num único modelo de razoabilidade.

O retorno à binariedade, abandonada havia apenas uma década, poderia ser encarado como uma contradição. Entretanto, a Suprema Corte cuidou de sublinhar as diferenças entre a binariedade anterior (pré-*Southam*) e a atual (pós-*Dunsmuir*). Apenas na anterior o modelo não deferente de controle judicial era acompanhado de um modelo *ultradeficiente*, deixando um óbvio espaço vazio para as decisões merecedoras de uma abordagem meramente deferente. A partir de *Dunsmuir* eliminou-se, assim, o modelo de irrazoabilidade *manifesta*. O sistema canadense de controle judicial é composto por dois modelos: um não deferente (chamado de “modelo de correção”) e um deferente (chamado de “modelo de razoabilidade”). A mensagem parece ser a de que a binariedade em si não é problemática – apenas a binariedade que não contiver um modelo ordinariamente deferente. Neste sentido, afirma-se na decisão de *Dunsmuir* que “os problemas que [a decisão da Suprema Corte no caso] *Southam* tentou remediar com a introdução de um modelo

intermediário é mais bem enfrentado não por três modelos de controle, mas por dois modelos, definidos apropriadamente”.¹⁷⁷

* * *

O histórico jurisprudencial das quatro jurisdições sugere que o sistema binário tende a gerar menos hesitações e dúvidas operacionais se comparado com o sistema trinário ou com a hipótese de consagração de um espectro de modelos de controle. Justamente porque são menos numerosas, as variações de intensidade (deferente/não deferente) são mais bem compreendidas pelos tribunais e pelos administrados, e não há dificuldades substanciais em entender por que uma ou outra é aplicável. A simplicidade do modelo reverte-se, assim, em segurança jurídica e previsibilidade. Além disso, um benefício prático adicional da consagração de um sistema binário é a redução das discussões relativas ao modelo aplicado e a transferência do foco da litigância para a questão efetivamente essencial: os argumentos relativos à validade jurídica da decisão administrativa. Dito de outro modo: o sistema binário elimina discussões formais e procedimentais e reforça a importância dos debates substanciais.

Clareza, simplicidade, previsibilidade: eis os aspectos positivos da consagração de um sistema binário de modelos de controle. Sucede que esta reduzida complexidade era mesmo uma característica provável do sistema binário já a partir de uma perspectiva teórica. Sendo assim, a experiência prática acima relatada apenas confirma um aspecto esperado, sem aportar grandes surpresas. Tornando à perspectiva teórica, o ponto fraco do sistema binário estaria em sua pouca adaptabilidade à complexidade administrativa. Portanto, apesar de operacional, o sistema tenderia a apresentar problemas de *responsividade* à multiplicidade administrativa. Em outras palavras: seria de se esperar que os tribunais se ressentissem de uma paleta mais variada de modelos de controle para fazer face à miríade de variações do objeto de seu controle.

177. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 44: “Though we are of the view that the three-standard model is too difficult to apply to justify its retention, now, several years after Southam, we believe that it would be a step backwards to simply remove the reasonableness simpliciter standard and revert to pre-Southam law. As we see it, the problems that Southam attempted to remedy with the introduction of the intermediate standard are best addressed not by three standards of review, but by two standards, defined appropriately (...). We therefore conclude that the two variants of reasonableness review should be collapsed into a single form of ‘reasonableness’ review. The result is a system of judicial review comprising two standards – correctness and reasonableness”.

Na jurisprudência canadense estas preocupações motivaram críticas do Ministro Binnie em relação à unificação dos modelos de razoabilidade no caso *Dunsmuir*. Como foi visto acima, o Ministro receava que o modelo unificado não seria suficientemente flexível para determinar a intensidade adequada para o controle de decisões prolatadas por um grande leque de diferentes autoridades administrativas. Preocupação semelhante informou, nos Estados Unidos, a decisão do caso *Mead*. A Suprema Corte abandonou o modelo binário de *Chevron* para abraçar um sistema mais complexo, que parece ser interpretado pela própria Corte como consagrador de um espectro de infinitas variações de deferência. De acordo com o raciocínio da Suprema Corte, a multiplicidade de modelos de controle espelharia as variações objetivas, institucionais e procedimentais das decisões administrativas. O lema seria o de *tailor deference to variety* – adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la.

Entretanto, o histórico jurisprudencial das jurisdições estudadas não fornece muitos exemplos concretos desta inadequação dos sistemas binários. Como todos os quatro Países estudados adotaram, ao menos em determinado momento histórico, o sistema binário, seria de se esperar que as ilustrações deste problema fossem fartas. Ao contrário, França e Itália, que adotam consistentemente o sistema binário há longas décadas, jamais vivenciaram problemas significativos relativos a esta binariedade. Nem se afirme que o Direito destes Países é tradicionalmente mais formalista, pelo quê sua adaptação a uma binariedade seria natural. No caso dos critérios para definir a intensidade do controle – objeto de estudo na Segunda Parte deste trabalho –, a Itália fornece exemplos claros dos problemas da binariedade. Ou seja: a inexistência de problemas no caso da binariedade do sistema de modelos de controle sugere que nesta específica hipótese a solução pode ser adequada.

Nos Estados Unidos e Canadá, em que se abandonou o sistema binário em prol de maior complexidade, isto foi feito de forma *preventiva*, sem que tivessem sido verificados exemplos em que os tribunais se ressentiram da existência de um modelo de controle adicional.

Ao contrário da postura relativamente neutra que se adotou em quase todo o trabalho, aqui é possível traçar uma conclusão mais definitiva. A adoção de um sistema com apenas dois modelos de controle (deferente e não deferente) de fato aparenta ser *abstratamente* superior às soluções mais complexas. Aqui, não se trata de uma escolha política para privilegiar uma ou outra finalidade: a adaptação do controle judicial da administração pública pela via da multiplicação dos modelos de controle parece simplesmente desaconselhável.

3. Conclusões

Durante quase todo o trabalho as inúmeras opções relativas à adaptação da intensidade do controle judicial à complexidade objetiva e subjetiva da administração pública foram apresentadas sem pretensão de *ranqueamento*. O objetivo não era divisar soluções melhores ou piores, mas levantar as potencialidades e os limites das alternativas, sugerindo as finalidades políticas que se poderiam alcançar através delas. Esta posição mais neutra, por assim dizer, foi finalmente abandonada neste capítulo, em que o autor concluiu pela superioridade *objetiva* da alternativa mais simples, do sistema composto por apenas dois modelos de intensidade do controle judicial. A ideia é que a adaptação do controle judicial não deve ser buscada *através* da multiplicação de modelos de controle, porque esta solução é inviável. A conclusão foi baseada numa análise do histórico jurisprudencial das jurisdições estudadas.

A solução menos recomendável é, certamente, a da consagração de um sistema desprovido de modelos fixos e contendo o que se convencionou chamar de “espectro de infinitos modelos de controle”. Esta opção foi explicitamente cogitada e descartada pela Suprema Corte canadense. Após algumas tímidas menções a que os modelos de correção e de irrazoabilidade manifesta eram meros “extremos” de um contínuo de possibilidades, este Tribunal retraiu-se em direção à simplicidade, afirmando que um espectro seria “impraticável ou altamente técnico”. Nos Estados Unidos o relato é bastante menos claro, mas a Suprema Corte também fez menção à necessidade de adequar a deferência às múltiplas variações encontradas na administração pública, referindo-se, ainda, a um contínuo e um espectro de modelos existentes. Como ocorrera no Canadá, no entanto, ao invés de aumentar a precisão do sistema de controle judicial, geraram-se dúvidas e insegurança nos tribunais inferiores.

A adoção de um sistema trinário não é mais auspiciosa. Nas jurisdições em que isso se deu verificou-se uma dificuldade dos tribunais para diferenciar entre os dois modelos deferentes de controle. No Canadá isso levou a uma reforma do sistema para a fusão dos modelos de “razoabilidade simples” e “irrazoabilidade manifesta” num único modelo de razoabilidade. A Suprema Corte acatou, assim, a observação do Ministro LeBel: embora os sistemas trinários de fato ofereçam maior adaptabilidade do controle judicial às particularidades e complexidades da administração pública, suas desvantagens superam suas vantagens. Nos Estados Unidos a trinariedade permanece, mas recebe críticas de todos os lados. Observa-se que a sofisticação e a gradação teórica se esvaem na prática jurisprudencial. Numa decisão da Corte americana do 7º Circuito, um dos magistrados sugeriu que

“as limitações cognitivas que os juízes compartilham com os meros mortais podem constituir um obstáculo insuperável a que se proceda a distinções mais refinadas do que aquela entre um controle pleno contra um controle deferencial”.¹⁷⁸

Chegou-se, então, justamente ao exame dos sistemas binários. Do ponto de vista teórico, seria de se esperar que eles oferecessem melhor operacionalidade (fossem mais facilmente aplicáveis), mas uma reduzida adaptabilidade. Entretanto, enquanto o histórico jurisprudencial confirma a vantagem, ele não registra a suposta desvantagem. Num sistema binário as variações de intensidade (deferente/não deferente) são bem compreendidas pelos tribunais e pelos administrados, e não há dificuldades substanciais em entender por que uma ou outra é aplicável. A simplicidade do modelo reverte-se, assim, em segurança jurídica e previsibilidade. Por outro lado, a esperada inadaptabilidade deste sistema para fazer face à complexidade da administração pública não se mostrou tão relevante a ponto de produzir ilustrações significativas nas jurisdições estudadas. Como todos os quatro Países estudados adotaram, ao menos em um determinado momento histórico, o sistema binário, seria de se esperar que as ilustrações deste problema fossem fartas. Ao contrário, França e Itália, que adotam consistentemente o sistema binário há longas décadas, jamais vivenciaram problemas significativos relativos a esta binariedade. Nos Estados Unidos e Canadá, em que se abandonou o sistema binário em prol de maior complexidade, isto foi feito de forma *preventiva*, sem que tivessem sido verificados exemplos em que os tribunais se ressentiram da existência de um modelo de controle adicional.

Estas circunstâncias levaram à conclusão principal deste capítulo, no sentido de que a tentativa de adaptação da intensidade do controle judicial à complexidade administrativa pela via da multiplicação de modelos de controle é contraprodutiva e desaconselhável. Trata-se de momento específico em que a adaptabilidade deve ser posta de lado, para a adoção de um sistema mais simples e funcional.

178. *School District of Wisconsin Dells versus Z.S. Littegorge*, 295 F.3d 671 (7th. Cir. 2002).

Capítulo II

A DEFERÊNCIA DISSECADA

Introdução. 1. A prática da deferência: a eficácia das doutrinas deferenciais: 1.1 A incerta adesão dos magistrados aos comandos deferenciais: 1.1.1 A influência dos juízos de correção nos juízos de razoabilidade – 1.1.2 A influência da ideologia sobre os juízos de razoabilidade – 1.2 As propostas de reforma para ampliar a eficácia da doutrina Chevron: 1.2.1 A proposta de Adrian Vermeule: Chevron como regra de votação – 1.2.2 Uma releitura realista dos méritos da doutrina Chevron. 2. A dinâmica da deferência: criação e evolução dos modelos deferentes: 2.1 As circunstâncias históricas da criação dos modelos deferentes: 2.1.1 A hipótese intuitiva: o modelo deferente como veículo de retração judicial – 2.1.2 A hipótese contraintuitiva: o modelo deferente para ampliação da intervenção – 2.2 A evolução histórica do modelo de controle deferente: 2.2.1 A hipótese de disseminação do modelo deferente – 2.2.2 A hipótese de declínio ou abandono do modelo deferente. 3. A explicação da deferência: hipóteses para as diferentes orientações nacionais: 3.1 A jurisdição administrativa como razão da postura não deferencial: 3.1.1 A teórica eliminação de obstáculos ao controle não deferente – 3.1.2 A duvidosa influência destas circunstâncias na prática – 3.2 O pendor deferencial como produto da propagação do realismo jurídico: 3.2.1 Traços de realismo jurídico no viés deferencial das jurisdições estudadas – 3.2.2 A menor relevância do realismo jurídico na França e na Itália. 4. Conclusões.

Introdução

A deferência ocupou posição central em todos os capítulos deste trabalho, mas só agora, no último deles, ela será diretamente tratada – ou *dissecada*, no dizer do título. A intenção é reunir questões que ficaram de fora dos demais capítulos, para completar a compreensão dos dilemas envolvidos na determinação da intensidade do controle judicial sobre as decisões da administração pública.

A primeira dificuldade em tratar especificamente da deferência reside em sua polissemia. O termo pode significar coisas distintas, embora relacionadas. Numa primeira acepção – aquela que parece a mais própria –, o termo “deferência” denota uma *atitude ou postura respeitosa*, uma *orientação autorrestritiva* de tribunais ou magistrados específicos.¹ Neste sentido, afirmar que um tribunal aplicou “deferência” no controle judicial a uma decisão da administração pública significaria que o tribunal considerou com *respeito* a solução administrativa. Mais precisamente, implicaria que o tribunal não decidiu *diretamente* a questão jurídica (ou, por exemplo, não interpretou *diretamente* a legislação em questão), mas apenas considerou a *razoabilidade*, a *coerência*, a *logicidade*, da decisão ou interpretação adotada pela autoridade administrativa.² É o que ocorre (ou, ao menos, o que deveria ocorrer) quando os tribunais aplicam os modelos deferentes de controle judicial, como o de razoabilidade no Canadá, o controle fraco na Itália, o controle restrito na França ou a doutrina *Chevron* nos Estados Unidos. É essencial atentar a que nesta primeira acepção a deferência não implica necessariamente a manutenção da decisão administrativa: é possível, afinal, que, utilizando qualquer um dos modelos de controle acima elencados, o tribunal chegue à conclusão final de que a decisão administrativa *não fora*, por exemplo, razoável, ou permissível, ou coerente, ou lógica – e decida anulá-la. Ainda assim terá havido deferência judicial, ao menos nesta primeira acepção de “postura respeitosa”.

Numa segunda acepção a deferência denota não uma postura ou atitude judicial específica em relação às decisões administrativas controladas, mas

1. No Direito Canadense é bastante influente o conceito de David Dyzenhaus da deferência como “respeito”: “Deference as respect requires not submission but respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision, whether that decision be the statutory decision of the legislature, a judgment of another court, or the decision of an administrative agency. I will argue that only this principle can rearticulate the proper relationship between the legislature, administrative agencies and the courts. I will argue further that the sense it makes requires the courts to reject the Diceyan model of law in which the idea of submissive deference is an essential component. I also suggest that the model of the rule of law to which the principle of deference as respect is committed might well prove fruitful in the new political context of administrative law, in particular because of its explicit commitment to the value of equality (“The politics of deference: judicial review and democracy”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 286).

2. Douglas W. Kmiec observa que a relação entre os tribunais e as agências “is not supervisory (like that of the Supreme Court to the appellate and district courts) but more akin to one of respect or noninterference indicative of coequal branches” (“Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine”, 2 *Admin. L. J.* 269, 270 (1988)).

uma específica *solução* judicial depois de operado o controle. Deferência, neste sentido, corresponde precisamente à *manutenção* da decisão administrativa contestada judicialmente. Aqui, *deferir* à administração significa *não anular* sua decisão, *não acatar* a contestação que lhe foi feita. Sob certo ângulo, a primeira acepção liga-se ao *modo como* os tribunais procedem ao controle (de *forma respeitosa*), enquanto a segunda acepção está relacionada ao *resultado* deste controle (um julgamento favorável à autoridade administrativa, o qual mantém a decisão contestada).

Ambos os sentidos são usados de forma corrente nos discursos doutrinários ou judiciais. Um complicador é que nem sempre é claro pelo contexto qual o sentido empregado; e nem sempre o autor do discurso se preocupa em esclarecer esta questão. Neste trabalho o sentido mais relevante é o primeiro, da deferência como *postura respeitosa* ou como *atitude autorrestritiva* dos tribunais. Assim o termo foi empregado em todos os capítulos até aqui. A prevalência justifica-se pelo próprio objeto do trabalho: a intenção era examinar o fenômeno da *determinação da intensidade do controle judicial*. A preocupação do trabalho ia até o momento em que a intensidade do controle (não deferente ou deferente em níveis variados, na primeira acepção) era definida. O resultado dos julgamentos operados sob uma intensidade tal ou qual interessa menos diretamente a este trabalho. Na acepção de manutenção de uma decisão administrativa contestada, a “deferência” não é, aqui, tão relevante.

É, portanto, na acepção de *orientação respeitosa* que a deferência aparece neste capítulo. O objetivo é examiná-la sob três ângulos diferentes, para permitir uma visão mais completa deste fenômeno. As perspectivas de análise poderiam ser referidas como *prática*, *dinâmica* e *causal*. A cada uma delas se consagrou uma parte do capítulo.

No item 1 adota-se uma perspectiva prática. A preocupação está centrada na *eficácia* das doutrinas deferenciais: até que ponto elas se traduzem efetivamente (na *prática*) numa postural judicial respeitosa, numa orientação autorrestritiva? O recurso a alguns estudos empíricos jogará dúvidas sobre esta circunstância, ao destacar a influência da ideologia e dos juízos pessoais de correção dos magistrados na avaliação que fazem da razoabilidade de uma decisão administrativa.

No item 2 o objetivo é examinar a *dinâmica* dos modelos deferenciais de controle. Através de um enfoque histórico na *criação* e na *evolução* destes modelos em cada jurisdição estudada pode-se ter uma compreensão mais completa sobre eles. No primeiro caso, a perspectiva dinâmica revelará que a criação de um modelo de controle deferente nem sempre visa a veicular um movimento de retração judicial; pode também (contraintuitivamente)

servir a viabilizar uma *ampliação* da intervenção judicial, em áreas antes não submetidas a controle algum. No segundo caso, as diferentes evoluções dos modelos de controle deferenciais (sua disseminação ou seu declínio) indicarão distintos pendores deferenciais de cada uma das jurisdições.

Esta circunstância abrirá espaço para o terceiro item, em que se especula sobre as *causas* destes diferentes pendores deferenciais que caracterizam as jurisdições. Tendo os olhos fixados em elementos *estruturais* de cada jurisdição, investiga-se até que ponto eles podem ser tidos como responsáveis pelo grau de deferência nela verificado. A exposição inicia pela análise do impacto de uma jurisdição administrativa: a orientação não deferencial verificada nos Países que a apresentam pode ser considerada um produto seu? Depois disso examina-se até que ponto a propagação do realismo jurídico, mais acentuada nos Estados Unidos e no Canadá, poderia responder por uma orientação deferencial dos tribunais destes Países.

1. A prática da deferência: a eficácia das doutrinas deferenciais

Neste item o enfoque é *prático*. Busca-se examinar a *eficácia* das doutrinas deferenciais. Trata-se de uma inquirição a propósito da realidade ou efetividade da *postura respeitosa* dos tribunais nos casos em que incidam ou devam incidir os modelos deferenciais de controle judicial. Em que medida o estabelecimento destas doutrinas de fato se traduz em uma orientação judicial autorrestritiva? Até que ponto os tribunais obedecem aos comandos das doutrinas, limitando sua intervenção?

Com recurso a alguns estudos empíricos muito interessantes produzidos pela doutrina jurídica americana, será visto que é incerta a adesão dos magistrados, individualmente considerados, às fórmulas deferenciais. Isso porque a ideologia de cada um deles e seus juízos pessoais de correção exercem influência significativa sobre as avaliações de razoabilidade de uma decisão administrativa (item 1.1). Por força destas incertezas, apresentaram-se algumas propostas voltadas a ampliar a eficácia das doutrinas deferenciais. Uma das mais importantes delas (denominada *Chevron as a voting rule*) será objeto de análise neste item. Na sequência se fará também uma avaliação dos próprios méritos de *Chevron*, em função da sua suposta ineficácia e em comparação à proposta de reforma (item 1.2).

1.1 A incerta adesão dos magistrados aos comandos deferenciais

No capítulo anterior apresentou-se a dificuldade dos tribunais para distinguir entre diferentes modelos de controle deferente. Foi visto que no

histórico jurisprudencial das jurisdições estudadas a existência de múltiplos modelos é mais frequentemente fonte de incertezas do que de calibragem precisa da deferência. Revelou-se a complexidade de dissociação entre finas nuances como “razoabilidade” e “razoabilidade manifesta” no caso do Canadá, ou entre regras como “arbitrariedade” e “permissibilidade” nos Estados Unidos.³ Este item volta-se ao estudo de questão diversa, embora relacionada: a dúvida a propósito do *cumprimento* ou da *obediência* dos magistrados a um *específico* modelo concreto, distinto do modelo não deferente. Em que medida pode ser dito que os magistrados de fato se atêm ao direcionamento a que anulem apenas decisões “razoáveis” ou “arbitrárias”, mantendo intactas as demais?

Numa primeira aproximação, é preciso admitir que as formulações dos modelos de controle judicial deferente são usualmente imprecisas, deixando uma álea grande de subjetividade a ser exercida pelo julgador. A regra mais comum é a da “razoabilidade”. De acordo com ela, devem ser mantidas as decisões administrativas que não forem “irrazoáveis”. Esta é a determinação direta do modelo de razoabilidade no Canadá, mas também, com algumas precisões adicionais, do modelo de controle fraco⁴ na Itália e do Passo 2 de *Chevron*⁵ nos Estados Unidos. A “razoabilidade”, no entanto, está longe de ser uma noção objetiva. Diferentes indivíduos tenderão a divergir sobre a razoabilidade de um raciocínio ou de um pronunciamento.

3. Sobre o tema, v. o item 2 do capítulo anterior. Nas palavras de Adrian Vermeule: “The problem is that verbal formulae are typically too crude to capture the fine shades of difference that are needed to tweak deference rules in either direction (...). Legal language can capture the idea of the best legal answer and can indicate the idea of deference where decisions under review are not clearly erroneous. More fine-grained standards of deference, however, are difficult to express; cognitive capacities are typically inadequate to sustain a fine-grained schema of deference standards” (*Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 152).

4. Como se afirmou no capítulo anterior (item 2.2.1.1), na Itália o controle deferente é caracterizado por um critério múltiplo, incerto e cumulativo. O critério é incerto porque a formulação utilizada pelos tribunais administrativos varia um pouco de um caso a outro. Ele é cumulativo porque se exige que a decisão administrativa passe por todos os testes (e não apenas um deles) para ser julgada válida. Em geral examinam-se “a logicidade, a congruidade, a coerência e a razoabilidade” da decisão administrativa.

5. Embora a formulação clássica de *Chevron* fale em “permissibilidade”, e não em razoabilidade, a Suprema Corte igualou as duas ideias em diversas oportunidades, inclusive na própria decisão de *Chevron*. V., por exemplo, *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 844 (1984): “In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency”.

Em teoria, estas divergências tenderiam a se dissipar nas hipóteses de regimes deferenciais extremos. Nestes casos a determinação aos magistrados é distinta: eles só devem anular decisões que sejam *manifestamente* irrazoáveis ou *manifestamente* erradas.⁶ O uso destas expressões grifadas parece querer expressar que só se autoriza a anulação de decisões *incontestavelmente* irrazoáveis ou erradas. Neste sentido a célebre definição de *erro manifesto* dada pelo Comissário de Governo Braibant no caso *Lambert*, na França: “um erro que não permite *qualquer dúvida* para um espírito normalmente esclarecido”.⁷ Também neste sentido, embora de forma menos contundente, as caracterizações da irrazoabilidade manifesta no Direito Canadense como uma irrazoabilidade *óbvia*.⁸

Sucede que a prática jurisprudencial registra situações que parecem contrariar esta lógica. Não são poucos os casos em que há divergência entre os magistrados sobre se uma decisão administrativa é manifestamente irrazoável ou não.⁹ Esta circunstância chamou a atenção e causou estranheza a alguns doutrinadores.¹⁰ Do ponto de vista teórico e estritamente conceitual, no entanto, a situação é facilmente explicável. Embora a ideia de uma decisão *manifestamente irrazoável* passe a imagem de algo muito distante de uma decisão “correta” – pelo quê as duas hipóteses seriam facilmente discerníveis –, uma decisão teoricamente “manifestamente irrazoável” segue bastante próxima de uma decisão “simplesmente irrazoável”. E esta poderia ser a razão das discordâncias aí havidas. Numa eventual divergência sobre o regime extremamente deferente, não é, necessariamente, que um magistrado pense ter havido uma irrazoabilidade manifesta, por exemplo, e o outro pense ter havido uma decisão *correta*. Pode ser que eles discordem apenas quanto à natureza *manifesta* da irrazoabilidade que ambos concordam que afeta a decisão.

6. Ainda que, pelas razões expostas no capítulo anterior, nos pareça que o regime de “*erro manifesto*” francês se aproxima mais de um regime de irrazoabilidade do que de um regime de *irrazoabilidade* manifesta.

7. Conclusões do Comissário de Governo Guy Braibant no caso CE, 13.11.1970, *Lambert*.

8. V. item 2.1.2 do Capítulo I desta Terceira Parte.

9. V., por exemplo, *CUPE versus Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 SCR 539, em que uma maioria formada por seis ministros identificou a irrazoabilidade manifesta, enquanto três outros ministros afirmaram que ela seria inexistente.

10. Cf. Guy Régimbald: “In our opinion, it should have been impossible given the definition and application of the standard of patent unreasonableness to come to this conclusion. In fact, given that three judges are of the opinion that the decision was not patently unreasonable, it cannot qualify as being so outrageous as warranting the intervention of the Court. If that had been the case, the decision should have been unanimous” (*Canadian Administrative Law*, Markham, Lexis Nexis, 2008, p. 437).

O problema da subjetividade dos juízos de razoabilidade permanece, no entanto. A grande preocupação reside em que os magistrados se valham das imprecisões dos comandos deferenciais para impor suas próprias soluções, em detrimento daquelas da autoridade administrativa. Seguindo-se de fato as orientações das doutrinas deferenciais, era de se esperar que as preferências pessoais dos magistrados ficassem à margem dos julgamentos que eles promovem da razoabilidade das decisões administrativas. Contudo, a prática demonstra que estes juízos são influenciados tanto pelas concepções pessoais do magistrado daquilo que seria a *decisão correta* (item 1.1.1) como por sua *ideologia política* (item 1.1.2).

1.1.1 *A influência dos juízos de correção nos juízos de razoabilidade*

Uma primeira questão diz respeito à relação existente entre os juízos de razoabilidade e de correção. No Direito Canadense o Ministro Sopinka sugeriu que os magistrados devem primeiro identificar a solução correta, para só em seguida – e quando a decisão administrativa com ela não coincidir – proceder a um juízo de razoabilidade (item 1.1.1). Outros autores sustentam uma relação ainda mais profunda entre estes dois juízos. Eles afirmam que o exame da razoabilidade envolveria uma avaliação psicologicamente impossível, na medida em que os indivíduos não seriam capazes de *graduar a plausibilidade* de decisões que destoem daquelas que eles consideram corretas. Indo de encontro a esta tese, há casos que sugerem a conveniência de um enfoque procedimental da razoabilidade como forma de contornar as dificuldades de uma avaliação substancial direta (item 1.1.2).

1.1.1.1 *A polêmica tese do Ministro Sopinka no caso Paccar da Suprema Corte canadense*

Numa primeira hipótese, seria possível imaginar que o juízo de razoabilidade compreende *necessariamente* um juízo inicial de correção. Neste sentido, para avaliar a razoabilidade de uma decisão o magistrado deveria identificar preliminarmente a *decisão correta*, permitindo em seguida um *distanciamento plausível*, dentro de cujo âmbito se inseririam as decisões razoáveis. Numa imagem gráfica, a decisão correta estaria em um centro rodeado pela multiplicidade de soluções razoáveis. Mais afastadas do centro – em uma distância, portanto, “não plausível” – estariam as decisões irrazoáveis, e ainda mais afastadas aquelas manifestamente irrazoáveis. Neste sentido, os juízos de razoabilidade e de correção estão sempre relacionados,

porque a visão de um indivíduo do que é razoável é influenciada pelo que ele considera o correto ou preferível.

Esta foi precisamente a tese sustentada pelo Ministro John Sopinka, da Suprema Corte do Canadá, no caso *Paccar*. Por ser extremamente relevante para este item do trabalho, o trecho merece transcrição integral. Disse o Ministro: “Eu não concordo que seja sempre necessário que o tribunal revisor ignore sua própria visão relativa aos méritos da decisão sob controle. Todo juízo relativo à razoabilidade de uma decisão envolve necessariamente uma avaliação dos seus méritos. Razoabilidade não é uma qualidade que existe isoladamente. Quando um tribunal afirma que uma decisão sob controle é ‘razoável’ ou ‘manifestamente irrazoável’, está fazendo uma afirmação sobre a relação lógica entre os fundamentos da decisão e as premissas que o tribunal acredita serem verdadeiras. Sem o ponto de referência de uma opinião (ou mesmo uma conclusão) sobre os méritos uma afirmação relativa desta natureza não pode ser feita. Eu concordo com (...) a importância da deferência judicial na revisão das decisões de autoridades administrativas especializadas. Mas, na minha visão, a deferência judicial só se torna relevante quando o tribunal se encontra em desacordo com a autoridade administrativa. Apenas então é necessário considerar se o erro (então identificado) está dentro ou fora dos limites da razoabilidade. (...). Enquanto o tribunal estiver satisfeito com a correção da decisão da autoridade administrativa, toda referência à razoabilidade é supérflua”.¹¹

Há vários problemas com este raciocínio. O primeiro deles refere-se ao uso que ele faz da imagem gráfica de “distância” das soluções “não corretas” para uma solução supostamente correta. Esta imagem possui alguma utilidade? É, mesmo, possível *medir* a distância que separa duas soluções abstratamente concebidas? Ainda que isso seja possível, o que seria tal

11. *Caimaw versus Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 SCR 983, at. 1018: “I cannot agree that it is always necessary for the reviewing court to ignore its own view of the merits of the decision under review. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. When a court says that a decision under review is ‘reasonable’ or ‘patently unreasonable’ it is making a statement about the logical relationship between the grounds of the decision and premises thought by the court to be true. Without the reference point of an opinion (if not a conclusion) on the merits, such a relative statement cannot be made. I share La Forest J.’s opinion of the importance of curial deference in the review of specialist tribunals’ decisions. But, in my view, curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. (...) So long as the court is satisfied with the correctness of the tribunals’ decision, any reference to reasonableness is superfluous”.

“distância plausível” da decisão correta? Não há aqui uma transferência de problemas? Estimar o que seja uma distância plausível não é a mesma coisa que determinar o que é razoável e o que não é?

Um segundo problema é mais relevante. Plausível como possa parecer, o raciocínio do Ministro Sopinka contrasta frontalmente com os fundamentos da atitude deferencial no Direito Canadense.¹² Esta atitude baseia-se precisamente na compreensão preliminar de *inexistência de respostas corretas* e no espaço aberto às autoridades administrativas para *escolher*.¹³ No caso que inaugurou a era deferencial nesta jurisdição (*CUPE*, em 1979) a Suprema Corte tratava de um caso de ambiguidade normativa. Examinou a razoabilidade de três interpretações contidas nos autos não para identificar aquela que fosse apropriada, mas para destacar a razoabilidade de todas elas.¹⁴ No mais, o raciocínio do Ministro Sopinka viola o precedente deferencial de *CUPE* em ainda outro elemento: esta decisão estabelecera precisamente que nestes casos em que a legislação não trouxesse uma clara solução caberia às autoridades administrativas a *precedência* (a *primazia*) na realização das escolhas então possíveis. A tese do Ministro Sopinka reverte esta lógica, voltando a colocar os tribunais como os atores principais para revelar o sentido de determinada legislação.¹⁵

A afirmação do Ministro Sopinka em voto concorrente foi subscrita por apenas mais um ministro, e não revela a forma de ver da maioria. A despeito disso, em estudo empírico realizado quase 15 anos após o caso *Paccar*, William Lahey e Diana Ginn observaram que muitos tribunais inferiores realizavam precisamente este raciocínio quando instados a controlar decisões administrativas sob o modelo de razoabilidade.¹⁶

12. Ian Holloway, “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), 22 *Man. L. J.* 28, 65-66.

13. J. M. Evans, “Jurisdictional review in the Supreme Court: realism, romance and recidivism” (1991), 48 *Admin. L. R.* 255.

14. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242.

15. David J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, 5ª ed., Toronto, Emond Montgomery, 2003, p. 71: “This approach conflicts with the whole notion that Dickson J. espoused in *New Brunswick Liquor* that there is often no single correct answer to statutory interpretation problems. Also, it assumes the primacy of the reviewing court over the agency or tribunal in delineating the meaning of the relevant statute. At a more basic level, it makes judicial review that much more likely. It will frequently be difficult for conscientious judges to rule that an error has been committed but to then do nothing to correct that error on the basis that it was not as big an error as it could have been”.

16. William Lahey e Diana Ginn, “After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), 25 *Dal. L. J.*

No ano seguinte à publicação deste estudo, no caso *Ryan*, a Suprema Corte deixou claro que os procedimentos cognitivos que devem ser promovidos pelos magistrados nos casos de um juízo de razoabilidade e de correção diferem em seus fundamentos: “Quando realizar controle judicial sob o modelo de correção, o tribunal pode promover seu próprio raciocínio para chegar ao resultado que julga correto. Por outro lado, quando lhe couber decidir se uma ação administrativa foi irrazoável, o tribunal não deve *em nenhum momento* perguntar-se qual decisão teria sido correta. Aplicar o modelo de controle de razoabilidade envolve efetivar a intenção legislativa de que um corpo especializado tenha a responsabilidade primária de decidir uma questão de acordo com seu próprio processo cognitivo e por suas próprias razões. O modelo de controle de razoabilidade não implica que ao autor da decisão seja atribuída mera ‘margem de erro’ a partir do que o tribunal acredita ser a decisão correta”.¹⁷

1.1.1.2 A complexidade dos juízos de razoabilidade e a alternativa procedimental

Mas esta dissociação entre os juízos de correção e razoabilidade é, mesmo, possível? Alguns autores sugerem que um indivíduo seria *psicologicamente incapaz* de enxergar razoabilidade em uma solução que contrastasse com sua própria solução ideal. Aqui a ideia não é apenas que a noção do correto informa a noção do razoável – é que simplesmente um indivíduo *só conseguiria* identificar razoabilidade na solução que julga mais adequada. Esta tese sugere uma dificuldade ou impossibilidade de que o indivíduo se desprenda de suas próprias visões de mundo e considere plausível uma

259, 276: “Finally, there was little consistency in the jurisprudence as to whether a deferential standard of review was seen simply as allowing an administrative decision-maker more latitude to deviate from the correct answer or whether choosing such a standard of scrutiny reflected a recognition that, in a particular context, there may not have been a single “correct” answer”.

17. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 50: “At the outset it is helpful to contrast judicial review according to the standard of reasonableness with the fundamentally different process of reviewing a decision for correctness. When undertaking a correctness review, the court may undertake its own reasoning process to arrive at the result it judges correct. In contrast, when deciding whether an administrative action was unreasonable, a court should not at any point ask itself what the correct decision would have been. Applying the standard of reasonableness gives effect to the legislative intention that a specialized body will have the primary responsibility of deciding the issue according to its own process and for its own reasons. The standard of reasonableness does not imply that a decision-maker is merely afforded a ‘margin of error’ around what the court believes is the correct result”.

solução diversa da sua.¹⁸ Ela implicaria a ineficácia das doutrinas deferenciais. Afinal, de nada importaria ter regras determinando que o magistrado mantivesse as decisões razoáveis se um tal julgamento fosse virtualmente impossível, diante das suas limitações cognitivas. Os modelos deferentes de controle judicial seriam, assim, meras ilusões, não atingindo o resultado esperado, de prover as autoridades administrativas de maior espaço de manobra e ação para cumprir seus objetivos da maneira que melhor lhes pareça.

Em 1997 David Dyzenhaus afirmava desconhecer qualquer julgamento da Suprema Corte canadense em que um ministro tenha afirmado que uma decisão administrativa, apesar de incorreta, teria que ser mantida porque não seria manifestamente irrazoável.¹⁹ Mas foi precisamente isto que se deu no caso *Southam*, julgado naquele mesmo ano. Nele o controle judicial se dava sobre decisão da autoridade antitruste (*Competition Tribunal*) sobre a aquisição de dois importantes jornais comunitários e de um semanário de anúncios imobiliários por *Southam Inc.*, sociedade que já detinha os dois jornais diários que serviam a Região de Vancouver.

A autoridade entendeu que estas operações não limitavam a concorrência no mercado de publicidade impressa para o comércio varejista, mas limitavam a concorrência no mercado de publicidade impressa para propriedades imóveis. A decisão foi contestada tanto por *Southam* como pela autoridade responsável pela propositura da ação antitruste, que entendeu que a decisão da autoridade antitruste não fora suficiente para eliminar as preocupações concorrenciais existentes. Um argumento muito importante neste

18. Este parece ser o raciocínio do hoje Ministro da Suprema Corte americana Stephen Breyer (“Judicial review of questions of law and policy”, 38 *Admin. L. Rev.* 363, 379 (1986)): “A third reason why neither a strict view of Chevron nor any other strictly defined verbal review formula requiring deference to an agency’s interpretation of law can prove successful in the long run, is that such a formula asks judges to develop a cast of mind that often is psychologically difficult to maintain. It is difficult, after having examined a legal question in depth with the object of deciding it correctly, to believe both that the agency’s interpretation is legally wrong, and that its interpretation is reasonable. More often one concludes that there is ‘better’ view of the statute for example and that the ‘better’ view is ‘correct’, and the alternative view is ‘erroneous’”. Também assim Adrian Vermeule (*Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, p. 163): “The requirements of Chevron doctrine are unstable, because second-order interpretation is psychologically too demanding for judges. (...) They think they are faithfully distinguishing the correct from the reasonable, while in fact self-serving bias, motivated reasoning, and other mechanisms cause them to think that the only reasonable view is the one they happen to find correct”.

19. David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 292.

sentido era o de que alguns documentos internos de *Southam* demonstravam que a própria empresa acreditava que seus jornais diários tinham dificuldade no mercado de Vancouver em função da concorrência exercida pelos jornais comunitários, ali muito relevantes. Este seria um indicativo de que a decisão da autoridade antitruste no sentido de que estes jornais pertenciam a mercados relevantes diversos seria irrazoável.

Mas a Corte recusou este argumento. Entendeu que ele foi examinado longamente pela autoridade antitruste, que apresentou razões pelas quais não dava a este reconhecimento de *Southam* a importância que se lhe poderia dar.²⁰ Em diversas passagens a Corte faz questão de demonstrar que o exame procedido pela autoridade da concorrência foi bastante profundo. Chega a citar os métodos aplicados pela autoridade e a quantidade de páginas escritas e testemunhas ouvidas.²¹ Isso tudo para concluir que, embora a decisão da Corte possa ser considerada “não usual” e “difícil de aceitar”, ela não é irrazoável. E, ainda que a Corte entenda que, se tivesse originalmente a tarefa de julgar o caso, poderia tê-lo julgado diferente, não lhe cabe anular a decisão da autoridade antitruste em controle judicial sob o modelo de razoabilidade.²²

20. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 77-78: “The Federal Court of Appeal also found fault with the Tribunal’s treatment of evidence that Southam regarded the community newspapers as its chief competitors. (...). In fact, the Tribunal devoted 28 pages of its reasons (pp. 191-218) to the question of inter-industry competition. The Tribunal did not ‘ignore’ evidence of broad inter-industry competition. It simply did not regard that evidence as decisive”.

21. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 15: “During the hearing, the Tribunal heard from 50 witnesses and received literally volumes of documents in evidence. That the Tribunal paid heed to this prodigious body of evidence is clear from its written reasons, which occupy some 147 pages in a law report. Fortunately, it is not necessary for purposes of this appeal to reproduce the Tribunal’s reasons in any detail”.

22. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 79-80: “It is possible that if I were deciding this case de novo, I might not dismiss so readily as the Tribunal did what is admittedly weighty evidence of inter-industry competition. In my view, it is very revealing that Southam’s own expert, an American newspaper consultant, identified the community newspapers as the source of Southam’s difficulties in the Lower Mainland. To find, in the face of such evidence, that the daily newspapers and the community newspapers are not competitors is perhaps unusual. In that sense, the Tribunal’s finding is difficult to accept. However, it is not unreasonable. (...). I wish to observe, by way of concluding my discussion of this issue, that a reviewer, and even one who has embarked upon review on a standard of reasonableness simpliciter, will often be tempted to find some way to intervene when the reviewer him or herself would have

Este julgamento vai de encontro às teses que sustentam a inviabilidade psicológica de um juízo de razoabilidade. Ele sugere, ainda, um caminho para promovê-lo, com foco nas questões procedimentais ou argumentativas. Em *Southam* a Suprema Corte sustentou a razoabilidade de uma decisão “não usual” ou “difícil de aceitar”, com menções aos profundos estudos realizados pela autoridade antitruste. Esta análise detalhada, por si só, demonstraria a razoabilidade da decisão. Trata-se de um deslocamento de uma concepção *substantial* da razoabilidade para uma concepção procedimental sua. Este mecanismo já fora apontado no item 2.2.2 do Capítulo II da Primeira Parte como interessante consequência de uma orientação deferencial. Ali se destacou como o movimento de retração judicial substancial vem frequentemente acompanhado do recrudescimento das garantias procedimentais dos cidadãos. Em especial, relatou-se um reforço do dever de motivação das decisões administrativas e dos direitos de participação no processo decisório da administração pública. Aqui, este enfoque procedimental se apresenta como uma forma de contornar as complexidades de uma avaliação substancial direta da razoabilidade.

1.1.2 *A influência da ideologia sobre os juízos de razoabilidade*

Os juízos de razoabilidade parecem ser também fortemente influenciados pela *ideologia* do julgador. Neste sentido são extremamente ilustrativos os estudos empíricos promovidos pela doutrina americana a propósito da aplicação concreta das doutrinas deferenciais.²³ Em um dos mais recentes

come to a conclusion opposite to the tribunal's. Appellate courts must resist such temptations”.

23. Para um importante estudo não empírico sugerindo a mesma influência ideológica, v. Richard J. Pierce Jr., “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, 1988 *Duke L. J.* 300, 303 (1988). Na França, Danièle Lochak relata que as denúncias de forte politização do Conselho de Estado se deram principalmente na década de 1980: “Il a fallu que reviennent au Conseil d'État des personnalités ayant servi la gauche pour que l'on commence à dénoncer la politisation du Conseil. Le Conseil d'État a ainsi été soupçonné ou même ouvertement accusé, à plusieurs reprises au cours de ces années, de se prononcer en fonction de critères partisans. Certes, en 1962, le Général De Gaulle avait interprété l'arrêt Canal comme une manifestation d'hostilité envers sa politique, mais cette accusation était restée isolée. En 1981, l'avis réservé donné sur les nationalisations a fait passer le Conseil d'État pour un adversaire déclaré de la nouvelle majorité. En 1984, à la suite de l'annulation contentieuse de plusieurs élections remportées par des candidats communistes, le secrétaire général du Parti Communiste a mis publiquement en cause l'impartialité du Conseil en relevant l'appartenance de deux commissaires du gouvernement aux instances dirigeantes du RPR. En 1986, le gouvernement, mécontent des réserves

destes estudos, William Eskridge e Lauren Baer analisaram mais de 1.000 decisões da Suprema Corte no âmbito da doutrina *Chevron*, identificando uma forte influência da ideologia dos ministros no seu padrão de votação (item 1.1.2.1). Conclusões semelhantes já haviam sido atingidas anteriormente por diversos professores em estudos relativamente mais limitados (item 1.1.2.2).

Na ciência política é comum que se diferencie entre dois modelos de comportamento judicial. No modelo comportamental (*attitudinal model*) o magistrado decidiria os casos de acordo com suas preferências políticas. No modelo jurídico (*legal model*) sua decisão seria baseada nos fatos do caso, nos precedentes judiciais e nas disposições legislativas relevantes.²⁴ A julgar pelas conclusões extraídas destes estudos, a realidade se aproximaria do primeiro modelo.

1.1.2.1 A ideologia na Suprema Corte americana: o estudo recente de Eskridge e Baer

Em interessantíssimo estudo empírico, William Eskridge e Lauren Baer examinaram todas as decisões da Suprema Corte americana que tratavam de controle judicial de interpretações legislativas (*statutory construction*) de autoridades administrativas num período de 23 anos. O marco inicial do estudo (1984) corresponde ao ano de prolação da decisão de *Chevron*, que supostamente inauguraria uma era de deferência judicial em matéria de interpretações legislativas de autoridades administrativas. O marco final foi o ano de 2007, o ano anterior ao da publicação do estudo. No total, os autores analisaram e classificaram 1.014 decisões. Como todas as decisões se inseriam no âmbito da doutrina *Chevron*, era de se esperar uma atitude deferencial dos ministros em relação às interpretações da administração pública. A teor do teste veiculado por esta doutrina, os ministros deveriam

émises par le Conseil à propos des ordonnances sur les privatisations et du projet de loi sur le code de la nationalité, a incriminé l'influence des membres du Conseil d'État réintégré dans le corps après avoir servi le précédent gouvernement. La polémique a atteint un pic en 1988, la dénonciation visant à la fois les recrutements au tour extérieur, l'appartenance affichée de membres du Conseil d'État aux organes dirigeants de formations politiques, la violation de l'obligation de réserve, ou encore l'utilisation de l'institution comme tremplin pour une carrière politique. (...). Depuis 1988, les tensions se sont apaisées et la controverse sur la politisation du Conseil d'État s'est tarie, alors même que l'engagement politique de ses membres n'a pas cessé" ("Le Conseil d'État en politique", *Le Seuil – Pouvoirs* 123/126, 2007/4).

24. Cf., por exemplo: Saul Brenner e Harold J. Spaeth, *Stare Indecisus: the Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge, CUP, 2008.

questionar-se sobre se a legislação era clara em relação à questão trazida a juízo. Não sendo este o caso, deveriam eles manter a solução oferecida pela autoridade administrativa sempre que ela fosse *permissível/razoável*.

O estudo revela dados surpreendentes. Ao que mais interessa a esta parte do trabalho, ele expõe a influência do posicionamento ideológico de cada ministro em seus votos. Eskridge e Baer classificaram cada uma das interpretações contestadas em liberais ou conservadoras, de modo a aloca-las em cada um dos conhecidos espectros políticos americanos. Do mesmo modo, os ministros foram, eles também, classificados em liberais ou conservadores. O encontro destas variáveis demonstrou que os ministros liberais são mais propensos a votar pela manutenção das interpretações liberais do que pela manutenção das interpretações conservadoras.²⁵ O mesmo viés ideológico é encontrado no padrão de votação dos ministros conservadores.

Em média, tomado cada ministro individualmente, a variação da taxa de concordância entre interpretações liberais e conservadoras corresponde a 14 pontos percentuais.²⁶ Dois ministros de inclinação liberal (Thurgood Marshall e William Brennan) apresentaram taxas de diferença superiores a 40 pontos percentuais. Marshall exibe os números mais surpreendentes: votou pela manutenção de 84,8% das interpretações consideradas liberais; e pela manutenção de apenas 38,8% das interpretações consideradas conservadoras. John Paul Stevens, curiosamente o Relator da decisão de *Chevron*, votou pela manutenção de 79,2% das decisões consideradas liberais, mas pela manutenção de apenas 49,6% das conservadoras. A mais célebre figura conservadora da Suprema Corte, Antonin Scalia, votou pela manutenção de 71,6% das interpretações conservadoras, mas pela manutenção de apenas 53,8% das decisões classificadas como liberais. Por outro lado, apenas 2 ministros (Byron White e Lewis Powell), dentre os 17 que estiveram na Suprema Corte nos 23 anos estudados, apresentaram taxa de diferença inferior a 5 pontos percentuais. Apenas o Ministro Lewis Powell apresentou uma taxa de diferença insignificativa (0,4 pontos percentuais).

25. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1155 (2008): “In other words, liberal justices are overwhelmingly more likely to agree with liberal agency interpretations than with conservative agency interpretations, and conservative justices are overwhelmingly more likely to agree with conservative agency interpretations than with liberal agency interpretations”.

26. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1155.

Tomadas unicamente as interpretações de uma das ideologias, as divergências entre os ministros também se mostram dignas de atenção. Enquanto o Ministro liberal Thurgood Marshall concordou com 84,8% das interpretações classificadas como liberais, o Ministro conservador Clarence Thomas concordou apenas com 46,8%. Levando em conta as interpretações consideradas conservadoras, a diferença é ainda maior: enquanto o Ministro liberal William Brennan concordou com apenas 36,7% delas, a taxa de concordância do Ministro conservador Warren Burger atinge impressionantes 87%.²⁷ Os números sugerem que os juízos procedidos pelos magistrados a propósito da ambiguidade (Passo 1 de *Chevron*) de uma legislação ou da razoabilidade de sua interpretação oferecida por uma autoridade administrativa (Passo 2 de *Chevron*) estão longe de constituir atividade *neutra*. Ao contrário, estes juízos são afetados pela ideologia de cada magistrado. Eskridge e Baer chegam a sugerir que a ideologia de um magistrado é o fator *mais* relevante para determinar se determinada interpretação vai ser por ele mantida ou anulada.²⁸

1.1.2.2 Outros estudos sobre o impacto ideológico nas doutrinas deferenciais

O estudo de Eskridge e Baer é surpreendente, principalmente por levar em consideração *todas* as decisões da Suprema Corte no domínio da interpretação legislativa promovida por autoridades administrativas. Ele não é, no entanto, totalmente inovador. Trabalhos anteriores, com escopo mais limitado, já haviam chegado a conclusões semelhantes sobre o impacto de visões políticas dos magistrados. Entre 2006 e 2008 Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein publicaram dois estudos empíricos em que examinavam centenas de decisões da Suprema Corte e de tribunais inferiores. No caso da Suprema Corte a amostragem era universal; no caso dos tribunais inferiores os estudos enfocaram o controle das decisões de duas autoridades adminis-

27. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1154).

28. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1156: “Indeed, our data strongly suggest that ideology plays a powerful and pervasive role in shaping Supreme Court decisions with regard to agency statutory interpretations. Perhaps the best indicator of whether the agency will win in any given case is the ideological characterization of the agency interpretation and, therefore the ability of that interpretation to persuade Justices of similar ideological leanings on the Court”.

trativas específicas: EPA (agência de regulação ambiental) e *National Labor Relations Board/NLRB* (agência de regulação do mercado de trabalho). O primeiro estudo centrava-se nos casos relativos à interpretação legislativa, domínio da doutrina *Chevron*, e cobria um período de 16 anos (entre 1989 e 2004).²⁹ O segundo estudo concernia às demais matérias submetidas a controle nos modelos de arbitrariedade (*arbitrary and capricious standard*) e de evidências substanciais (*substantial evidence standard*), previstos no APA, e cobria um período de uma década (entre 1996 e 2006).³⁰

De acordo com a compreensão largamente majoritária, todos estes modelos de controle judicial admitem a existência de juízos políticos nas decisões administrativas e determinam que o magistrado deve prestar-lhes deferência.³¹ Os autores concluíram, no entanto, que as decisões concretas dos magistrados são largamente influenciadas por sua própria ideologia. No caso da Suprema Corte no âmbito de *Chevron* os ministros exibiam um viés que os fazia quase 30% mais propensos a validar uma decisão que coincidissem com a sua ideologia do que aquela que lhe fosse contrária.³² Fora do âmbito de *Chevron* os democratas validaram 72% das decisões administrativas classificadas como liberais, enquanto os republicanos só validaram 58%. No caso de decisões administrativas classificadas como conservadoras a taxa de validação dos democratas cai para 55%, enquanto a dos republicanos sobe para 72%.³³

Além de identificarem este viés ideológico dos magistrados, os autores observaram que ele tende a se intensificar durante períodos em que o presidente compartilhar de sua ideologia. Assim, os membros conservadores da

29. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “Do judges make regulatory policy?”, 73 *U. Chi. L. Rev.* 823 (2006).

30. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “The real world of arbitrariness review”, 75 *U. Chi. L. Rev.* 761 (2008).

31. Sobre o tema, v. o item 2 do Capítulo I desta Terceira Parte.

32. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “Do judges make regulatory policy?”, cit., 73 *U. Chi. L. Rev.* 823, 825-826: “The simplest finding is that on both the Supreme Court and the courts of appeals, the application of the *Chevron* framework is greatly affected by the judges’ own convictions. Whatever *Chevron* may say, the data reveal a strong relationship between the justices’ ideological predispositions and the probability that they will validate agency determinations. The most conservative justices are 30 percentage points more likely to vote to validate agency interpretations that are coded as conservative than to validate agency interpretations coded as liberal. By contrast, the more liberal justices are 27 percentage points more likely to vote to validate agency interpretations coded as liberal than to validate those coded as conservative”.

33. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “The real world of arbitrariness review”, cit., 75 *U. Chi. L. Rev.* 761, 767.

Suprema Corte tendiam a votar de forma ainda mais conservadora durante a administração do Presidente George Bush do que durante a administração de Bill Clinton.³⁴ De forma peremptória, os autores afirmam não terem encontrado “qualquer evidência de que *Chevron* influenciaria a votação ideológica na Suprema Corte”.³⁵

Em 1998 Frank B. Cross e Emerson H. Tiller haviam publicado estudo semelhante, a partir de uma análise empírica das decisões do *DC Circuit*, Tribunal de Apelação responsável pelo controle judicial de decisões de grande parte das autoridades administrativas federais americanas. O grande objetivo dos autores era identificar as “condições da obediência” dos magistrados à fórmula deferencial de *Chevron*.³⁶ Eles buscaram testar empiricamente diversas circunstâncias que poderiam contribuir para a adesão ou a descon sideração desta doutrina.³⁷ A primeira conclusão geral é a da influência da

34. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “Do judges make regulatory policy?”, cit., 73 *U. Chi. L. Rev.* 823, 825-826: “Moreover, the most conservative justices on the Supreme Court show a validation rate 19 percentage points lower when applying the Chevron framework to the interpretations of the Clinton administration than to those of the two Bush administrations – while the more liberal justices show a validation rate 6 percentage points higher under the Clinton administration than under the two Bush administrations. If judicial decisions under the Chevron framework are assessed in crudely political terms, the voting patterns of Supreme Court justices fit with the conventional groupings of the justices along political lines – a clear signal that the Chevron framework is not having the disciplining effect that it is supposed to have”.

35. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “Do judges make regulatory policy?”, cit., 73 *U. Chi. L. Rev.* 823, 842.

36. Um destes elementos examinados pelos autores foi a possibilidade de reversão da sua decisão pela Suprema Corte (o que eles chamaram de “hipótese hierárquica”). A conclusão dos autores foi a de que este elemento não é tão significativo (Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”, 107 *Yale L. J.* 2155, 2157 (1998)). Para uma conclusão em sentido contrário, v. Richard L. Revesz, “Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit”, 83 *Va. L. Rev.* 1717, 1718 (1997).

37. Em sua tentativa de prover um modelo de “realismo moderado” que possa contribuir para compreender as decisões dos magistrados, sem extrapolar a influência de doutrinas jurídicas ou de preferências políticas, Arthur Dyevre faz menção a “constrições de nível alto, baixo e intermediário”. Entre as constrições de nível intermediário (*meso-level constraints*) o autor inclui a hierarquia judicial (possibilidade de reversão do julgado), a estrutura colegial do tribunal, regras governando a seleção dos casos, a duração dos mandatos – entre outras (*Realism about Legal Integration: Outline of a Nuanced Legal Realist Approach*, texto ainda inédito, apresentado pelo autor em seminário realizado em maio/2013 no Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado, em Heidelberg, na Alemanha, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2222599>).

ideologia dos magistrados: turmas em que os juízes republicanos formam a maioria são significativamente mais propensas a deferir para decisões administrativas conservadoras, enquanto as turmas controladas por juízes liberais manifestam o mesmo viés em relação às decisões liberais.³⁸ Mas Cross e Tiller reportam uma importante circunstância relativa à composição das turmas julgadoras. Comparando os números de turmas formadas por juízes de uma única ideologia (três republicanos, por exemplo) com os números de turmas formadas por juízes de ideologias diferentes, os autores identificaram a existência do que chamaram de *whistleblowing effect*.³⁹ A presença deste juiz de ideologia diferente tenderia a inibir a ação dos demais juízes, na medida em que ele poderia agir para *denunciar* a manipulação da doutrina deferencial (poderia *blow the whistle*, na expressão em Inglês).⁴⁰ A circunstância parece reforçar a importância da existência do dissenso e da publicidade dos votos.

38. Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”, cit., 107 *Yale L. J.* 2155, 2169: “Thus, a panel consisting of a majority of Republicans rendered a conservative decision 54% of the time (62 of 114), while a panel consisting of a majority of Democrats rendered a liberal decision 68% of the time (28 of 41). (...) Put differently, the court panel is more likely to follow Chevron when the agency has issued a policy consistent with the panel’s assumed policy preferences (liberal for Democrats and conservative for Republicans) than when there is no such alignment between the court’s policy preferences and the agency policy”.

39. Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”, cit., 107 *Yale L. J.* 2155, 2175-2176: “Minority judges can use doctrine to corral the partisan ambitions of a court majority whose policy preferences would best be accomplished by neglecting the dictates of doctrine. The minority member acts as a whistleblower, ready to expose any cheating by the majority. In our study, we found that the presence of a whistleblower – that is, a minority member with Chevron deference favoring the minority member’s political preference – significantly increases the chances that the court majority will follow doctrine. While a partisan split panel does not negate all partisan influences on Chevron review, it clearly moderates such influences and makes doctrine more likely to be followed”.

Mais recentemente, Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein chegaram a conclusões parecidas no que denominaram *panel effects* (“Do judges make regulatory policy?”, cit., 73 *U. Chi. L. Rev.* 823, 852).

40. Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”, cit., 107 *Yale L. J.* 2155, 2171-2172: “To examine the whistleblower hypothesis further, we segregated the data by whether there was a politically unified panel (3-0 Republican and 3-0 Democratic majorities) or politically divided panel (2-1 Republican-to-Democrat majorities and vice-versa). We then separated the data with respect to deference (our measure for judicial obedience) and whether there was policy convergence between the deciding court panel and the agency. (...) Unified panels deferred to the agency only 33% (7 of 21) of the time when the policy outcomes that would have resulted from adhering to doctrine appeared inconsistent with the panel’s political preferences. In the 14 cases in which it appeared to be to the

Em estudo publicado um ano antes, também em relação às decisões do *DC Circuit*, Richard Revesz analisara todos os casos decididos pelo Tribunal entre 1970 e 1996 que controlavam decisões administrativas relativas à regulação ambiental.⁴¹ Revesz chegou a conclusões muito semelhantes às de Cross e Tiller sobre a influência da composição das turmas no padrão de votação dos magistrados. De acordo com o autor esta influência seria ainda mais significativa do que o impacto da própria ideologia do magistrado.⁴²

1.2 *As propostas de reforma para ampliar a eficácia da doutrina Chevron*

A publicação das conclusões destes estudos empíricos acima mencionados gerou preocupações relativas à eficácia das doutrinas deferenciais. Como consequência, surgiram também inúmeras propostas de reforma.⁴³

advantage of the unified panels to obey Chevron, the panels did so 71% (10 of 14) of the time. Now consider the divided panels. Of the cases in which it was to the panels' advantage to obey Chevron, they did so 84% (37 of 44) of the time. This is not surprising, as doctrine in such cases poses no conflict for the majority. Now consider the 76 cases involving the whistleblower scenario, in which it appeared to be to the advantage of the majority not to defer. These panels continued to obey the doctrine 62% (47 of 76) of the time. Compare this rate of obedience to that of unified panels whose policy preferences seemed inconsistent with the application of the Chevron doctrine (33%). In short, the presence of a whistleblower makes it almost twice as likely that doctrine will be followed when doctrine works against the partisan policy preferences of the court majority”.

41. Richard L. Revesz, “Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit”, cit., 83 *Va. L. Rev.* 1717, 1721.

42. Richard L. Revesz, “Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit”, cit., 83 *Va. L. Rev.* 1717, 1764: “In summary, these results underscore the strong effects of panel composition, which is perhaps the central insight of this Article. The reason that a Democrat sitting with two Republicans votes more conservatively than a Republican sitting with two Democrats (in period 33, when ideological voting is most prevalent) is that the effects of panel composition are far greater than the effects of individual ideology. Thus, the ‘true’ measure of the effect of ideology can only be observed when a judge sits with at least one colleague of the same party. Then, with the effects of panel composition and individual ideology not pushing in different directions, two Democrats vote far less conservatively than two Republicans. The results thus show that while individual ideology and panel composition both have important effects on a judge’s vote, the ideology of one’s colleagues is a better predictor of one’s vote than one’s own ideology”.

43. Richard L. Revesz, por exemplo, sugeriu a desconcentração do controle judicial no *DC Circuit*, por acreditar que a recorrência com que os juízes deste Tribunal tratam da matéria geraria um incentivo para que eles apliquem um controle mais intenso (“Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit”, cit., 83 *Va. L. Rev.* 1717, 1769-1770). A proposta está relacionada com a influência gerada pela

No caso da doutrina *Chevron*, uma das mais importantes é a de Adrian Vermeule. Este professor da Universidade Harvard sugere que um mecanismo deferencial mais efetivo é aquele que se baseia em uma regra diferenciada de votação, ao invés de se basear numa regra determinando uma específica intensidade do controle.⁴⁴ Esta proposta será apresentada e criticada em seguida (item 1.2.1). Após fazê-lo, no entanto, será necessário repensar se os estudos empíricos citados acima de fato comprovam a ineficácia da doutrina *Chevron* (item 1.2.2).

1.2.1 *A proposta de Adrian Vermeule: Chevron como regra de votação*

Adrian Vermeule acredita na conveniência social de *Chevron* como mecanismo voltado à alocação de decisões políticas e técnicas para as autoridades administrativas, em função de suas vantagens institucionais (notadamente, maior legitimidade democrática e expertise técnica) em relação aos tribunais. Mas ele é descrente quanto à capacidade da doutrina *Chevron* de efetivar esta diretriz. A dificuldade estaria no fato de que *Chevron* encarrega os magistrados da tarefa de identificar soluções “razoáveis/permisíveis” ainda quando não “corretas” – e a realização desta tarefa encontraria obstáculos “conceituais, psicológicos e motivacionais”.⁴⁵

existência de uma jurisdição administrativa na orientação não deferencial de um País. Sobre o assunto, v. o item 3 deste capítulo.

Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, por sua vez, cogitam algumas soluções como a difusão dos julgamentos plenários (em que a influência da ideologia seria menos significativa) ou regras favorecendo o julgamento por turmas multipartidárias (e vedando o julgamento por turmas ideologicamente unificadas). Esta última solução institucional é adotada para algumas autoridades administrativas como a FTC, que é obrigada por lei a ter no mínimo dois membros republicanos durante administrações democratas, e vice-versa (“The real world of arbitrariness review”, cit., 75 *U. Chi. L. Rev.* 761).

44. São muitas as propostas doutrinárias de reforma da doutrina *Chevron*, mas esta de Vermeule é uma das mais importantes entre aquelas baseadas em sua suposta ineficácia. Para uma proposta de reforma baseada na suposta *imprevisibilidade* da doutrina *Chevron*, por exemplo, v. William R. Andersen, “Against Chevron – A modest proposal”, 56 *Admin. L. Rev.* 957 (2004).

45. Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, cit., p. 150: “A problem that arises in many situations of partial deference is that the triggering conditions for deference are vague or imprecise. What is ‘clear’ or ‘unreasonable’ to one judge is not ‘clear’ or ‘unreasonable’ to another. Conceptually, it is not clear what ‘clear’ means. Psychologically, it is difficult for judges and other decision-makers to avoid collapsing their conception of a ‘reasonable’ legal answer into their conception of the best legal answer, thereby defining all second-best an-

Para substituir a doutrina *Chevron* Vermeule sugere solução institucional consistente em uma regra diferenciada de votação. De acordo com esta regra, para que as decisões de autoridades administrativas especializadas fossem anuladas não bastaria a maioria de votos de um tribunal, mas se exigiria uma maioria diferenciada. Por exemplo: numa turma com cinco magistrados poderia ser exigido que quatro deles votassem a favor da anulação – caso contrário a decisão seria mantida. A ideia de Vermeule consiste em traduzir o conceito de deferência a uma decisão em função do número de votos a ela contrários.⁴⁶

1.2.1.1 As supostas vantagens da proposta de reforma

Se adotada esta proposta, os magistrados ver-se-iam livres da hercúlea tarefa de avaliar a razoabilidade de uma decisão, ainda quando ela não seja a decisão que eles próprios tomariam. Vermeule sugere que cada magistrado vote simplesmente de acordo com a decisão que ele julga correta. O pendor deferencial viria dos limiares estabelecidos para a contagem da votação, ao invés de desprendimentos pessoais incertos.⁴⁷ Além de eliminar complexidades nas atividades individuais de cada magistrado, a proposta produziria o benefício de reduzir o impacto das preferências ideológicas de cada um deles, já que elas tenderiam a ser abrandadas pelo resultado combinado dos

swers as unreasonable. Motivationally, deference rules based on vague triggering conditions allow scope for ideological and even partisan biases. (...). The basic problem in such cases is that individual decision-makers are charged with internalizing a legal norm of deference that is conceptually ill-defined and that cuts against both their individual judgments of what is best and their biases and prejudices. And this duty of internalization is not aided by any of the usual mechanisms by which Law encourages or forces actors to internalize legal rules, principally material rewards or penalties”.

46. Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, cit., p. 147: “A voting rule of this sort builds (...) deference into judicial decision-making at the aggregate level of the whole court, rather than urging individual justices or judges to internalize deference as a legal norm”. Sobre o tema, v. também Jacob E. Gersen e Adrian Vermeule, “Chevron as a voting rule”, 116 *Yale L. J.* 676, 680 (2007).

47. Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, cit., p. 151: “Deference is an emergent property of the aggregate vote, rather than of individual decisions. Conceptually, there is no need for decision-makers to develop a theory about what counts as a ‘clear’ (as opposed to merely correct or incorrect) legal answer. Psychologically, there is no requirement that the decision-maker simultaneously hold in her mind two conflicting legal Standards, so the cognitive load is greatly reduced. Motivationally, each judge may be biased or prejudiced in some sense, yet assuming some diversity of preferences, the biases will be washed out at the aggregate level, with deference enforced by the voting rule”.

votos. Vermeule defende, ainda, que sua proposta “aumentaria a previsibilidade e a estabilidade, reduzindo a incerteza subjetiva”.⁴⁸

Finalmente, uma última vantagem da proposta de “*Chevron* como regra de votação” (*Chevron as a voting rule*) consistiria na sua mais fácil e efetiva *calibragem*, para gerar maior ou menor deferência, de acordo com matéria ou época específicas.⁴⁹ Se os magistrados possuem dificuldades cognitivas para distinguir entre regras como razoabilidade simples e irrazoabilidade manifesta (v. Capítulo I desta Terceira Parte), tornando a calibragem da deferência difícil, a proposta de *Chevron* como regra de votação permite uma manipulação expedita desta variável. Assim, por exemplo, levando em consideração o número de magistrados na Suprema Corte americana (nove), o legislador poderia determinar uma regra inicial no sentido de que a anulação de uma decisão administrativa depende de no mínimo seis votos neste sentido. Para áreas que exigissem uma deferência ainda maior (por exemplo, por sua forte sensibilidade política) a regra poderia ser de um mínimo de sete ou oito votos – ou, mesmo, a unanimidade.

Por todas estas razões combinadas, a proposta de *Chevron* como regra de votação seria, segundo seu autor, largamente preferível à atual doutrina, que dependeria não só da boa-vontade ou desprendimento dos magistrados, mas também de supostos “superpoderes” seus de não sucumbir aos vieses de suas próprias visões de mundo.⁵⁰

48. Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, cit., p. 167: “Voting rule deference increases predictability and stability, and reduces subjective uncertainty. To the extent that clarity, precision, and the ability of potential litigants to confidently predict judicial analysis are desirable, *Chevron* as a voting rule is preferable to doctrinal deference”.

49. Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, cit., p. 167.

50. Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, cit., p. 176: “Democratic accountability requires that courts should defer to the democratically superior judgment of administrative agencies, where Congress has not spoken clearly. Given that premise, a voting rule deference framework equals or exceeds a doctrinal deference framework on virtually every dimension of comparison. Rather than impose upon judges the awkward task of developing and executing a second-order theory of permissible interpretation, the voting rule approach asks judges to do what they do best: identify the best interpretation of a statute. This shift reduces the conceptual, psychological and motivational burdens that the *Chevron* doctrine places on judges. Such burdens are not just benign academic quandaries. They result in confusion and uncertainty about the manner in which deference will be applied. Such confusion is costly in its own right, but it also helps mask other potential biases in judicial decisions. *Chevron* as a voting rule avoids these problems by making deference an aggregate rather than individual feature of judicial review. Combined with the far more powerful ability to calibrate deference levels,

1.2.1.2 Uma avaliação crítica: méritos e deméritos da proposta

Uma análise completa da conveniência da alteração das doutrinas deferentes depende de um exame *comparativo* de méritos e deméritos. Afinal, como quaisquer outros mecanismos institucionais, a proposta de Vermeule não é isenta de problemas e limitações próprias.

Admite-se, em primeiro lugar, que a proposta permite uma mais fácil calibragem da deferência. Manipular os limiares de votação necessários para a anulação de uma decisão administrativa é, mesmo, mais fácil e mais efetivo do que esperar que os magistrados calibrem sua própria avaliação, para definir, por exemplo, se uma decisão é “irrazoável” mas não “*manifestamente* irrazoável”. Mas esta vantagem é mais clara e mais relevante nos casos em que a decisão cabe a um tribunal composto por muitos juízes. Há mais espaço para calibragem na Suprema Corte americana, com seus nove ministros (6-3; 7-2; 8-1; 9-0), do que num painel ou turma contendo apenas cinco magistrados (4-1; 5-0) ou três magistrados (caso em que a unanimidade 3-0 é a única alternativa possível). Esta circunstância não seria relevante se a maioria dos casos fosse decidida por formações numerosas de magistrados – mas esta hipótese é, na realidade, uma raridade. Na maioria absoluta dos casos tem-se uma formação menor e há pouco espaço para criar regras diferenciadas de votação ou para calibrá-las. E, sendo assim, a efetividade e a conveniência da proposta de Vermeule é drasticamente afetada. Ela parece levar em conta apenas os julgamentos realizados na Suprema Corte, quando eles representam, na realidade, parcela ínfima dos casos em que a atitude judicial deferente seria, na visão do próprio Vermeule, socialmente desejável.⁵¹

Por estas mesmas razões, as vantagens propagadas por Vermeule, de aumento da segurança jurídica e de redução da capacidade de imposição, pelos magistrados, de suas ideologias, devem ser tomadas com alguma parcimônia. Note-se que tanto um como outro efeito serão tanto mais visíveis quanto mais altos forem os limiares estabelecidos na regra de votação.

the analysis suggests the hard voting rule is a superior mechanism for promoting the democratic values of accountability at the core of the modern administrative State”.

51. Adicione-se que a solução da regra de votação tem sua adoção limitada aos Países que admitem o dissenso nas decisões colegiadas. Na França e na Itália, por exemplo, não há divulgação dos dissensos e do escore da votação ocorrida secretamente. Evidentemente, seria possível que a regra de votação diferenciada fosse adotada no momento da votação secreta, mas esta não publicização certamente diminuiria bastante os méritos e a transparência deste mecanismo. De todo modo, o Professor Vermeule não considera estas questões porque trata exclusivamente do caso americano, em que o dissenso é divulgado e as votações são públicas.

Assim, por exemplo, supondo, para ser didático, que se exigissem oito dos nove votos da Suprema Corte para anular uma decisão administrativa, seria razoável esperar maior previsibilidade do julgado, bem como menor capacidade dos ministros de imporem suas soluções ideologicamente preferidas. No primeiro caso porque a expectativa seria, mesmo, da manutenção da decisão (e, portanto, de regra, as partes saberiam o que esperar do julgamento). No segundo caso porque a força ideológica contrária à decisão da autoridade administrativa teria que ser amplamente majoritária na Corte (o que é virtualmente impossível) ou ter um poder de persuasão muito elevado. Sucede que este é um exemplo didático e irreal – no mundo real turmas ou painéis julgadores tendem a ser compostos por menos magistrados, e o espaço de manobra para a implantação da proposição de Vermeule é mais reduzido. Considerando uma turma com menos julgadores ou limiares menos exagerados (ou “didáticos”), os efeitos acima são também menos intensos.

Note-se, ainda, que a implantação da proposta de “*Chevron* como regra de votação” envolve efeitos colaterais que o Professor Vermeule não reconhece explicitamente. Quanto mais alto o limiar de votação que permitiria a anulação da decisão administrativa – e, portanto, quanto maior a segurança jurídica e quanto mais relevantes os obstáculos que se coloquem a imposições ideológicas dos magistrados –, tanto menor será a proteção dos administrados contra eventuais abusos cometidos pelas autoridades administrativas. Basta imaginar a (também didática) situação em que sete dos nove ministros da Suprema Corte enxergam uma decisão equivocada da autoridade administrativa, que ainda assim será mantida.

Em segundo lugar, admite-se que a proposta de Vermeule retiraria dos magistrados o ônus (e a complexidade) de promover juízos de razoabilidade. Sucede que muitas vezes haverá uma dificuldade superior em proceder a juízos de correção. Aliás, estas serão as situações clássicas em que a deferência é cabível. Nelas o legislador simplesmente não impõe nenhuma alternativa específica, deixando a solução para ser adotada pela autoridade administrativa. De regra, esta autoridade detém conhecimentos técnicos e informações sobre as aspirações dos setores afetados para tomar uma decisão *adequada*. Obrigar o magistrado a ter uma solução específica sua, atuando sem os mesmos recursos técnicos e de pessoal e sem estar situado em uma posição que lhe permitiria conhecer os anseios dos setores que sofrerão o impacto da sua decisão, muito frequentemente significará um procedimento *mais complexo* do que promover um juízo de razoabilidade.

Nestas circunstâncias, o magistrado se verá forçado a adotar uma posição arbitrária qualquer, fundamentando-a num discurso estritamente jurídico. Afirmará, assim, que a solução específica que ele escolheu (qualquer que

seja ela) é aquela que é *determinada* pela legislação – é a *decisão correta*. Este comportamento seria, de certa forma, *estimulado* pela proposição do Professor Vermeule, que pede ao magistrado que ofereça aquela solução que lhe parecer correta. Ocorre que com este procedimento o magistrado tenderá a esconder do público as soluções alternativas à sua, igualmente permitidas pela lei. E, ao fazê-lo, reduzirá a transparência de sua própria atuação perante o público. Como a proposta (e todo o livro) do Professor Vermeule possui o objetivo de ampliar e tornar mais efetivos os pequenos mecanismos que concretizam a democracia e aumentam a *accountability* das instituições públicas, é de se lamentar que ela termine por gerar incentivos à obscuridade e ao formalismo das decisões dos magistrados – eles também agentes públicos, eles também submetidos a deveres de transparência e *accountability*. Em nome de uma suposta dificuldade prática (de proceder a um juízo de razoabilidade), o Professor Vermeule está convidando os magistrados a ignorar uma realidade que já parecia bastante estabelecida: a de que em muitos casos simplesmente *não há uma única solução correta*. A exigência de manter as decisões administrativas desde que elas sejam *razoáveis* tem este mérito de expor o magistrado à opinião pública. Admite-se, de logo, que não há apenas uma solução possível – situação que tende a tornar os magistrados (e as autoridades administrativas) mais responsáveis pelas decisões que adotarem.⁵²

Além disso, é preciso perguntar se a complexidade dos juízos de razoabilidade consiste, de fato, em um problema tão grave a ponto de necessitar de um mecanismo (também ele, naturalmente, imperfeito) para evitá-lo. A preocupação central da reforma parece estar na ineficácia da doutrina *Chevron* tal qual aplicada atualmente. Mas isto não é totalmente claro, porque, como o próprio Vermeule observa, o impacto do estabelecimento desta regra de votação diferenciada (em detrimento da atual doutrina baseada em formulações verbais) no total de deferência não é previsível. De um lado, poder-se-ia esperar que após uma tal reforma os casos em que uma larga maioria julgasse a interpretação da agência próxima da ideal, mas não a ideal (Vermeule os denomina casos de “baixa intensidade”), passariam a ser decididos contra a autoridade administrativa. Por outro lado, os casos “mais intensos” (aqueles em que uma maioria apertada discorda cabalmente da minoria) passariam a ser decididos a favor da autoridade administrativa.⁵³

52. Sobre o tema, v. o item 2.2.1.1 do Capítulo I da Primeira Parte.

53. Adrian Vermeule, *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, cit., p. 162: “Low intensity cases – in which a large supermajority of judges think that the case is close, but that the agency’s reading is worse – will now be decided against the agency; high-intensity cases – in which the judges are polarized

1.2.2 *Uma releitura realista dos méritos da doutrina Chevron*

A proposta de reforma de Adrian Vermeule baseia-se numa suposta ineficácia de doutrinas deferenciais fundadas em formulações e comandos verbais, como é o caso de *Chevron*. Esta ineficácia restaria comprovada pelos estudos empíricos antes apresentados, que demonstrariam que a apreciação da eventual razoabilidade de uma decisão administrativa não constitui juízo objetivo e está sujeita a limitações cognitivas e vieses pessoais dos magistrados.

Há, contudo, fortes razões para duvidar desta ineficácia ou da idoneidade dos estudos empíricos para comprová-la. A dúvida decorre de diversos fatores. Em primeiro lugar, note-se que estas pesquisas empíricas servem a colher dados relativos à taxa de manutenção das decisões administrativas, para o fim de revelar a efetiva adoção, pelos magistrados, de uma postura deferencial. Sucede que estas taxas de manutenção não são indicativos precisos da postura deferencial. Não se exige dos magistrados que *mantenham* as decisões administrativas, mas apenas que as respeitem, que as considerem atentamente. É perfeitamente possível que, respeitando os termos da doutrina *Chevron* – e, portanto, dando-lhe eficácia –, os magistrados mantenham decisões administrativas (por exemplo, porque a legislação não é ambígua ou a interpretação adotada pela autoridade administrativa não é permissível). Admite-se que o percentual final de manutenção ou anulação possa *sugerir* uma orientação mais ou menos deferente, mas se trata somente de uma sugestão, e não de uma indicação precisa neste sentido.

Mas há dois elementos adicionais que precisam ser desenvolvidos. O primeiro deles é que estes estudos empíricos deixam de captar um dos mais importantes efeitos de *Chevron*: o efeito dissuasório (item 1.2.2.1). O segundo é que a doutrina *Chevron* possui, na realidade, objetivos bem mais modestos do que os que a proposta do Professor Vermeule supõe. E, tomando em conta estes objetivos mais modestos, a eficácia da doutrina parece significativa (item 1.2.2.2).

1.2.2.1 O efeito dissuasório não captado pelos estudos empíricos

A utilização de estudos empíricos que identificam a quantidade de decisões mantidas pelos tribunais é um mecanismo bastante imperfeito para revelar a real eficácia das doutrinas deferenciais. Isto porque estes estudos não captam um dos seus efeitos mais significativos, que é a *dissuasão*. Ora,

into a bare majority and a minority with sharply opposed views – will be decided in the agency's favor”.

no momento em que a Suprema Corte afirma e consagra uma orientação deferencial, ela envia para todos os potenciais litigantes uma clara *mensagem* no sentido de que relutará em reverter decisões administrativas. Isso só será feito em casos extremos, em que a decisão contestada seja particularmente viciada. Esta mensagem produz o efeito de desincentivar contestações fundamentadas em vícios menores ou incertos. Quer dizer: uma doutrina deferencial bem-estabelecida faz com que *muitas ações judiciais sequer sejam propostas* ou, então, *sejam objeto de conciliação antes do julgamento final*.⁵⁴ Os potenciais litigantes *deixam* de contestar judicialmente uma decisão administrativa ou desistem de levá-la a termo, por entenderem que suas chances de vitória são remotas e, por exemplo, não justificam os custos das ações judiciais. Este relevante efeito dissuasório não é captado por um estudo que foque apenas nas ações efetivamente propostas.⁵⁵

Adicione-se que o efeito dissuasório atua em diversos níveis: ele desincentiva a propositura de ações mas desestimula também (e talvez mais fortemente) eventuais *recursos* a decisões judiciais favoráveis à decisão administrativa. Isso significa que estudos empíricos promovidos perante a

54. Richard L. Revesz, “Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit”, cit., 83 *Va. L. Rev.* 1717, 1724: “It is possible, of course, that the presence of settlements magnifies the ideological difference by eliminating from the universe of litigation cases that would be less controversial than average and over which ideology would play a smaller role”.

55. Ao lado deste relevante efeito dissuasório, há pelo menos outros dois efeitos reportados que podem ser aqui mencionados. O primeiro deles é o deslocamento de poder que a doutrina *Chevron* promoveu *internamente* às autoridades administrativas. O tema já foi tratado no item 2.2.1.2 do Capítulo I da Primeira Parte, com base no artigo de E. Donald Elliott, “Chevron matters: how the Chevron doctrine redefined the roles of Congress, courts and agencies in environmental law”, 16 *Vill. Envtl. L. J.* 1, 11-13 (2005). O segundo é um pouco mais “etéreo”, mas claramente perceptível. Trata-se da *difusão* que a doutrina *Chevron* promoveu da orientação e do raciocínio deferencial. A propósito, já se disse no Capítulo II da Primeira Parte que *Chevron* é o caso mais citado da história do direito público americano. Até dezembro/2005 havia sido mencionado cerca de 8.000 vezes nas Cortes federais. A marca era muito superior àquela atingida por outros casos importantes, tais como *Brown versus Board of Education* (1.829 vezes), *Roe versus Wade* (1.801 vezes) e *Marbury versus Madison* (1.559 vezes). Era, mesmo, superior à marca destas três decisões tomadas em conjunto (de acordo com Stephen Breyer *et alli*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, 6ª ed., Aspen, 2006, p. 247). Jerry Mashaw sugere, ironicamente, que se deveria demandar à Suprema Corte um estudo de impacto ambiental, dado o número de árvores que tiveram que ser derrubadas para dar conta da volumosa literatura referente a este caso – relativo a uma decisão de uma agência de proteção ambiental (v. “Improving the environment of agency rulemaking: an essay on management, games, and accountability”, 57 *Law & Contemporary Problems* 185, 229, n. 116 (1994)).

Suprema Corte ou tribunais superiores tendem a revelar um retrato *ainda menos* fiel da eficácia de doutrinas deferenciais. Afinal, estes estudos (i) deixam de colher inúmeras hipóteses em que a doutrina deferencial *foi eficaz*, na medida em que evitou ações ou recursos; e (ii) terão como objeto apenas os *casos mais fortes e polêmicos*,⁵⁶ em que o litigante realmente crê na irrazoabilidade da decisão contestada. Naturalmente, a taxa de concordância da Suprema Corte com estes casos mais fortes e polêmicos é pouco adequada para revelar a eficácia de uma doutrina – que bem poderia colher a grande massa de casos mais comuns e ordinários.⁵⁷

A propósito do efeito dissuasório, é possível mencionar outra importante pesquisa empírica, realizada pelos Professores Peter Schuck e Donald Elliott. Os autores observaram que, considerando a taxa geral de manutenção das decisões administrativas contestadas, houve um acréscimo considerável nos anos imediatamente seguintes a *Chevron*, mas uma redução nos anos posteriores.⁵⁸ Uma das formas de interpretar estes dados é precisamente como uma comprovação do efeito dissuasório: a manutenção de muitas decisões por determinado período gerou um desestímulo para contestações pouco fundadas; num segundo período, em que chegariam à Suprema Corte apenas contestações mais bem fundadas, a taxa de manutenção tenderia a reduzir. É precisamente esta a interpretação de Linda Cohen e Matthew Spitzer para esta mudança nas taxas de reversão: tratar-se-ia de um ajuste das autoridades administrativas e dos potenciais contestadores de suas decisões,

56. Athur Dyevre, *Realism about Legal Integration: Outline of a Nuanced Legal Realist Approach*, cit., texto ainda inédito apresentado pelo autor em seminário realizado em maio/2013 no Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado, em Heidelberg, na Alemanha: “Unlike their French and Scandinavian fellow legal theorists, American Legal Realists – apart perhaps from the more idiosyncratic Jerome Frank – were not radical rule-sceptics. Instead, they believed that legal reasoning may often be determinate but not in the cases that reach the stage of appellate review, where it will usually fail to yield a unique outcome. They observed that adjudication makes legal rules appear more indeterminate than they really are because clear cases are settled outside the court system. In short, litigation is driven by indeterminacy, with the result that more indeterminate rules will give rise to more litigation and are likely to be the most litigated precisely in those situations where they appear most indeterminate. At the stage of constitutional or supreme court review, few, if any, determinate cases are left”.

57. Admitindo a importância deste efeito dissuasório, v. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “The real world of arbitrariness review”, cit., 75 *U. Chi. L. Rev.* 761.

58. Peter Schuck e Donald Elliott, “To the Chevron station: an empirical study of federal administrative law”, 1990 *Duke L. J.* 984 (1991).

em resposta à mensagem dos tribunais de que adotavam uma orientação deferencial.⁵⁹

1.2.2.2 O real objetivo de *Chevron* e a reavaliação de sua eficácia

Esta última circunstância chama a atenção para outro aspecto, relativo à real finalidade de uma doutrina deferencial. Dá-se por incontroverso que estas doutrinas não resolvem totalmente o problema da imposição pelos magistrados de suas próprias visões de mundo, em detrimento daquelas da autoridade administrativa. Mas será que é este o seu objetivo?

Parece totalmente plausível supor que as doutrinas deferenciais ao menos *diminuem* o efeito destes vieses pessoais ou ideológicos, ou *contribuam para reduzir* seu impacto. Dito de outro modo: é possível supor que ao menos *algum* benefício advenha do deslocamento de um exame de identificação da correção de uma decisão administrativa para um exame de identificação da sua razoabilidade. Afinal, embora magistrados com ideologias e circunstâncias pessoais diversas tendam a ter diferentes noções sobre o que é, ou não, razoável em um caso concreto, é plausível imaginar que eles discordariam ainda mais se tivessem que decidir sobre aquilo que é *correto* num dado caso concreto. Neste sentido, o efeito de um modelo deferente de controle judicial não seria *garantir* a manutenção de todas as decisões que não sejam objetivamente irrazoáveis, mas apenas assegurar a manutenção de *mais decisões teoricamente razoáveis*.⁶⁰

Tomadas as coisas com maior realismo, é assim mesmo que se deve interpretar o *propósito* de um modelo de controle judicial deferente. Ele operaria num nível mais incontroverso e visaria a colher apenas casos mais extremos. Aceita esta tese, tem-se uma visão menos idealista da deferência e os seus benefícios podem ser mais bem compreendidos. Neste sentido, um modelo de controle deferente não é um mecanismo *perfeito*, mas tampouco pretende sê-lo – o seu alvo e os seus méritos estão nos casos mais extremos.

59. Linda R. Cohen e Matthew L. Spitzer, “Solving the Chevron puzzle”, (1994), 57 *Law & Contemporary Problems* 65, 91.

60. Athur Dyevre fala de um “realismo moderado”, que “neither assumes the complete indeterminacy of legal rules, nor the existence of a single right answer in all and every case, but views law as one potential constraint among the many factors shaping judicial behaviour” (*Realism About Legal Integration: Outline of a Nuanced Legal Realist Approach*, cit., texto ainda inédito, apresentado pelo autor em seminário realizado em maio/2013 no Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado, em Heidelberg, na Alemanha, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2222599>).

Assim, ele estaria voltado simplesmente a manter *mais* decisões administrativas do que seria o caso sob um regime de correção.

Estas afirmações são consistentes com as conclusões empíricas dos diversos estudos citados acima. Os dados aportados pela pesquisa de Eskridge e Baer, por exemplo, servem a demonstrar que não há neutralidade absoluta e que a decisão dos magistrados tende a ser influenciada pelas suas próprias visões de mundo – e não apenas pelo direito, objetivamente considerado. Sucede que postas de lado as poucas exceções, os dados não parecem sugerir influências ideológicas excessivamente significativas (item 1.2.2.2.1). Além disso, a influência das ideologias não elimina um pendor deferencial geral, e nem mesmo um pendor deferencial no caso de controle de decisões ideologicamente contrárias às dos ministros (item 1.2.2.2.2.).

1.2.2.2.1 A real medida da influência da ideologia pessoal em juízos de razoabilidade – Sobre o primeiro ponto, observe-se que 12 dos 17 ministros que tiveram o seu histórico de votação computados apresentaram taxa de distorção entre votos pró-interpretações liberais e votos pró-interpretações conservadoras inferior a 20 pontos percentuais. Destes, 9 apresentam taxas de distorção inferiores a 15 pontos percentuais. O ponto central aqui é o de que, mesmo em se admitindo que a ideologia do ministro influencia os seus votos, esta influência não parece ser *excessiva* ou totalmente determinante na sua postura. Assim, por exemplo, o ministro Warren Burger, com seus impressionantes 87% de votos concordantes com interpretações conservadoras, apresentou uma taxa também bastante alta de concordância com interpretações liberais (75,9%). Isso parece significar que, mais do que um pendor a manter interpretações conservadoras, este ministro apresentava um pendor geral para a deferência às autoridades administrativas. Em 81.3% dos casos, o seu voto foi neste sentido.

Adicione-se que 6 ministros (um terço do total) apresentam viés *contrário* à sua ideologia: deferem mais para interpretações ideologicamente contrária do que para interpretações ideologicamente concordantes. Em alguns casos, este viés é significativo. No caso do Ministro conservador John Paul Stevens, a taxa de diferença chega a 29.6 pontos percentuais em benefício de interpretações liberais. No caso do também conservador Ministro Harry Blackmun, a taxa de diferença é de 25.3 pontos percentuais. Estas circunstâncias permitem questionar a real *intensidade* geral da influência ideológica (quando não a sua própria *existência*).

1.2.2.2.2 A consagração de um pendor deferencial geral, a despeito de vieses ideológicos – Sobre o segundo ponto, os dados aportados pelas

pesquisas revelam um pendor deferencial *universal*. Isto pode ser observado enxergando a questão sob uma perspectiva *micro*, relativa a cada magistrado em particular, ou *macro*, relativa às taxas genéricas de manutenção das decisões.

Inicie-se pela perspectiva *micro*. A despeito da influência que a ideologia de cada ministro exerce sobre os seus votos, ela geralmente não afeta a orientação deferencial que se pretendia imprimir. Assim, ainda em relação ao estudo de Eskridge e Baer, nenhum ministro estudado apresentou taxa de concordância geral inferior a 50%. 15 dos 17 ministros apresentaram taxa de concordância geral superior a 60%. Ainda mais relevante é a informação de que apenas 3 ministros tiveram taxa de concordância inferior a 50% para as interpretações contrárias à sua ideologia. Enquanto isto, 7 ministros tiveram taxas de concordância superior a 75% para interpretações contrárias à sua ideologia. Isso significa que, mesmo controlando decisões ideologicamente divergentes às suas, a orientação deferencial dos ministros de regra permanece. Assim, entre os 12 ministros conservadores, 6 tiveram taxas de concordância com as interpretações liberais superior a 73%. A taxa média de deferência nestes casos (ministros conservadores controlando decisões liberais) é de 66.55%. Entre os 5 ministros liberais, 3 tiveram taxas de concordância superior a 60% com as interpretações liberais. A taxa média de deferência nestes casos é reduzida (55.72%), mas ela é puxada para baixo pelas votações claramente ideológicas dos Ministros Marshall e Brennan (com taxas de concordância de 38.8% e 36.7%, respectivamente). Os demais dados sugerem, no entanto, que estes dois ministros constituem exceções ao padrão geralmente razoável da Suprema Corte americana.

Os números em si já são bastante reveladores da persistência de uma orientação individual deferente, em obediência ao ideal de *Chevron*. Mas não se perca de vista que eles são ainda mais significativos porque relativos a julgamentos da Suprema Corte e do DC Circuit. Estes tribunais possuem uma natureza política bastante acentuada e é mesmo de se esperar que nas suas decisões, as matizes ideológicas aflorem mais intensamente. No caso da Suprema Corte, os casos de controle judicial que chegam ao mais alto escalão do poder judiciário americano são normalmente os mais complexos ou polêmicos. Além disso, como corte eminentemente política que a Suprema Corte americana é, os julgamentos e as discussões havidas tendem a exacerbar visões e aspectos políticos contraditórios. No caso do DC Circuit, é o próprio Richard Revesz, autor de um dos estudos empíricos mencionados acima, quem afirma que as conclusões do estudo empírico deveriam ser tomadas com cautela. Nas suas palavras, “os juízes do DC Circuit possuem um perfil político muito mais significativo do que os juízes federais em ge-

ral. Antes da sua nomeação para o tribunal, um número desproporcional deles serviu ao Congresso ou em posições políticas no Poder Executivo. Além disso, porque em anos recentes um número desproporcional de juizes do DC Circuit foram nomeadas para a Suprema Corte, eles podem tentar votar consistentemente com os desejos do partido como uma forma de aumentar as suas chances de nomeação. Portanto, a ideologia pode ter um impacto maior que a média nos votos destes juizes do que no universo de juizes federais”.⁶¹

A conclusão geral é a de que, se a ideologia dos magistrados influencia suas decisões (e, portanto, não há juízos “neutros”), esta influência não parece ser tão intensa a ponto de incapacitá-los totalmente para identificar a razoabilidade de uma decisão administrativa ideologicamente contrária. Se as doutrinas deferenciais não chegam a eliminar os efeitos dos vieses ideológicos dos magistrados nos controles que procedem das decisões administrativas, ao menos elas parecem *reduzi-los*.⁶² As autoridades administrativas,

61. Richard L. Revesz, “Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit”, cit., 83 *Va. L. Rev.* 1717, 1720-1721: “The backgrounds of the judges who formed the basis for this study during the periods spanning the mid-1980s to the early 1990s, when ideology played a particularly significant role in judicial decision-making (...) illustrate this point. Of the four Democratic judges, Abner Mikva had previously served as a member of the House of Representatives and Patricia Wald had been Assistant Attorney General for Legislative Affairs. Of the five Republican judges, Laurence Silberman had served as Deputy Attorney General, James Buckley as a member of the Senate, and Douglas Ginsburg as Assistant Attorney General for Antitrust (...). During the period of this study the following DC Circuit judges were nominated to the Supreme Court: Antonin Scalia, Robert Bork, Douglas Ginsburg, Clarence Thomas, and Ruth Bader Ginsburg”. Também destacando o perfil político do *DC Circuit*, v.: William E. Kovacic, “The Reagan judiciary and environmental policy: the impact of appointments to the federal courts of appeals”, 18 *B. C. Envtl. Aff. L. Rev.* 669, 700-02 (1991); Richard J. Pierce Jr., “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, cit., 1988 *Duke L. J.* 300; Louis S. Loeb, “Judicial blocs and judicial values in civil liberties cases decided by the Supreme Court and the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit”, 14 *Am. U. L. Rev.* 146, 148-56 (1965).

62. Neste mesmo sentido afirma Richard J. Pierce, Jr. (*Administrative Law Treatise*, 5ª ed., New York, WoltersKluwer, 2010, p. 169: “It is important to note, however, that the Miles and Sustain study is entirely consistent with the more modest claim that Chevron has *reduced the strength* of the role of the personal preferences of judges and justices in the policy-making process that takes place through interpretation of ambiguous agency-administered statutes. Studies of judicial decision-making in other politically charged contexts have found that the political preferences of judges and justices have a *more powerful* effect than Miles and Sustain found in the context of judicial applications of Chevron. E.g., Cass Sustein, David Schkade, and Lisa Ellman, ‘Ideological voting on federal courts of appeals: a preliminary in-

portanto, possuem maior espaço para efetivar suas soluções e suas políticas num contexto deferencial do que fora dele. A conclusão vai exatamente no mesmo sentido das afirmações anteriores, de acordo com as quais, do ponto de vista *micro* (da perspectiva de cada magistrado tomada individualmente), a deferência é *relativamente* efetiva e o mecanismo verbal tradicional é relativamente eficaz em promover uma atitude deferencial.

Passe-se, finalmente, à perspectiva *macro*, relativa à taxa geral de manutenção. Nos dois estudos promovidos por Thomas J. Miles e Cass Sunstein, que cobrem a aplicação da doutrina *Chevron* e dos modelos de controle de razoabilidade e de evidências substanciais, esta taxa alcança uma média de 64%.⁶³ Em outras palavras: dois terços das decisões administrativas contestadas (repita-se: dois terços das mais polêmicas e daquelas que não sofreram o efeito dissuasório das doutrinas deferenciais) são mantidos pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma taxa considerável, e semelhante àquela que se verifica no Direito Canadense. Com efeito, em pesquisa empírica realizada perante os tribunais inferiores do Canadá, William Lahey e Diana Ginn reportaram uma difusão significativa da orientação deferencial, com uma taxa de manutenção das decisões administrativas de 66%.⁶⁴ Conclusão

vestigation', 90 *Virginia Law Review* 301 (2004); Richard Revesz, 'Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit', 83 *Virginia Law Review* 1717 (1997)".

63. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, "The real world of arbitrariness review", cit., 75 *U. Chi. L. Rev.* 761, 802-805 (2008).

64. William Lahey e Diana Ginn, "After the revolution: being pragmatic and functional in Canada's trial courts and courts of appeal" (2002), cit., 25 *Dal. L. J.* 259, 325-326: "Our review shows not only that the lower courts are using language, concepts and an analytical framework that are consistent with the revolutionized doctrine, but that they are doing so to produce outcomes that cumulatively run fairly strongly in favour of curial deference and against frequent judicial intermeddling in administrative matters. For example, over roughly a four year period, the lower courts used the pragmatic and functional analysis to find unreasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness to be the standard of review roughly twice as often as they found correctness to be the appropriate standard of review. Patent unreasonableness was even sometimes applied in appeal cases, which takes deference in that context further than has the Supreme Court. Where review for unreasonableness or for patent unreasonableness was applied, the courts left the administrative decision in place nearly five-sixths of the time. Even where review for correctness was determined to be appropriate or necessary, marginally more administrative decisions were upheld than were quashed. Indeed, several cases clearly recognized doctrinal scope for deference within correctness review and again, these courts appear to be somewhat ahead of the Supreme Court on this question. Overall, we found that courts overturned the administrative decision on substantive grounds in roughly one third of the cases, but this rate of intervention drops to between 25 and 30% when immigration and refugee case (where intervention runs closer to 40%) are excluded

semelhante já havia sido alcançada por Brian Langille ainda na década de 1980.⁶⁵

Note-se que uma taxa de manutenção superior a esta seria bastante improvável. De um lado, há casos em que a deferência simplesmente não é devida, em atenção “pura e não ideológica” aos termos da doutrina deferencial (por exemplo, em *Chevron* a interpretação não é permissível ou não há ambiguidade legislativa).⁶⁶ De outro lado, estes casos tendem a compor uma fração cada vez mais significativa dos que chegam a juízo na medida em que o efeito dissuasório acima apontado cresce em significância.

Assim, sob qualquer ângulo de análise, parece ser consideravelmente eficaz a tentativa de impor uma orientação judicial deferencial nestes dois Países.

* * *

Há diversas razões para duvidar da eficácia das doutrinas deferenciais – para desconfiar, enfim, de que os comandos por elas veiculados se transmutem de fato em comportamentos judiciais autorrestritivos. Do ponto de vista teórico sustentou-se a dificuldade de proceder a juízos autônomos e objetivos da razoabilidade. Estes juízos seriam ou psicologicamente impossíveis (o indivíduo não conseguiria graduar a plausibilidade de soluções diferentes da sua), ou irremediavelmente relacionados com um juízo prévio de correção. Do ponto de vista prático e empírico apontou-se a influência da ideologia dos magistrados nos seus votos. Diversos estudos realizados pela

from the calculations. (...). In our view, these patterns suggest that a culture of respect for administrative autonomy and expertise may be putting down roots throughout and across the superior courts”.

65. Brian Langille, “Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), 17 *R. G. D.* 169, 197: “It seems to me that there is profound evidence in the decisions of the lower courts of the impact of the new unified and restricted theory of judicial review. To put it simply, there has been a pronounced tendency in the lower courts simply to drop a reference to Volvo, Douglas Aircraft and/or CUPE, or Shalansky and dismiss judicial review proceedings on the basis that the interpretation of the collective agreement by the arbitrator, or of labour relations legislation by the labour relations board, was not ‘patently unreasonable’”.

66. Assim também Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”, cit., 107 *Yale L. J.* 2155, 2163: “While the general thrust of *Chevron* is deference to administrative agency interpretations, the opinion did not command mechanistic deference. A lower court can refuse to defer because the agency interpretation is contrary to the plain meaning of the statute (Step One) or because the interpretation is unreasonable (Step Two). A court striking down a rule on these grounds can claim to be obedient to doctrine. Thus obedience to doctrine cannot be measured strictly by the amount of deference given to agencies”.

doutrina jurídica americana revelaram que, ao invés de simplesmente deferir para os juízos efetuados pela autoridade administrativa, os magistrados tenderiam a tentar impor soluções consoantes às suas próprias preferências políticas. Juízes liberais votariam mais frequentemente para manter decisões administrativas liberais; juízes conservadores apresentariam o mesmo viés.

Com base nestas suspeitas e desconfianças, algumas propostas de reforma foram apresentadas. Estas propostas visavam a aumentar a eficácia das doutrinas deferenciais, promovendo uma efetiva orientação judicial autorrestritiva. Uma das principais delas é a do Professor Adrian Vermeule, da Universidade Harvard. Este professor sugere que um mecanismo deferencial mais efetivo é aquele que se baseia numa regra diferenciada de votação, ao invés de se basear numa regra determinando uma específica intensidade do controle. Por exemplo, poderia ser estabelecido que apenas uma maioria absoluta ou qualificada (ou, mesmo, unanimidade) permitiria a anulação de uma decisão administrativa. De acordo com Vermeule, a adoção desta proposta livraria os magistrados da complexa missão de avaliar a razoabilidade de uma decisão, ainda quando ela não seja a decisão que eles próprios tomariam. Além disso, a doutrina *Chevron* como regra de votação permitiria maior calibragem do *nível* da deferência pretendida, já que seria possível manipular de forma mais precisa os limiares de votação para consagrar determinado nível de deferência.

Sucede que esta proposta não está, tampouco ela, imune a problemas. Em primeiro lugar, a propalada facilidade de calibragem só existirá nos casos em que o painel ou a turma responsável pelo julgamento sejam compostos de vários magistrados. Turmas menores dão menor espaço para calibragem e manipulação dos limiares de votação. Como a maioria dos julgamentos relativos a controle da administração pública envolve turmas reduzidas, tem-se que a calibragem é um benefício que seria pouco aproveitado na prática. Em segundo lugar – e mais importante –, a proposta de Vermeule busca livrar os magistrados das dificuldades de proceder a um juízo de razoabilidade, supondo que lhes seria mais fácil promover juízos de correção. Sucede que em alguns casos estes últimos podem ser ainda mais complexos. Aliás, estas serão as situações clássicas em que a deferência é cabível. Nelas o legislador simplesmente não impõe nenhuma alternativa específica, deixando a solução para ser adotada pela autoridade administrativa. Obrigar o magistrado a ter uma solução específica sua, atuando sem os mesmos recursos técnicos e de pessoal da administração e sem estar situado em uma posição que lhe permita conhecer os anseios dos setores que sofrerão o impacto da sua decisão, muito frequentemente significará um procedimento *mais complexo* do que promover um juízo de razoabilidade.

Além disso, nestas situações a escolha de uma “solução correta” tenderá a esconder do público, no discurso do magistrado, as soluções alternativas igualmente permitidas pela lei. E, neste sentido, reduzirá a transparência da atuação judicial.

Estas dificuldades da alternativa proposta pelo Professor Vermeule recolocam a questão dos méritos de *Chevron*: seria esta doutrina realmente tão ineficaz como sugerem os estudos empíricos reveladores da influência ideológica nas votações? A resposta que se deu neste item foi negativa. Reputou-se que estes estudos não são idôneos a demonstrar a ineficácia de *Chevron* ou de outras doutrinas deferenciais.

Primeiro porque o foco nos percentuais de manutenção ou anulação das decisões administrativas de cada ministro é um índice imperfeito da efetiva adoção, por eles, daquilo que é realmente relevante: uma *postura* ou *orientação* deferencial em relação aos pronunciamentos da administração pública. Não se exige dos magistrados que *mantenham* as decisões administrativas, mas apenas que as respeitem, que as considerem atentamente. É perfeitamente possível que, respeitando os termos da doutrina *Chevron* – e, portanto, dando-lhe eficácia –, os magistrados mantenham decisões administrativas (por exemplo, porque a legislação não é ambígua ou a interpretação adotada pela autoridade administrativa não é permissível). Admite-se que o percentual final de manutenção ou anulação possa *sugerir* uma orientação mais ou menos deferente, mas se trata somente de uma sugestão, e não de uma indicação precisa.

No mais, algumas circunstâncias sugerem que estas sugestões podem ser enganosas. Note-se que o foco nos percentuais de manutenção das decisões administrativas não capta um dos mais relevantes efeitos de uma doutrina deferencial, que é a *dissuasão*. No momento em que um tribunal superior afirma e consagra uma orientação deferencial, ele envia para todos os potenciais litigantes uma clara *mensagem* de que relutará em reverter decisões administrativas. Esta mensagem gera desincentivos à propositura de novas ações e incentivos à conciliação, por exemplo. Ou seja: as decisões que chegarão a ser efetivamente julgadas são aquelas que ultrapassam estes incentivos. Disso, duas consequências: (i) para saber da eficácia de *Chevron* seria necessário identificar a magnitude deste efeito dissuasório (por exemplo, há menos contestações de decisões administrativo pós-*Chevron* que pré-*Chevron*?); (ii) é plausível supor que as decisões que restaram a ser julgadas sejam aquelas mais polêmicas ou aquelas cujo autor realmente acredita que sejam meritórias – e, neste caso, seria natural que uma parte significativa delas resultasse na anulação da decisão administrativa.

Estas considerações acima tornam necessário extrema cautela no momento de analisar as taxas de manutenção das decisões administrativas como indicativas da eficácia de doutrinas deferenciais. Mas, ainda assim, é preciso dizer que estes números não são desfavoráveis, como à primeira vista se poderia supor. Partindo de uma perspectiva *micro*, que leva em consideração os magistrados individualmente, é possível observar que os estudos empíricos demonstram um *pendor deferencial genérico*. Assim, a despeito das inclinações deferenciais superiores no caso de decisões compatíveis com a ideologia do magistrado, identifica-se um viés relativamente satisfatório de deferência à administração *também nos casos de decisões ideologicamente contrárias*. No caso de uma perspectiva *macro*, que toma o cenário amplo e geral de controle das decisões administrativas, os estudos empíricos realizados tanto nos Estados Unidos como no Canadá apontam para uma taxa de manutenção de aproximadamente 65%. Por todas as razões afirmadas acima, não é possível afirmar com precisão que se trata de um número satisfatório, mas certamente não se trata de um número decepcionante. E, finalmente, se se considera que o objetivo de *Chevron* consiste não em *garantir* a manutenção de todas as decisões que não sejam objetivamente irrazoáveis, mas apenas assegurar a manutenção de *mais decisões teoricamente razoáveis*, então, há razão para supor que os números são auspiciosos.

2. A dinâmica da deferência: criação e evolução dos modelos deferentes

Nesta segunda parte do capítulo a deferência passa a ser examinada sob um ponto de vista *histórico* ou *dinâmico*. Esta perspectiva revela dois elementos analíticos muito relevantes. De um lado, a atenção à evolução jurisprudencial, notadamente nos Direitos Canadense e Francês, deixa transparecer que a posição de autorrestrição judicial pode ter *significados históricos* muito distintos, revelando, assim, uma diferença na própria concepção de deferência judicial à administração. De outro lado, esta mesma perspectiva acentua, ainda, como o modelo de controle deferente tem tido sorte dissemelhante nas jurisdições estudadas: em algumas disseminou-se fortemente, a ponto de constituir o modelo de controle judicial-“padrão”; noutras está em franco declínio, perdendo espaço para o controle judicial não deferente. Este item está consagrado a estas duas análises. No primeiro momento examinam-se as razões histórico-jurisprudenciais da criação do modelo de controle judicial deferente (item 2.1). No segundo momento a atenção está voltada à análise da evolução posterior deste modelo (item 2.2).

2.1 *As circunstâncias históricas da criação dos modelos deferentes*

Neste primeiro passo, importa externar as circunstâncias que, em cada jurisdição, levaram à criação de um modelo de controle judicial deferente e sua consequente motivação. Na hipótese mais intuitiva, este modelo de controle implica um movimento de *retração judicial*. Neste sentido, sua criação possibilitaria restringir um controle judicial antes excessivamente intenso (item 2.1.1). Mas há também uma segunda hipótese, menos óbvia: aquela em que a criação de um modelo de controle judicial deferente serve para possibilitar a *ampliação* da intervenção judicial, em domínios antes não sujeitos a controle algum (item 2.1.2).

2.1.1 *A hipótese intuitiva: o modelo deferente como veículo de retração judicial*

Entre as jurisdições estudadas para a elaboração deste trabalho, a hipótese intuitiva encontra ilustração bastante clara no Canadá (item 2.1.1.1) e ilustrações um pouco menos evidentes nos Estados Unidos e na Itália (item 2.1.1.2).

2.1.1.1 *A ilustração perfeita do Direito Canadense*

No Direito Canadense a criação do primeiro modelo deferente de controle (o modelo de irrazoabilidade manifesta) traduz um evidente movimento de *retração judicial*; implica um curso em direção a um controle *menos intenso* do que o que se dava precedentemente. Como já foi repetidamente relatado neste trabalho, este modelo de controle foi criado no caso *CUPE*, em 1979.⁶⁷ A iniciativa corresponde a uma reação da Suprema Corte a uma atitude progressivamente interventiva dos tribunais inferiores.⁶⁸

A situação levou a uma clara insatisfação da administração pública e do Parlamento. Como resposta, o Parlamento acentuou a edição de legislações contendo as chamadas “cláusulas privativas”, disposições voltadas a restringir a intervenção judicial.⁶⁹ Estas cláusulas estabeleciam, por exemplo, que as decisões de determinada autoridade administrativa eram “finais

67. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

68. David Mullan, “Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!” (1998), 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 191, 192.

69. Sobre as *cláusulas privativas*, v. o item 2.5.1.1.1 do Capítulo I da Segunda Parte.

e conclusivas” ou nas excluíam direta e explicitamente do controle do Poder Judiciário. Mas esta intervenção do Parlamento não surtiu o efeito desejado. Os tribunais passaram a desviar deste obstáculo através da interpretação de que as cláusulas privativas não alcançavam “questões jurisdicionais”, as quais estariam sempre submetidas a um controle judicial não deferente.⁷⁰ Ato contínuo, as questões jurisdicionais passaram a ser interpretadas de forma ampla, constituindo o embasamento teórico de que o movimento judicial intervencionista necessitava.⁷¹

Assim, a situação de alto intervencionismo perdurou, e com ela perdeu também a insatisfação dos Poderes Executivo e Legislativo. Do ponto de vista teórico o período de hostilidade judicial à administração pública estava relacionado a uma forte influência do individualismo⁷² e da desconfiança no Estado administrativo.⁷³ Estas tendências foram significativamente corporificadas na doutrina de Albert Venn Dicey,⁷⁴ professor da Universidade

70. Brian Langille, “Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), cit., 17 *R. G. D.* 169, 189-190: “Insofar as a privative clause stood in the way of the Court’s inflicting their own views upon the parties the ‘comforting conceptualism of jurisdiction’ offered a right of passage into forbidden territory. (...) What is crucial is that the bottom line was a major invasion by the courts of the decision-making processes established by national labour law policy, and the thwarting of those processes and of that policy as a result. Thus we became witnesses to a familiar and recurring bit of institutional choreography – a labour board or arbitration decision – judicial review quashing the decision – legislative overruling of the judges”.

71. Sobre a ampla interpretação dada às questões jurisdicionais, v. o item 2.1.1.1 do Capítulo II da Segunda Parte.

72. V.: John Willis, “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional”, (1935/36), 1 *U. T. L. J.* 53, 60. John Willis foi um dos mais importantes opositores a esta visão. Sobre a sua obra, v. o próximo item e também: Richard C. B. Risk, “*In Memoriam: John Willis*” (1997), 47 *U. T. L. J.* 301, 303; e David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, 55 *U. Toronto L. J.* 691, 691 (2005).

73. Cf.: Ian Holloway, “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), 22 *Man. L. J.* 28, 32; David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the process/substance distinction: *Baker versus Canada*” (2001), 51 *U. T. L. J.* 193, 204.

74. Em um caso, a Ministra Wilson, da Suprema Corte do Canadá, classificou Dicey como *remarkably influential* no direito administrativo canadense (v. *American Farm Bureau Federation versus Canadian Import Tribunal* (sub nom. *National Corn Growers Association versus Canada (Import Tribunal)*), [1990] 2 SCR 1324 at. 1332). Destacando a importância do pensamento de Dicey no intervencionismo canadense, v.: Harry Arthurs, “Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), 17 *Osgood Hall L. J.* 1; John M. Evans, “Jurisdictional review in the Supreme Court: realism, romance and recidivism” (1991), cit., 48 *Admin. L. R.*

de Oxford e ferrenho opositor à existência de um “direito administrativo”.⁷⁵ Dicey concentrava nas mãos do Poder Judiciário a tarefa de grande defensor do Estado de Direito e proclamava a conveniência da sua forte intervenção, para evitar arbítrios administrativos.⁷⁶

No caso *CUPE* a Suprema Corte resolve pôr fim a este estado de coisas, anunciando e inaugurando uma nova era de maior restrição dos tribunais. A bom rigor, a Suprema Corte já havia sugerido, em decisões anteriores a *CUPE*, que a autocontenção judicial poderia ser preferível.⁷⁷ Mas, neste caso, isto é feito pela primeira vez de forma explícita. Há uma célebre passagem em que o Ministro Dickson afirma que as cortes não devem tentar fazer passar por jurisdicionais questões que duvidosamente o são, apenas para aplicar um controle mais intenso.⁷⁸ Trata-se de uma explícita repreen-

255; David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 291; Claire L’Heureux-Dubé, “The ‘ebb’ and ‘flow’ of administrative law on the ‘general questions of law’”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 310; Beverly McLachlin, “The roles of administrative tribunals and courts in maintaining the rule of law” (1999). 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 171.

75. Conhecidas a objeção de Dicey ao direito administrativo e sua clássica frase “In England we know nothing of administrative law, and wish to know nothing about it”. Para este autor a administração pública deveria ser submetida ao mesmo Direito que regulava a ação das pessoas privadas. Sua submissão a um Direito especial seria uma forma indevida de privilégio. Para uma crítica a esta visão, v. Harry Arthurs (“Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), cit., 17 *Osgood Hall L. J.* 1, 5), segundo quem a concepção diceyana de Estado de Direito “has become a legal-cultural artifact. It has an emotive and symbolic significance, and still commands loyalty to which, on any objective assessment of its intellectual merits, it is not entitled”. No mesmo sentido, v.: Felix Frankfurter, “Foreword: current developments in administrative law” (1938), 47 *Yale L. J.* 515 at. 517: “Few law books in modern times have had an influence comparable to that produced by the brilliant obfuscation of Dicey’s Law of the Constitution (...). Generations of judges and lawyers were brought up in the mental climate of Dicey. Judgments, speeches in the House of Commons, letters to The Times, reflected and perpetuated Dicey’s misconceptions and myopia. The persistence of the misdirection that Dicey had given to the development of administrative law strikingly proves the elder Huxley’s observation that many a theory survives long after its brains are knocked out”.

76. Ian Holloway faz menção ao “Diceysm” que acometeria os magistrados canadenses, no sentido de um “inflated sense of their own importance to the preservation of social justness” (“A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), cit., 22 *Man. L. J.* 28, 29).

77. *Service Employees, International Union, Local 333 versus Nipawin District Staff Nurses’ Assn.*, [1975] 1 SCR 382; *Jacmain versus Canada (Attorney General)*, [1978] 2 SCR 15.

78. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 233: “With respect, I do not think

são às manobras que estavam sendo feitas pelas cortes inferiores para atrair um controle mais intenso.

O julgamento em si é um libelo em prol da deferência judicial à administração pública. A Suprema Corte faz importantes considerações sobre como o processo decisório das agências difere do processo decisório das cortes, envolvendo, inclusive, a ponderação e o balanceamento de diferentes interesses públicos conflitantes.⁷⁹ Observa, ainda, como as decisões das agências muito frequentemente envolvem escolhas igualmente razoáveis, em face da ambiguidade da redação da norma.⁸⁰ Tendo em vista esta ambiguidade e a possibilidade de diversas interpretações razoáveis, a pergunta relevante passava a ser: qual instituição é mais bem adaptada para realizar estas escolhas?

O caso *CUPE* relacionava-se com a interpretação de um dispositivo da legislação laboral sob os cuidados de uma agência administrativa, enquadrando-se no “coração” de sua jurisdição. Por essa razão, de acordo com a Suprema Corte, a agência tinha, inclusive, o “direito de errar”.⁸¹ Havendo

that the language of ‘preliminary or collateral matter’ assists in the inquiry into the Board’s jurisdiction. One can, I suppose, in most circumstances subdivide the matter before an administrative tribunal into a series of tasks or questions and, without too much difficulty, characterize one of those questions as a ‘preliminary or collateral matter’. (...). The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so”.

79. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236: “The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers – broader than those typically vested in a labour board – to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met”.

80. Esta, aliás, era a situação do próprio caso. A Corte examina a razoabilidade de cada interpretação contida nos autos. Procede desta maneira não para demonstrar que uma interpretação é mais correta que a outra, mas para mostrar que a interpretação da agência é ao menos tão razoável quanto a interpretação alternativa sugerida pela corte de apelação (cf. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242).

81. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 236: “The interpretation of S. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided

tal “direito de errar”, a única situação que permitiria ao Judiciário anular a decisão seria no caso de cometimento de uma “irrazoabilidade manifesta” (*patent unreasonableness*). Criou-se, assim, um novo modelo de controle, bastante menos interventivo que o modelo de correção (*correctness*), até então o único existente.

O contexto histórico da decisão e a sua argumentação deixam claro que o objetivo da Suprema Corte era o de passar uma mensagem clara para reduzir o intervencionismo judicial.⁸² Neste sentido, o voto do Ministro Dickson, condutor da maioria, faz menção à necessidade de respeitar a escolha do legislador de deixar determinadas decisões serem tomadas por agências especializadas. Em seguida ele faz referência à “considerável sensibilidade e expertise única” dos membros da direção das agências, além de importância de tomada expedita de decisões.⁸³ Nas palavras de Audrey Macklin, “CUPE transformou a base conceitual do controle substantivo através de uma reformulação da relação institucional entre os tribunais e o Estado Administrativo (...) [*a decisão*] sinaliza uma ruptura radical com os modos existentes de controle judicial, advogando um recuo do intervencionismo do passado”.⁸⁴

to the Board. In that case, not only would the Board not be required to be ‘correct’ in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause in S. 101”.

82. CUPE foi decidido no mesmo ano de *Nicholson versus Haldimand-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 SCR 311, que instaurava uma era de mais intenso controle procedimental. Mas, ao invés de entendê-las como mensagens contraditórias, é possível conciliá-las numa interpretação de que a Suprema Corte comandava menor controle substancial e maior controle procedimental. O foco no procedimento, assim, era uma forma de compensação da deferência substancial. Neste mesmo sentido, v.: David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 287.

83. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236.

84. Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 206. A autora vai além: “Most importantly, [CUPE] conveyed a spirit of curial deference, a recognition that administrative decision-makers are not merely ‘inferior tribunals’, but specialized bodies that possess a legislative mandate to apply their expertise and experience to matters that they may be better suited to address than the ‘ordinary court’” (idem, p. 204). Para uma visão contrária, destacando o que seria um renascimento do intervencionismo a partir do meio da década de 1980, v.: Ian Holloway, “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), cit., 22 *Man. L. J.* 28, 29; Brian Langille, “Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), cit., 17 *R. G. D.* 169.

Sob uma perspectiva mais genérica, a consagração de uma orientação deferencial no Canadá importa também uma vitória do Estado Administrativo. Constitui uma valorização de autoridades administrativas descentralizadas, que se proliferaram rapidamente a partir principalmente da década de 40 do século passado. A decisão da Suprema Corte no caso *CUPE* é, assim, informada por uma específica visão social anti-individualista,⁸⁵ e veicula a intenção de facilitar a intervenção estatal no âmbito social e promover a eficiência administrativa.⁸⁶

2.1.1.2 As ilustrações menos claras dos Direitos Americano e Italiano

Nos Estados Unidos e na Itália também se encontram exemplos da hipótese mais intuitiva, em que a criação do modelo deferente de controle traduz um movimento de *retração* judicial. Entretanto, a ilustração fornecida por estas duas outras jurisdições não é tão óbvia. É que nelas o contexto que precedeu estas iniciativas não era tão claramente e polemicamente interventivo como no Canadá. Ainda assim, a leitura dos seus julgados mais importantes evidencia as exortações à autocontenção judicial.

2.1.1.2.1 *O Direito Americano e a doutrina Chevron* – No caso americano a referência necessária é novamente à doutrina *Chevron*. Ela constitui um exemplo de iniciativa voltada a instituir um padrão jurisprudencial de respeito às opções da administração pública – e, portanto, um padrão de autorrestrição judicial. Ao contrário do caso canadense, no entanto, o contexto que precedia *Chevron* não era exatamente de alta intervenção judicial, mas de *inconsistência* jurisprudencial.⁸⁷ Os tribunais vinham aplicando desor-

85. David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, cit., 55 *U. Toronto L. J.* 691, 694 (2005).

86. Neste sentido, v.: David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the process/substance distinction: Baker versus Canada” (2001), cit., 51 *U. T. L. J.* 193, 203: “The same basic urge that led to CUPE – the urge on the part of progressive judges to install within the court’s jurisprudence a recognition of the legitimacy of the Administrative State”.

87. Registre-se, no entanto, a opinião de Keith Werhan. Este autor interpreta *Chevron* como uma das mais significantes evidências da retomada do movimento neoclássico no direito administrativo americano – e acha que este movimento constitui uma reação aos excessos do ativismo judicial nas décadas de 1960 e 1970: “I argue that the Chevron decision’s primary importance lies in its leading role in the Supreme Court’s recent rejection of the traditional model of administrative law and its ongoing experiment to fashion a replacement paradigm. (...) I label this new paradigm the ‘neoclassical model’, in order to suggest its apparent appeal to the Court.

denadamente ora um controle não deferente, ora um controle deferente das interpretações legislativas promovidas pela administração pública, sem consagrar nenhum critério preciso.⁸⁸ Assim, *Chevron* não vem pôr fim a uma era de controle não deferente da administração pública, tal como *CUPE*. Seu objetivo é finalizar incertezas relativas à precisa intensidade do controle judicial devida nestas hipóteses.⁸⁹

Feita esta ressalva, contudo, é bastante claro que esta célebre decisão da Suprema Corte americana possui um viés de autorrestrrição judicial, veiculando uma determinação aos tribunais americanos para evitarem exageros ao efetuarem seu controle. Eis por que em sua passagem mais clássica se afirma que nas hipóteses em que uma dada questão não tenha sido já resolvida claramente pela legislação pertinente (por ambiguidade ou silêncio) “o tribunal não deve *simplesmente impor* a sua própria interpretação da lei”,⁹⁰ mas apenas avaliar se a interpretação oferecida pela autoridade administrativa é permissível. A escolha de palavras deixa evidente a admoestação a um comedimento judicial.⁹¹

Este viés é claro, ainda, nas diversas passagens em que a Suprema Corte considera as vantagens institucionais das autoridades administrativas para resolver determinadas questões, em função, principalmente, de sua expertise

The neoclassical model seeks to unite the classical distinction between law and policy with a postmodern skepticism about the competence and integrity of courts to oversee agency decision-making. (...). The model surfaced in the late 1970s and gained momentum during the 1980s. This followed a period of intense judicial activism, roughly from the mid-1960s to mid-1970s, when courts assumed a major responsibility for ensuring the openness of agency decision-making processes and the soundness of the decision-making itself. The neoclassical model represents not only a reaction to the excesses of that activism, but also a severe overreaction that aims to overturn and replace the traditional model of administrative law as well” (“The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, 567-568 (1992)).

88. Sobre o tema, v. Thomas Merrill, “The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark”, in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, New York, Thomsom/West, 2006, p. 413.

89. V., a propósito, o Capítulo II da Segunda Parte.

90. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-843 (1984).

91. Neste sentido, Thomas Merrill afirma que “in the pre-*Chevron* period, deference to executive interpretations required special justification; independent judgment was the default rule. Under *Chevron*, the court must initially establish whether the issue is suitable for independent judicial resolution; if it is not, the court automatically shifts into a deferential mode. As a result, independent judgment now requires special justification, and deference is the default rule” (“Judicial deference to Executive precedent”, 101 *Yale L. J.* 969, 977 (1992)).

e maior legitimidade democrática.⁹² A rigor, uma das contribuições mais importantes de *Chevron* foi, mesmo, redefinir a relação entre os tribunais e as autoridades administrativas e elucidar a distribuição de competências.⁹³ Esclareceu, assim, que, no caso de legislações administradas por agências, o papel dos tribunais será limitado. Nos casos de ambiguidade legislativa não é necessário que a interpretação administrativa seja a “única possível ou mesmo a melhor”, sendo bastante que ela seja *permissível* para que o Poder Judiciário esteja desautorizado a nela interferir.⁹⁴

2.1.1.2.2 O “controle fraco” para as avaliações técnicas complexas na Itália – Na Itália a melhor referência é, certamente, ao chamado “controle fraco” (*sindacato debole*). Isto porque a criação deste modelo de controle pode ser bem identificada no tempo, ao contrário do que se dá nos casos do modelo de controle deferente (ainda hoje) aplicável à discricionariedade

92. V., por exemplo, *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984): “Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices – resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”.

93. Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2078-2079 (1990): “Before the rise of the regulatory state, the allocation of authority between the executive branch and the Judiciary was relatively clear: it was for the courts, not the executive, to ‘say what the law is’, at least in litigated cases. This understanding extended to interpretation of statutes no less than to interpretation of the Constitution. Most statutory disputes did not involve the executive branch as a party. Since government almost always acted without the mediation of a policy-making, fact-finding administrative agency, it was only natural that questions of statutory meaning would be decided by the courts. (...). All this was changed by the creation in the twentieth century of a massive administrative apparatus, which was of course a self-conscious repudiation of regulation through the judiciary. For the twentieth century reformers, courts lacked the flexibility, powers of coordination, initiative, democratic accountability, and expertise necessary to deal with complex social problems”.

94. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 n. 11 (1984): “The court need not conclude that the agency construction was the only one it permissibly could have adopted to uphold the construction, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding”.

administrativa e do modelo de controle deferente anteriormente aplicado aos casos da chamada discricionariedade técnica. Com efeito, o primeiro registro de referência do Conselho de Estado ao modelo de controle “fraco” deu-se em 2001. Em julgamentos seguintes o máximo Tribunal Administrativo italiano esclareceu que ele deveria ser aplicado às hipóteses de “avaliações técnicas complexas” (*valutazioni tecniche complessse*) – também um conceito novo. Esta mais precisa determinação no tempo permite uma análise mais rica e exata sobre as circunstâncias que motivaram sua criação.

Dito isto, é preciso reconhecer que a confusa situação jurisprudencial da Itália entre 1999 e 2001 torna difícil afirmar que tipo de controle era aplicado às chamadas avaliações técnicas complexas antes das decisões do caso *Formambiente*,⁹⁵ que criou o modelo de controle fraco, e do caso *RC Auto*,⁹⁶ que o desenvolveu. Primeiro, porque esta categoria (avaliações técnicas complexas) nem mesmo existia no vocabulário judicial administrativo. Ela serve para designar os casos em que a decisão administrativa envolve, conjuntamente, elementos de discricionariedade pura (no sentido clássico de ponderação de interesses públicos conflitantes) e da chamada discricionariedade técnica. O problema é que, se a discricionariedade pura era (e segue sendo) submetida a um controle judicial deferente, a chamada discricionariedade técnica já parecia estar, desde o *revirement* de 1999, submetida a um controle ilimitado. Neste sentido, tal como no caso americano, a decisão do Conselho de Estado no caso *Formambiente* não visa a reformar a jurisprudência antes vigente, mas a esclarecê-la. A despeito disto, também como nos Estados Unidos, este esclarecimento é suficiente para demonstrar um viés de exortação ao comedimento judicial.

A primeira menção ao controle fraco deu-se no caso *Formambiente*.⁹⁷ Tratava-se de contestação judicial de decisão do Comitê Técnico Florestal que impedira edificação em área sujeitas a restrições por razões hidrogeológicas. A decisão fora anulada pelo Tribunal Regional, que se baseara fortemente no parecer do perito do Juízo para concluir que, ao contrário do que supunha a autoridade administrativa, a área era idônea para fins de edificação. O Conselho de Estado anulou a decisão do Tribunal Regional e restabeleceu a decisão administrativa. Ao fazê-lo, afirmou que a decisão envolvida uma *avaliação técnica complexa* (com juízos de opinabilidade e oportunidade) e que, nestes casos, o controle judicial é “fraco”, limitando-se a avaliar a razoabilidade das escolhas operadas pela administra-

95. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287.

96. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199.

97. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287.

ção.⁹⁸ A argumentação do Conselho de Estado incluiu uma repreensão ao Tribunal Regional por haver ido além do que era dovuto. Este é, sem dúvida, o primeiro aspecto relevante para os fins deste item.

Como segundo aspecto relevante, atente-se a que o Conselho de Estado justificou a necessidade de aplicação de um controle deferente (que denominou de “fraco”) em função de vantagens institucionais comparativas da administração pública em relação aos tribunais. O Tribunal observa, então, que a dificuldade de separar conceitualmente a opinabilidade e a oportunidade se acentua nos casos em que as avaliações apresentam natureza de objetiva complexidade, coligadas à relevância dos interesses em jogo. E nestes casos o legislador normalmente confere poder decisório a entidades da administração “dotadas de uma peculiar legitimação, à luz da sua composição e qualificação técnica”.⁹⁹ Note-se que o Conselho de Estado fala em “peculiar

98. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 8: “Il giudice è stato qui chiamato a pronunciarsi sull’impugnazione di una delibera di autorizzazione che era stata presa sulla base di una valutazione di natura complessa, che ha abbracciato la consistenza del vincolo idrogeologico gravante sull’area, l’estensione e la specifica collocazione del terreno della società e le possibili conseguenze che sarebbero derivate dal disboscamento a scopo edificatorio: in breve, sia considerazioni collegate ad un giudizio tecnico opinabile sia considerazioni di opportunità amministrativa. Nel dirimere una controversia annoverabile, secondo tradizione, in quelle collegate al controllo della c.d. discrezionalità tecnica, il giudice non si è limitato a censurare le valutazioni tecniche (non giuridiche) che erano apparse sicuramente inattendibili ed irragionevoli, ma ha direttamente sostituito la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall’amministrazione. Si è compiuto, a ben vedere, un controllo di tipo ‘forte’, che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell’amministrazione. Mentre il controllo di tipo ‘debole’ avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. Ebbene, nel caso di specie, un controllo di tipo ‘forte’ non poteva legittimamente svolgersi”.

99. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, itens 9-10: “In secondo luogo, deve tenersi in debito conto che la difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità ed opportunità amministrativa è accentuata proprio nei casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettiva complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario; interessi protetti da norme costituzionali destinate a prevalere nel giudizio di bilanciamento che le contrappone all’interesse dedotto dal ricorrente, anch’esso di sicura ascendenza costituzionale grazie al disposto dell’art. 113 Cost.. L’emersione di siffatti interessi, inoltre, induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell’amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica. (...) È, infine, univoca la scelta legislativa che, in coerenza col principio di buon andamento dell’attività amministrativa, demanda la valutazione ad un organo

legitimação”, como a acentuar também a maior legitimação da administração do que do juiz para tomar estas decisões relevantes. Este era também o caso do Comitê Técnico Florestal.

As considerações institucionais que justificam esta contenção judicial foram desenvolvidas em vários casos seguintes. Nestes a argumentação sempre foi no sentido de explicar por que um controle deferente, *ao invés de um controle irrestrito*, seria preferível ou mais conveniente.¹⁰⁰ Resta, portanto, evidenciado que na Itália o controle fraco foi criado para veicular uma *limitação* da intervenção judicial sobre certas decisões administrativas.

2.1.2 A hipótese contraintuitiva:

o modelo deferente para ampliação da intervenção

O item acima demonstrou como a criação de um modelo de controle deferente pode servir para veicular um movimento de retração judicial. Completamente distinta é a perspectiva do Direito Francês. Nesta jurisdição o modelo deferente de controle judicial (dito “controle mínimo” ou “restrito”) foi criado para permitir uma intervenção judicial reduzida em matérias que antes não estavam submetidas a controle judicial algum. Isto significa que a função histórica do controle restrito na França é veicular um *aumento* do controle judicial, ainda que este aumento não implique a adoção de um controle não deferente. Dito de outro modo: a criação do modelo de controle deferente na França não traduz um movimento de retração, mas de *avanço*, de *intensificação* ou *ampliação* do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a administração pública.

che si configura come dotato di una specifica competenza, funzionale alla corretta salvaguardia del vincolo. In questo settore la legge ha assunto al rango di interesse pubblico un interesse che ha anche valenza tecnico-scientifica e ne ha attribuito la cura ad una particolare autorità amministrativa”.

100. V., por exemplo, Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1, em que o *Consiglio di Stato* afirma que a autoridade antitruste possui particular composição e qualificação técnica, além de um grau elevado de autonomia e independência, razão pela qual o controle judicial operado sobre suas avaliações técnicas complexas deve limitar-se a uma avaliação de razoabilidade. V. também Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, itens 6 e 9, em que o *Consiglio di Stato* repreende o TAR de Lazio por ter operado um controle forte sobre a existência de posição dominante, avaliação que deve ser reservada à autoridade antitruste, autoridade “neutra” e “legítima”, possuindo características institucionais que a fazem mais adaptada que os tribunais para efetuar juízos técnicos e prognósticos.

2.1.2.1 A criação do modelo de controle restrito em 1961 na França

O modelo de controle restrito foi adotado pela primeira vez no caso *La-grange*, em 1961.¹⁰¹ Sua criação permitiu ao Conselho de Estado submeter as decisões administrativas relativas à equivalência de funções exercidas por agentes públicos a *algum* controle judicial. A matéria estava antes reservada à ampla discricionariedade administrativa, não sendo sujeita a qualquer supervisão judicial. A partir do caso *Lagrange* a jurisprudência administrativa pôde ao menos censurar os erros mais grosseiros ou mais evidentes da administração pública – os chamados “erros manifestos de apreciação”.

As duas décadas seguintes são marcadas por movimentos semelhantes em diversas domínios da atuação administrativa. Alguns exemplos podem ilustrar esta afirmação. Em 1973 o Conselho de Estado passou a submeter a um controle restrito as decisões administrativas relativas a interdições de publicações estrangeiras.¹⁰² Estas medidas, antes consideradas expressões da *haute police administrative*, escapavam a qualquer controle judicial. A alteração desta jurisprudência seguiu exortação do Comissário de Governo Braibant. Em suas conclusões ele observou como, já naquela época, o controle restrito parecia totalmente disseminado, e sugeriu ao Conselho de Estado que estendesse esta solução à polícia administrativa relativa a publicações estrangeiras, notadamente em função do risco de violação de liberdades fundamentais.¹⁰³ Dois anos depois o controle restrito passou a

101. CE, 15.2.1961, *Lagrange*. Pierre Delvolvé contesta esta informação dominante, afirmando que este modelo de controle já fora aplicado no caso CE, 13.11.1953, *Denizet* (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, Paris, LGDJ, 1998, p. 285).

102. A referência é ao caso CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspéro*, Req. 82590.

103. Depois de relatar o estágio atual em que se encontrava a jurisprudência da matéria (até então isenta de controle judicial), o Comissário de Governo M. Braibant conclui o seguinte: “Le moment nous paraît venu d’aller au delà de cette jurisprudence traditionnelle. Sans doute ne peut-il être question pour le juge de substituer son appréciation à celle de l’autorité administrative lorsque cette autorité dispose d’un pouvoir discrétionnaire, que vous définissez précisément comme un pouvoir d’appréciation. Mais il y a déjà douze ans que vous avez étendu votre contrôle en la matière en utilisant la notion d’erreur manifeste d’appréciation: le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non celui de commettre une erreur manifeste c’est-à-dire à la fois apparente et grave. Le champ d’application de cette jurisprudence nouvelle c’est [*sic*] peu à peu étendu aux domaines les plus variés, de sorte que l’on peut se demander si elle n’a pas aujourd’hui un caractère général.

atingir também as apreciações de existência de uma ameaça à ordem pública no caso da presença de um estrangeiro, de origem não comunitária, no solo francês¹⁰⁴ – outra situação antes isenta do escrutínio judiciário.¹⁰⁵ Em 1978, revertendo extensa jurisprudência em sentido contrário,¹⁰⁶ o máximo Tribunal Administrativo admite pela primeira vez a análise de erro manifesto em caso de sanção disciplinar.¹⁰⁷ Neste caso o Comissário de Governo Bruno Genevois retomou razões refutadas em casos anteriores pelo Conselho de Estado para ampliar seu controle, sugerindo que “a recusa de exercer qualquer controle não [*estava*] em harmonia com a evolução geral do [*controle do Conselho de Estado*] sobre o exercício pela administração de um poder discricionário”.¹⁰⁸

Vous l’avez appliqué à des appréciations aussi difficiles que celles de la valeur d’un fonctionnaire ou de la nocivité d’un produit. Mais vous ne l’avez pas encore employé dans le domaine des mesures de police sinon seulement vous n’avez jamais annulé une telle mesure sur ce terrain, mais vous n’en avez même pas réservé expressément la possibilité. Seul le tribunal administratif de Paris s’est jusqu’à présent engagé dans cette voie en évoquant l’éventualité d’une annulation pour une erreur manifeste d’appréciation à propos de l’interdiction faite à un étranger de pénétrer sur le territoire français. (...). Nous vous proposons de faire vôtre cette solution. Le domaine de la police est sans doute celui dans lequel le contrôle du juge est le plus nécessaire parce qu’il touche à des libertés fondamentales” (v. conclusões do Comissário de Governo Braibant em CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, Req. 82590).

104. CE, 3.2.1975, *Min. Intérieur c. Pardov*, Req. 94108.

105. V., neste sentido, por exemplo: CE, 13.6.1952, *Meyer*.

106. O *leading case* era CE, 22.11.1967, *Dlle. Chevreau*, decidido já após a criação do modelo de controle restrito, em 1961. Neste caso o Conselho de Estado se recusou a verificar a adequação da sanção disciplinar máxima aplicada pela *Assistance Publique de Paris* a uma falta supostamente não grave de um enfermeiro. A aplicação de um controle restrito havia sido sugerida pelo Comissário de Governo Kahn, mas não foi aceita pelo Conselho de Estado. A orientação foi confirmada posteriormente em: CE, 28.4.1976, *Gorin T.*; CE, 2.6.1976, *Dame de Robert*; CE, 1.10.1976, *Soucasse*.

107. CE, Sect., 9.6.1978, *Lebon*, Req. 05911. Tratava-se do exame da proporcionalidade de sanção de aposentadoria compulsória aplicada a um professor primário acusado de condutas contrárias à moral e aos bons costumes em relação a garotas de sua classe.

108. Afirmando que o modelo de controle de erro manifesto estava, àquela altura, já generalizado, o Comissário conclui que o Conselho de Estado deveria passar a adotá-lo: “Le refus d’exercer tout contrôle n’est pas en harmonie avec l’évolution générale de votre contrôle sur l’exercice par l’administration d’un pouvoir discrétionnaire. (...). À l’époque ou vous avez rendu la décision *Demoiselle Chevreau*, la notion d’erreur manifeste était encore peu développée. (...). Mais, depuis 1967, la théorie de l’erreur manifeste a été généralisée et s’applique dans les domaines les plus divers. (...). On s’explique dès lors assez mal le maintien de votre jurisprudence

Nestes primeiros casos percebe-se claramente o viés histórico do modelo de controle restrito: uma forma de viabilizar a *ampliação* do escrutínio judicial. Note-se que nos casos canadense, americano e italiano citados acima a adoção de um modelo de controle deferente exigiu dispêndio de energia dos tribunais para justificar *por que um controle mais forte, não deferente*, não era adotado. Toda a argumentação dos tribunais é construída neste sentido. Ao contrário, no Direito Francês o modelo de controle restrito foi criado para permitir maior intervenção dos tribunais em casos antes isentos de controle judicial. Por esta razão, o esforço argumentativo dos comissários de governo estava todo direcionado a *convencer* que *mais controle* era devido, conveniente e juridicamente possível. Dito, ainda, de outro modo: no Canadá, nos Estados Unidos e na Itália precisou-se explicar por que adotar um controle deferente *ao invés de um controle não deferente*; na França precisou-se explicar por que adotar um controle deferente *ao invés de controle nenhum*. Neste contexto, um modelo de controle em que a intervenção dos tribunais é *meramente limitada* serve como instrumento para facilitar a introdução da supervisão judicial, fazê-la mais suave, menos abrupta – e, portanto, mais facilmente aceitável. A estratégia revelou-se bem-sucedida. A supervisão judicial (através do controle normal ou restrito) é hoje totalmente disseminada no Direito Francês. Os casos de insubmissão de decisões administrativas ao controle judicial estão reduzidos a hipóteses muito raras e quase anedóticas.¹⁰⁹

2.2 A evolução histórica do modelo de controle deferente

O item anterior examinou as circunstâncias históricas e os argumentos dos tribunais em julgamentos-chave para identificar o viés histórico dos modelos deferentes de controle em cada uma das jurisdições estudadas. Neste segundo passo a ideia é examinar a evolução vivenciada por cada um destes modelos nas décadas que se seguiram à sua criação.

traditionnelle” (conclusões do Comissário de Governo Bruno Genevois no caso CE, Sect., 9.6.1978, *Lebon*, Req. 05911).

109. O chamado *contrôle infra-minimum* aplica-se hoje para decisões como concessão de honras (CE, 27.11.2000, *Ass. Comité Tous Frères*; CE, 10.12.1986, *Loredon*, *AJDA* 1987, p. 91), para o modo de gestão de serviços públicos (CE, 27.11.2002, *Sté. d'Intérêt Collectif Agricole d'Électricité (SICAE) de la Région de Péronne*, *AJDA* 2003, p. 575; CE, 10.1.1992, *Assoc. des Usagers de l'Eau de Peyreleau*, *RFDA* 1992, p. 346) e para as decisões dos Júris de concursos públicos (CE, 16.5.2001, *de Nale*; CE, 3.11.1982, *Goure*; CE, 15.4.1983, *Bannay*; CE, 20.5.1994, *Mlle. Semetey*; CE, 22.2.1995, *Girardot*).

Os Direitos Canadense e Americano oferecem ilustrações do vicejo do modelo deferencial (item 2.2.1). No Canadá o modelo de razoabilidade conheceu progressiva ascensão, a tal ponto de hoje constituir o modelo de controle mais comum. Um pouco menos claramente, nos Estados Unidos a orientação deferente de *Chevron* permanece como regra mesmo diante das reformas (ou esclarecimentos) trazidas à doutrina pelo julgamento do caso *Mead*.

Já, os Direitos Italiano e Francês fornecem exemplos contrários, de situações em que os modelos de controle deferenciais foram perdendo prestígio ao longo do tempo (item 2.2.2). Na França, após uma fase inicial de difusão, o modelo de controle judicial foi perdendo prestígio em benefício de um controle mais intenso, o chamado controle normal, não deferente. O caso italiano é o paradigma mais flagrante do fracasso: o chamado controle fraco foi abandonado apenas três anos após ter sido criado.

2.2.1 *A hipótese de disseminação do modelo deferente*

Mais uma vez o Canadá aporta o exemplo mais claro de uma tendência. Aqui a ilustração é relativa ao vicejo de um modelo de controle deferencial. Inexistente até 1979, a orientação de controle deferente disseminou-se rapidamente e, a despeito das reformas internas, estabeleceu-se como dominante (item 2.2.1.1). Nos Estados Unidos a ilustração do sucesso é menos clara, mas parece ser também discernível (item 2.2.1.2).

2.2.1.1 *A clara ilustração do Direito Canadense: o ocaso do modelo de correção*

Ao longo do seu histórico jurisprudencial o Direito Canadense conheceu distintos modelos deferentes de controle. O primeiro a ser criado foi o modelo de irrazoabilidade manifesta, em 1979, no caso *CUPE*.¹¹⁰ Por quase 20 anos os únicos modelos de controle foram o modelo não deferente de correção e o modelo ultradeferente de irrazoabilidade manifesta. Em 1997¹¹¹ foi criado o terceiro modelo de controle, de razoabilidade simples.¹¹² Finalmente, em 2008¹¹³ a Suprema Corte reformou o sistema, mesclando os dois

110. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236.

111. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 54-56.

112. Sobre o número de modelos de controle e as polêmicas correspondentes, v. o Capítulo I desta Terceira Parte.

113. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 45.

modelos de controle restrito em apenas um modelo deferencial, denominado, simplesmente, “modelo de razoabilidade”.

Independentemente deste vai-e-vem no *número* de modelos deferentes, a deferência judicial em si tem sido objeto de forte evolução no Direito Canadense.¹¹⁴ Nas palavras de David Mullan, ela é hoje um “valor transcendental” no direito administrativo canadense.¹¹⁵ Do contexto altamente interventivo que motivou a revolução do caso *CUPE*, em 1979, resta, hoje, muito pouco. As hipóteses de aplicação dos diferentes modelos deferentes de controle judicial se multiplicaram, e os casos de incidência do modelo de correção foram sendo drasticamente reduzidos. Hoje eles incidem quase exclusivamente para o controle de decisões administrativas que envolvam forte sensibilidade jurídica, como aquelas de natureza constitucional, jurisdicional ou relativas a direitos fundamentais ou humanos.¹¹⁶

Como uma das expressões mais claras do prestígio do modelo de controle judicial deferente pode ser citada a proposição feita pelo Ministro Binnie, da Suprema Corte canadense, no caso *Dunsmuir*. De um modo geral, a reforma aportada neste caso visava a otimizar o sistema de controle judicial no Canadá, reduzindo sua complexidade e ampliando sua operacionalidade. Neste sentido, um dos grandes atingidos foi o processo contextualizado de determinação da intensidade do controle judicial – antes denominado de “análise pragmática e funcional” e, a partir de *Dunsmuir*, apenas “análise do modelo de controle judicial”. Como um elemento adicional para a simplificação do sistema, o Ministro Binnie sugeriu a adoção de algumas presunções. Isto evitaria que análises complexas tivessem que

114. Não parece correto interpretar a eliminação do modelo de controle de irrazoabilidade manifesta como um passo em direção a maior intervencionismo judicial. A própria Suprema Corte buscou evitar este raciocínio (v. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 48): “The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Souham* formalism”. No mesmo sentido, v. também: Jared Craig, “Defending city hall after *Dunsmuir*” (2008), 46 *Alberta L. Rev.* 275, 292.

115. David Mullan, “Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!” (1998), cit., 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 191, 192. Em outro trecho afirma o autor que “the Supreme Court of Canada in a substantial number of its recent prominent administrative law judgments has been prepared to accord a significant degree of autonomy to and respect for the operational imperatives of administrative tribunals. Moreover, this philosophy or approach has extended beyond typical standard of review cases to a broad range of other situations involving the relationship between the courts and the administrative process” (p. 204).

116. Cf. Laverne Jacobs, “Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of *Dunsmuir*”, *Supreme Court Law Review* 43(2d)/1-34, 2008, p. 17.

ser efetuadas em todos os casos – elas o seriam apenas quando alguma parte interessada pretendesse demonstrar que a presunção não se aplicava ao caso concreto.¹¹⁷

A principal presunção, de acordo com a proposta do Ministro Binnie, deveria ser a de que o modelo de controle fosse, de regra, o de razoabilidade quando se tratasse de decisão de uma autoridade administrativa especializada.¹¹⁸ A parte que pretendesse a aplicação do modelo de correção teria que demonstrar que a decisão controlada trata equivocadamente de uma questão jurídica que não está atribuída (ou não poderia estar atribuída, por força de disposições constitucionais) a uma autoridade administrativa, tendo natureza de questão jurisdicional ou de questão jurídica geral.¹¹⁹

Embora não tenha sido adotada pela maioria da Suprema Corte, parece legítimo admitir que, em si, a proposta já oferece um testemunho da alta disseminação (e, mesmo, predomínio) do modelo de razoabilidade. A ideia consistia justamente em *oficializar* esta preeminência, com o objetivo de simplificar a tarefa de determinação da intensidade do controle judicial incidente em cada caso concreto.

117. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 145: “The present incarnation of the ‘standard of review’ analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the ‘real’ nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn’t be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case”.

118. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 146: “The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (‘contextually’ applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision-maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is no single ‘correct’ outcome”.

119. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 147: “An applicant urging the non-deferential ‘correctness’ standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision-maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto”.

2.2.1.2 A ilustração menos clara do Direito Americano: o movimento pendular

No caso dos Estados Unidos a disseminação do modelo deferencial de controle judicial não é tão clara. Na doutrina *Chevron* o grande marco de sua evolução jurisprudencial é a restrição dos seus termos originais no caso *Mead*. Como já se afirmou diversas vezes, neste caso a Suprema Corte afirma que o teste de *Chevron* é aplicável apenas nas hipóteses em que se possa identificar uma delegação legislativa para que as autoridades administrativas falem com força de lei.¹²⁰

Por outro lado, o advento de *Mead* não precisa ser necessariamente interpretado como uma retração na doutrina *Chevron*, senão como um esclarecimento das suas reais hipóteses de incidência. Neste sentido, a doutrina *Chevron* segue vigente quase 30 anos depois de sua enunciação. Além disso, mesmo nos casos em que ela não for cabível, pode incidir ainda a doutrina *Skidmore*, que determina a concessão às decisões administrativas de um peso na medida de sua persuasão. Isso significa uma expansão da orientação deferencial (em gradações variadas) para, virtualmente, todas as interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas.

Fora do âmbito estrito das interpretações legislativas a orientação deferencial é dominante. O capítulo anterior já demonstrou como o regramento genérico do *Administrative Procedure Act*/APA reserva a hipóteses bastante excepcionais o modelo de controle não deferencial (dito *de novo*).¹²¹ São muito mais numerosas e disseminadas as hipóteses de aplicação dos modelos de evidências substanciais e de arbitrariedade – ambos deferentes, a tal ponto de ser comum o pleito doutrinário para que eles sejam fundados com o segundo passo do teste de *Chevron*.

A conclusão é a de que, embora não seja tão claro como no caso canadense, nos Estados Unidos também parece haver uma disseminação e um domínio dos modelos deferentes de controle judicial.¹²²

120. Sobre o tema, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

121. V. o item 2.1.1.1.1 do Capítulo I desta Terceira Parte.

122. Numa perspectiva mais genérica, a doutrina americana ressalta a *pendularidade* da gradação da intervenção judicial nas decisões da administração pública. Voltando-se os olhos aos últimos 100 anos do direito administrativo deste País, nota-se que movimentos de retração judicial seguem-se a períodos de maior ativismo. Para um aprofundado estudo histórico, v.: Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567. Num rápido resumo, a primeira menção é devida ao que ele denomina *early modern approach*. Vigente nas primeiras décadas do século XX, caracterizava-se pelo formalismo judicial e pelo viés contrário à administração pública – do que resulta uma tendência à acentuação do controle judi-

2.2.2 *A hipótese de declínio ou abandono do modelo deferente*

Em outras jurisdições o modelo deferente de controle não mereceu igual sorte. Na Itália o chamado “controle fraco” durou apenas três anos, logo sendo abandonado pelo Conselho de Estado (item 2.2.2.1). Na França o controle restrito vem perdendo espaço para o controle normal, embora ainda seja utilizado em alguns domínios da ação administrativa (item 2.2.2.2).

2.2.2.1 O abandono total do controle fraco no Direito Italiano

Criado em 2001, sob a influência do Direito Americano, o modelo de controle fraco teve existência bastante fugaz no Direito Italiano. Desde sua concepção foi objeto de fortes críticas da doutrina, que nele enxergava um comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional. Em 2004, antes de completar seus curtos três anos, o modelo de controle fraco foi abandonado

cial. Este primeiro momento é posteriormente suplantado em função da consolidação do *New Deal*, programa que multiplica a quantidade de autoridades administrativas descentralizadas, sua importância e seu prestígio. Com fundamento no institucionalismo realista, tem, então, lugar o movimento que Werhan denomina de *Legal Process*. Este período é marcado por forte retração judicial, embasada na maior expertise e adaptação institucional das autoridades administrativas. Segue-se, a partir da década de 1960 e por cerca de 20 anos, uma nova oscilação do pêndulo, dando origem ao movimento *Interest Representation*. Caracterizado por forte descrença num *governo de experts* e impulsionado por grande preocupação com o fenômeno da captura das autoridades administrativas pelas indústrias reguladas, o movimento dá origem a novo período de ativismo judicial. Esta orientação é particularmente visível no controle procedimental, onde se passa a falar de uma *hard-look doctrine* (v.: Patrick M. Garry, “Judicial review and the ‘hard-look’ doctrine”, 7 *Nev. L. J.* 151; Cass R. Sunstein, “Deregulation and the hard-look doctrine”, 1983 *Sup. Ct. Rev.* 471. A partir do final da década de 1970 – e principalmente durante a década de 1980 – tem-se o período neoclássico, que retoma a distinção entre *law* e *policy*, que era cara ao modelo clássico, e restabelece a tendência deferencial. Casos como *Chevron* e *Heckler versus Chaney* e as restrições operadas nas regras relativas à legitimidade de agir são algumas das suas maiores expressões. Sobre o *revival* neoclássico, v., ainda, Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2073.

Feito este relato da natureza pendular da retração judiciária nos Estados Unidos, não é totalmente claro que se possa apontar um vicejo da orientação deferente. Entretanto, esta orientação é claramente dominante nos dias atuais. Para uma imagem pendular também do histórico jurisprudencial americano do século XIX, v.: Ann Woolhandler, “Judicial deference to administrative action – A revisionist history”, 43 *Admin. L. Rev.* 197 (1991). Sobre o tema do pendor relativo ao controle judicial, v. também Louis L. Jaffe, “The right to judicial review I”, 71 *Harv. L. Rev.* 401, 421-422 (1957).

pelo Conselho de Estado.¹²³ A partir da decisão do Conselho de Estado no caso *Buoni Pasto*¹²⁴ as avaliações técnicas complexas passaram simplesmente a ser submetidas não mais a um controle “fraco”, mas, sim, a um controle “pleno e particularmente penetrante”. A princípio, o máximo Tribunal Administrativo italiano quis fazer crer que se tratava de uma mera alteração nominativa: suas decisões anteriores estariam sendo mal-interpretadas, o controle fraco significaria tão somente um controle não substitutivo. Justamente por causa deste “mal-entendido”, seria conveniente deixar de fazer referência às denominações “forte” e “fraco”.¹²⁵

Decisões posteriores deixaram claro que a ruptura era bastante mais séria. Enquanto antes se mencionavam argumentos institucionais (como neutralidade, autonomia e independência das autoridades reguladoras) para justificar a deferência, a partir de 2004 se faz uso dos mesmos argumentos para justificar um controle irrestrito (tais autoridades, por se situarem fora do âmbito político, já estão subtraídas deste tipo de controle).¹²⁶ Enquanto

123. V. os relatos da criação e abandon do modelo de controle fraco no Capítulo II da Primeira Parte e no Capítulo I da Segunda Parte.

124. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, *Buoni Pasto*. Tratava-se de condenação imposta pela autoridade antitruste italiana a diversas empresas do mercado de vale-refeição acusadas de participar de um cartel na licitação promovida pela Consip (empresa estatal) para a aquisição de tíquetes para os funcionários da administração pública. As empresas teriam promovido acordos para fixar o nível de descontos e a repartição dos lotes licitados.

125. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3: “Tale impostazione esclude ogni vulnus alla tutela giurisdizionale e le stesse censure proposte dalle imprese sembrano incentrarsi maggiormente sulla (criticata) limitazione del controllo giurisdizionale ad un sindacato ‘di tipo debole’, emergente dai principi in precedenza affermati dalla Sezione, senza la verifica in concreto del controllo svolto dal giudice amministrativo. In realtà, con l’espressione sindacato ‘di tipo debole’ la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l’Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall’Autorità in base a regole tecniche, anch’esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell’Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell’esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di ‘contestualizzazione’ della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro ‘contestualizzato’”.

126. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3: “Il fatto che si tratti di un’Autorità posta al di fuori del circuito dell’indirizzo politico rende ancor più

antes se falava de um controle limitado em função da interpretação de “conceitos jurídicos indeterminados”, a partir de 2004 se afirma explicitamente um controle pleno *também* em relação a eles.¹²⁷ Enquanto antes se falava de um controle de razoabilidade, a partir de 2004 se afirma que os tribunais podem “reavaliar as *escolhas* técnicas operadas”. Em resumo: supera-se a orientação deferente anterior. O controle judicial limitado volta a ser aplicado tão somente às decisões administrativas adotadas no exercício de *discrezionalità amministrativa pura* (não técnica).

2.2.2.2 O modelo de controle restrito francês como um “ritual de passagem”

No Direito Francês o declínio do modelo de controle judicial deferente (dito restrito ou mínimo) é mais sutil, mas não menos interessante. Nas primeiras décadas de sua existência (após a criação, no caso *Lagrange*, em 1961) o modelo de controle restrito conheceu grande expansão, reduzindo os casos de ausência de controle judicial (o chamado *contrôle infra-minimum*) a algumas raras hipóteses. Em seguida, no entanto, o controle restrito foi perdendo espaço para o controle normal. Mais e mais domínios da ação administrativa foram objeto de uma intensificação do controle judicial, passando a se submeter a um controle normal. A circunstância levou diversos autores a sustentarem a natureza “transitória” do modelo de controle restrito, consistindo num primeiro passo em direção à adoção posterior de um controle não deferente.

Já na década de 1970 esta espécie de transitoriedade do modelo de controle restrito se fez notar. Em 1976 o Conselho de Estado transferiu

necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all’Autorità nell’esercizio del potere ad essa spettante”.

127. V.: Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3; Cons. St., Sez. VI, 3.2.2005, n. 280, item 2.1; Cons. St., Sez. VI, 8.2.2007, n. 515, item 4. Nesta última decisão lê-se: “Infatti, con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. ‘concetti giuridici indeterminati’, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione (Cons. Stato, VI, n. 2199/2002, RC Auto; n. 5156/2002, Enel/Infostrada). Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall’Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame (Cons. Stato, VI, n. 926/2004, Buoni Pasto/Consip)”. Ao contrário do que as menções às decisões de 2002 fazem crer, elas não dão suporte às afirmações ali expostas.

para o modelo de controle normal o contencioso relativo às decisões do ministro ou dos inspetores do trabalho de autorizar a demissão dos assalariados protegidos (*salariés protégés*) de uma empresa privada, aqueles que detêm estabilidade por desempenhar função representativa. A matéria havia sido submetida ao controle restrito apenas oito anos antes desta nova evolução.¹²⁸ Outros casos clássicos tardaram um pouco mais. O contencioso relativo à interdição de publicações estrangeiras, que houvera passado de ausência total de controle para controle judicial restrito no caso *Maspero*, em 1973,¹²⁹ foi conduzido ao modelo de controle normal no caso *Association Ekin*, em 1997.¹³⁰ Trata-se de evolução surpreendente para uma matéria antes considerada de *haute police administrative* e, portanto, bastante refratária à intervenção judicial. Como último e curioso exemplo da transitoriedade do modelo de controle restrito, afirma-se que a evolução para o modelo de controle normal atingiu até mesmo a matéria relativa à equivalência de funções públicas – objeto do caso *Lagrange*, em que o modelo de controle restrito foi criado. Desde uma decisão do Conselho de Estado em 1994 esta matéria está submetida ao modelo de controle judicial não deferente, dito normal.¹³¹

Para completar o quadro neste sentido, adicione-se uma surpreendente circunstância: *em nenhum caso* no histórico jurisprudencial francês o controle restrito foi adotado em áreas previamente submetidas a um controle normal, não deferente. Quer dizer: a adoção de um controle deferente *jamaís* significou no histórico jurisprudencial francês um movimento de retração judicial. Tratou-se, sempre e invariavelmente, de uma ação de intensificação do controle judicial antes promovido. Isso demonstra que a evolução histórica do controle judicial na França é claramente *unidirecional*, sempre no sentido da ampliação da supervisão dos tribunais.¹³² Tão intenso tem

128. V. : CE, Ass., 29.3.1968, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin*, p. 214, *AJ* 1968, p. 335.

129. CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, Req. 82590.

130. CE, Sect., 9.7.1997, *Assoc. Ekin*, *RFDA* 1997, p. 1284, concl. Denis-Linton.

131. CE, 29.4.1994, *Cougrand*, p. 219, *DA* 1994, n. 382.

132. O movimento reflete o pendor geral do direito administrativo francês para uma acentuação sempre maior da proteção judicial ao administrado. Isso se verifica em todas as áreas. Christine Bréchon-Moulènes, por exemplo, relata como o juiz administrativo foi se sentindo progressivamente mais à vontade para controlar as atuações administrativas no domínio econômico (“La place du juge administratif dans le contentieux économique public”, *AJDA* 2000, p. 679). Martine Kalusynski, por sua vez, reporta um avanço judicial também no domínio político (“La fonction politique de la Justice: regards historiques. Du souci d’historicité à la pertinence de

sido este movimento de progressiva intensificação do controle, que muitos autores começam a se referir a um declínio ou, mesmo, morte iminente do modelo de controle restrito.¹³³

De todo modo, a ideia do modelo de controle restrito como um “ritual de passagem”, tendente à temporariedade, ainda encontra alguma resistência. No caso *Touzard*, em 2006, o então Comissário de Governo Terry Olson enfrentou o tema de forma explícita.¹³⁴ Tratava-se de controle judicial da adequação entre uma sanção disciplinar aplicada e a falta cometida por um agente público – matéria que desde o caso *Lebon*, em 1978, se submete a controle restrito. Olson examinava se seria o momento de abandonar esta jurisprudência e avançar para um controle normal. Respondendo negativamente a esta questão – em conclusão que foi acompanhada pelo Conselho de Estado –, ele ratifica as razões pelas quais não conviria transferir a matéria para um contencioso não deferente. Em particular, o Comissário de Governo destaca a existência de um forte elemento político ou administrativo na matéria disciplinar: ela envolve considerações sobre a melhor organização do serviço administrativo, a melhor política sancionatória em dado momento histórico e, mesmo, aspectos do histórico funcional do agente público em questão – todas, ponderações mais adequadamente realizadas pela autoridade administrativa do que pelos tribunais.¹³⁵

Ao que aqui é mais relevante, o Comissário de Governo refuta veementemente a ideia de que o controle restrito estaria vocacionado a ser um mero

l’historicisation”, in Jacques Commaille e Martine Kaluszynski (dirs.), *La Fonction Politique de la Justice*, 2007, pp. 9-23).

133. Cf. Didier Truchet, *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, PUF, 2010, p. 217.

134. CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676.

135. Nas palavras do Comissário de Governo Terry Olson: “Un autre élément nous semble militer en faveur d’une certaine retenue dans la matière qui vous occupe. Comme on l’a vu, dans le choix de la sanction disciplinaire, l’administration fait entrer en ligne de compte des facteurs qui vont au-delà des manquements fondant la poursuite: il s’agit des antécédents de l’agent et de son attitude générale dans le service. Ces facteurs peuvent conduire à déplacer le curseur, dans le sens de la rigueur ou de la mansuétude. Il en va de même des considérations tirées de l’intérêt général qui s’attache, à un moment donné, à sanctionner tel manquement avec rigueur ou, au contraire, indulgence. Ces deux séries de facteurs nous semblent avoir en commun de ne pas se prêter aisément à une substitution par le juge de son appréciation à celle de l’administration. Ceci est particulièrement vrai des considérations de politique disciplinaire générale qui, à vrai dire, ne concernent pas directement le juge en ce qu’elles renvoient non à un contrôle de légalité mais à des choix de pure opportunité. Le juge de l’excès de pouvoir est-il vraiment apte et légitime pour se placer sur ce terrain? A notre avis, rien n’est moins sûr” (CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676).

estágio temporário a anteceder a evolução jurisprudencial em direção a um controle mais intenso.¹³⁶ Olson promove uma longa e bem-fundamentada defesa de um modelo de controle restrito como modelo intermediário entre a ausência total de controle e o modelo de controle não deferente. Este modelo de controle seria adequado para os casos em que, como em matéria de adequação da sanção disciplinar aos fatos que a motivaram, os tribunais deveriam exercer alguma supervisão, mas não deveriam ir ao ponto de refazer o raciocínio empregado pela administração. Neste sentido, teria vocação de perenidade. Aliás, a solução proposta pelo Comissário de Governo e aceita pelo Conselho de Estado segue vigente, tendo sido confirmada em julgados posteriores.¹³⁷

* * *

Este item pretendeu promover um exame da deferência judicial sob uma perspectiva *dinâmica*. Ao invés de perguntar como os modelos de controle judicial deferente em cada uma das jurisdições *são atualmente*, a ideia era investigar *como eles chegaram a sê-lo* ou como *evoluíram* com o passar das décadas. Analisaram-se, assim, o contexto histórico e jurisprudencial da sua criação e aspectos da sua evolução posterior.

Esta perspectiva revelou circunstâncias bastante interessantes. A contraposição da história da criação do modelo de controle judicial deferente, de um lado, de Canadá, Estados Unidos e Itália e, de outro, da França demonstrou que a limitação da intervenção judicial pode servir a propósitos diferentes. Na hipótese mais intuitiva ela implica um movimento de retração judicial, consistindo em uma exortação à autocontenção dos tribunais. Mas contraintuitivamente a iniciativa pode significar também um movimento inverso, de ampliação da intervenção judicial. Assim se deu na França, em que os tribunais administrativos se valeram do modelo de controle limitado para

136. Afirma o Comissário de Governo Terry Olson: “Tout d’abord l’argument selon lequel le contrôle d’erreur manifeste d’appréciation ne serait qu’une sorte de transition, de ‘sas’ entre une absence de contrôle et un entier contrôle ne nous convainc nullement. Le contrôle d’erreur manifeste d’appréciation est un type de contrôle qui se veut adapté à ce que le juge de l’excès de pouvoir veut et peut contrôler. Or il existe des cas dans lesquels le juge demeure en deçà d’un contrôle même restreint et l’on parle alors parfois d’un contrôle ‘infra-minimum’. Tel est le cas, par exemple, de certains domaines que le juge entend laisser dans un espace absolument discrétionnaire. (...). Il est donc a fortiori logique et justifiable que certains choix faits par l’administration demeurent régis en excès de pouvoir par un contrôle d’erreur manifeste” (CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676).

137. V., por exemplo : CE, 2.9.2009, Req. 310932, *Centre Hospitalier Fernand-Langlois*; e CE, 12.1.2011, Req. 338461, *Matelly*.

introduzir uma supervisão judicial *mínima* em áreas previamente isentas de qualquer controle.

As diferenças de enfoque podem ser sentidas claramente na leitura dos julgamentos mais relevantes. Naqueles relativos às três primeiras jurisdições mencionadas acima o esforço argumentativo está voltado a convencer que *menos controle* é devido. A batalha que tem que ser travada é contra quem seja partidário de uma intervenção judicial mais ampla – e é este quem sai derrotado. Ao contrário, nos julgamentos dos casos franceses que consagraram a criação do modelo de controle deferente o esforço argumentativo é para justificar o aporte de *mais controle, mais intervenção judicial*, em áreas que antes lhe eram refratárias.

Já, o exame da evolução dos modelos de controle judicial deferente demonstrou que em algumas jurisdições eles se encontram em franca ascensão; em outras, em franco declínio. Canadá é o maior exemplo do primeiro caso: o modelo de controle de razoabilidade é hoje aplicado na maioria dos casos envolvendo autoridades administrativas especializadas. O modelo não deferente de correção aplica-se tão somente a hipóteses em que a decisão administrativa controlada seja particularmente sensível do ponto de vista jurídico.

Nos Estados Unidos a situação não é tão clara, mas também parece haver uma disseminação da orientação deferencial. No caso de controle de interpretações legislativas poderá incidir a doutrina *Skidmore* ainda quando não seja o caso de incidência da doutrina *Chevron* – ambas de natureza deferencial. Fora do âmbito das interpretações legislativas as hipóteses de aplicação do controle não deferente (no modelo *de novo*) são bastante raras, no regramento genérico do *Administrative Procedure Act*.

Situação contrária se verifica nas jurisdições europeias estudadas. Na Itália um dos modelos deferentes de controle, denominado “controle fraco”, durou apenas três anos, e foi abandonado após fortes críticas de inefetividade jurisdicional. Na França, após disseminar-se nas áreas antes não submetidas a qualquer controle judicial, o controle restrito foi progressivamente perdendo espaço para o controle não deferente, dito “normal”. A situação levou alguns autores a decretarem a “morte iminente” do modelo de controle restrito, enquanto outros destacaram sua suposta natureza transitória.

A circunstância parece constituir ainda mais uma evidência da forte e crescente judicialização do direito administrativo francês. Ainda nas cada vez mais raras hipóteses em que incide o controle judicial restrito, ele poderia não indicar propriamente uma atitude respeitosa dos tribunais em relação à administração pública em matérias que lhe seriam reservadas. Ao

invés disto, esta incidência do controle restrito poderia indicar uma espécie de movimento de intervenção *incompleto*. A tese vai ao encontro da ideia, propagada por alguns doutrinadores, de que o controle restrito na França consistiria em mero “ritual de passagem” em direção a um controle ainda mais intenso.

Contra esta proposição está o fato de que algumas matérias ainda resistem à passagem para o controle normal – e outras ainda seguem isentas a qualquer controle. Neste sentido, o item trouxe, ainda, o manifesto de Terry Olson no caso *Touzard*, em que o então Comissário de Governo defendia a permanência de uma alternativa intermediária entre o controle normal e a ausência de controle, fornecendo, inclusive, razões institucionais pelas quais os tribunais deveriam ser mantidos distantes de algumas matérias mais afeitas ao corpo administrativo.

3. *A explicação da deferência: hipóteses para as diferentes orientações nacionais*

Neste item adota-se um enfoque ensaístico, um pouco mais livre. Ainda no intuito de discutir o *quantum* de deferência verificado na prática, passa-se a especular a propósito da influência gerada por alguns elementos que marcam e apartam as jurisdições estudadas. Dois são os elementos que serão objeto de atenção. De um lado, a natureza monista ou dualista dos aparatos jurisdicionais (item 3.1). De outro, a disseminação do realismo jurídico no interior de cada jurisdição (item 3.2).

Ao longo de todo o trabalho ficou evidente uma diferença entre o prestígio e recorrência da postura judicial deferente à administração pública nos Estados Unidos e no Canadá, de um lado, e na França e na Itália, de outro. Nas duas primeiras jurisdições o prestígio desta postura é flagrantemente mais elevado se comparado com o que sucede nas duas últimas. A mesma separação se verifica em relação aos elementos citados acima. Nos Estados Unidos e no Canadá a jurisdição é una, não havendo separação entre a administrativa e a ordinária, como há na França e na Itália. Do mesmo modo, o realismo jurídico desenvolveu-se com muito maior intensidade nas duas primeiras jurisdições do que nas duas últimas. Sendo assim, a questão surge naturalmente: qual influência teriam estes elementos estruturais das jurisdições no *quantum* da deferência neles verificado? Seriam eles fatores determinantes destas diferenças encontradas nas jurisdições estudadas?

O foco nestes dois elementos específicos envolveu alguma arbitrariedade. Naturalmente, muitas outras hipóteses poderiam ser cogitadas, tais como: (i) o estágio de desenvolvimento (ou de descentralização e espe-

cialização) do Estado Administrativo;¹³⁸ (ii) a relevância dos elementos de controle alternativo existentes em cada jurisdição;¹³⁹ (iii) a influência da

138. O argumento é sugerido por Peter Cane para explicar as diferenças existentes entre as orientações americana e inglesa. Enquanto o direito administrativo inglês se preocuparia fundamentalmente com o controle da administração central, o direito administrativo americano é quase todo voltado ao controle de autoridades administrativas descentralizadas (“agências”). Esta pluriformidade do Direito Americano tornaria necessário um enfoque mais institucionalizado, especializado e sofisticado: “But the law and practice of judicial review in England is certainly not focused on such agencies in the way it is in the United States. (...). By comparison with judicial review in the United States, English judicial review has been and still is – more concerned with the ‘core’ of government than with independent agencies, and more with government as provider than with government as regulator. (...). The different theoretical underpinnings of judicial review in England and the United States respectively can be illustrated by reference to the *Chevron* case. (...) it produces a doctrinal position that is precisely the converse of that in England, where the courts claim monopoly power to decide what statutes mean, but have traditionally been extremely unwilling to entertain challenges to the substance of secondary legislation. The English position makes sense in terms of a rule-of-law foundation for judicial review: the substance of administrative rules is seen as a matter of policy, not law (“Understanding judicial review and its impact”, in Marc Hertogh e Simon Halliday (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 21).

139. Para Martine Lombard a orientação deferencial americana pode ser explicada em função da relevância que tem naquela jurisdição o controle político. À ausência de um controle alternativo semelhante, os tribunais franceses teriam razão para intervir com maior vigor: “Si l’expérience américaine des agences indépendantes est beaucoup plus ancienne que la pratique française des AAI, celle-ci a fait cependant preuve d’un zèle qu’il faut relever. La France s’écarte en effet du modèle américain en allant plus loin tant par l’ampleur des pouvoirs dévolus à certaines institutions indépendantes que par la faiblesse des contrôles pesant sur ces organes. Outre l’exemple précité de la politique monétaire, il faut rappeler que le respect des règles de concurrence relève par exemple aux États-Unis de l’action du *Department of Justice* et des juridictions et qu’il n’y existe pas d’autorité indépendante qui soit l’équivalent du Conseil de la Concurrence français. En outre et surtout, ‘le régulateur indépendant anglo-saxon n’est pas dénué de relations avec le politique, voire est lui-même une autorité politique’, là où ‘le système retenu en France confère au contraire une quasi-immunité aux membres des commissions de régulation’. (...). Alors que c’est aux États-Unis qu’est stigmatisée parfois l’existence d’un ‘quatrième Pouvoir’, constitué par les agences fédérales, l’organisation d’un pouvoir de contrôle du Président et surtout du Congrès sur les agences y est pourtant beaucoup plus développée qu’en France, et cela à la suite d’amples débats dans ce pays sur les exigences de la démocratie politique à l’égard des institutions indépendantes. (...). Il est d’autant plus utile pour les juristes de prendre exactement la mesure de ce précédent qu’il serait bon d’éviter de le reproduire en le caricaturant” (Martine Lombard, “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *AJDA* 2005, pp. 530 e ss.). O argumento é bastante interessante. Do ponto de vista da análise institucional comparativa,

tradição jurídica à qual a jurisdição está filiada¹⁴⁰ – entre outras. A primeira das hipóteses que serão examinadas (relativa à existência de uma jurisdi-

no entanto, é bastante duvidoso que os tribunais devam assumir o papel de preencher a lacuna deixada por um fraco controle político.

140. A tradição jurídica é um dos elementos estruturais que aparta França e Itália, de um lado, e Estados Unidos e Canadá, de outro. Os dois primeiros possuem uma “tradição de direito administrativo”; os dois últimos, uma tradição consuetudinária (*Common Law*). Talvez fosse possível imaginar que o fato de os tribunais de França e Itália serem mais presos à letra da lei os faria também menos flexíveis, menos ligados às vicissitudes do caso concreto. Bruno Deffains, por exemplo, menciona o “mito” da maior liberdade do juiz dos Países de *Common Law* (“Le défi de l’analyse économique du Droit: le point de vue de l’économiste”, *LPA* 99/6, 19.5.2005). No mesmo sentido, v. Marco D’Alberti, “Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici”, *Diritto Amministrativo* 1/52, 2008. A lei é, afinal, um instrumento genérico de regulação. Seus comandos buscam acolher uma multiplicidade de situações fáticas, pelo quê a referência a elas se dá de forma pouco específica. Num sistema amplamente fulcrado na lei haveria, assim uma tendência ao formalismo ou a soluções pouco funcionais. Esta vinculação à letra da lei produziria tribunais menos livres para adequar a intensidade do seu controle às características de cada decisão administrativa ou da instituição que a adotou. A consequência seria uma orientação genérica menos deferente. Francesco Denozza, por exemplo, questiona a validade do raciocínio de *Chevron* para uma jurisdição que possua maior densidade legislativa (“Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/473, ano II, 2000).

Entre as hipóteses especuladas neste item esta é, certamente, a mais frágil. Admita-se, em primeiro lugar, que os tribunais dos Países de tradição jurídica consuetudinária possuam de fato maior liberdade de atuação. Uma primeira ressalva necessária é que esta liberdade atingiria apenas os tribunais superiores, aqueles responsáveis pela fixação dos precedentes jurisprudenciais. É que os tribunais inferiores teriam estes precedentes a seguir, possuindo tão pouco espaço para inovar quanto os tribunais que precisam seguir a letra da lei. Mas, ainda que se considerem unicamente os tribunais superiores, o que deles se poderia esperar em face de tanta liberdade é a *intensificação* do controle, e não sua limitação. É premissa básica da Escola de *Public Choice* que os agentes públicos tendem a *ampliar seus próprios poderes*, na medida em que isso lhes seja possível. Se aos tribunais é dada uma mais ampla e livre oportunidade de calibrar a intensidade do seu controle, eles tenderiam a ampliá-la. Isto porque, quanto mais intenso é o controle judicial, maiores são os poderes dos tribunais, maiores são as possibilidades de eles tomarem decisões fundamentais que, de outro modo, caberiam precipuamente à administração. Dito de outro modo: se de fato os tribunais das jurisdições de tradição consuetudinária possuem maior liberdade de atuação, a tendência é a de que eles *ampliem* sua intervenção sobre a administração pública. Evidente que esta afirmação é feita *ceteris paribus* – todas as outras coisas sendo mantidas constantes. A ideia, aqui, é a de que a tradição jurídica consuetudinária (admitindo-se – repita-se –, que ela produz maior liberdade para os tribunais) contribuiria para gerar um controle judicial *mais* intenso, e não o contrário. E, se é assim, esta circunstância não parece útil para explicar por que a orientação

ção administrativa) é talvez a mais difundida na doutrina para explicar os diferentes graus de intervenção judicial. A segunda, relativa à propagação do realismo jurídico, embora menos frequente, parece ao autor do trabalho particularmente interessante e plausível.¹⁴¹

De todo modo, este trabalho não pretende (e nem teria como) comprovar nem desautorizar o argumento relativo à influência destes elementos no prestígio ou montante da deferência judicial em cada uma das jurisdições estudadas. Ainda assim, parece possível levantar alguns pontos e mencionar aspectos relevantes para estruturar a discussão e enriquecer o debate.

3.1 *A jurisdição administrativa como razão da postura não deferencial*

Não é raro que se encontrem nas doutrinas americana e canadense, normalmente simpáticas à deferência judicial, sugestões de instauração de uma jurisdição administrativa¹⁴² para promover o controle da administração

deferencial dos tribunais seria superior nos Países com esta filiação jurídica. Mas há uma segunda razão importante para descartar esta hipótese especulativa. É que, se os Direitos Francês e Italiano são, de regra, bastante legalistas, esta situação não se reproduz no campo específico do direito administrativo. Neste âmbito ambos os Países são tradicionalmente pouco regulados pela legislação e muito regulados pela via jurisprudencial. Na França é corrente a afirmação de que o Conselho de Estado *criou e desenvolveu* o direito administrativo francês (v., por exemplo: Jean Massot, “The powers and duties of the French administrative judge”, in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, p. 419; Gustave Peiser, *Droit Administratif Général*, 24ª ed., Paris, Dalloz, 2008, p. 212). As grandes reformas e os grandes saltos do direito administrativo francês foram quase todos eles capitaneados por esta instituição, e não pela legislação. O mesmo se aplica ao *Consiglio di Stato* italiano.

Dito de outro modo: os Direitos Francês e Italiano, ao menos no âmbito específico do direito administrativo, aproximam-se mais do modelo jurídico consuetudinário do que do modelo civilista. Nas últimas décadas as legislações têm proliferado nos direitos administrativos francês e italiano – mas esta também é uma realidade que afeta os Direitos Americano e Canadense. A inflação legislativa recente, ao invés de exclusiva das jurisdições civilistas, é fenômeno bastante generalizado.

141. Curiosamente, em artigo escrito há mais de três décadas, Harry Arthurs sugeria que há dois antídotos para o excesso de intervenção judicial sobre a administração pública: (i) o funcionalismo ou (ii) a constituição de uma jurisdição administrativa (“Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), cit., 17 *Osgood Hall L. J.* 1). O funcionalismo é produto do realismo jurídico, e tende a gerar orientação judicial deferente. A constituição de uma jurisdição administrativa vai em direção contrária, e torna menos problemática a aplicação de um controle judicial mais intenso.

142. A constituição de uma jurisdição administrativa é a solução majoritária na União Europeia, sendo adotada por 15 dos seus membros (cf. Yann Aguila, “La

pública.¹⁴³ A ideia é a de que esta circunstância elimina ou, ao menos, reduz alguns dos obstáculos usualmente opostos à adoção de um controle judicial intenso de decisões administrativas (item 3.1.1). Por esta razão, seria possível intuir (e prever) que a mera existência de uma jurisdição administrativa num determinado País reduziria a probabilidade de incidência da atitude judicial deferente. Como se verá em seguida, entretanto, não é totalmente evidente que se possa atribuir a esta circunstância alguma relevância efetiva no prestígio comparativamente menor que a deferência possui nos casos de França e Itália (item 3.1.2).

3.1.1 *A teórica eliminação de obstáculos ao controle não deferente*

A instauração de uma jurisdição administrativa pode resultar na eliminação ou na redução de dois fatores normalmente referidos como empecí-

justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l'exception française à l'épreuve des faits", *AJDA* 2007, pp. 290 e ss.).

143. Na doutrina americana v., por exemplo: Harold H. Bruff, "Specialized courts in administrative law", 43 *Admin. L. Rev.* 329 (1991); Stephen Breyer, "Judicial review of questions of law and policy", cit., 38 *Admin. L. Rev.* 363, 396. De acordo com este último autor, "the Conseil [d'État] is given a wide variety of tools which enable it to discern not only whether a given policy conforms to law (as in American courts) but also whether it is wise public policy, something that our discussion suggests may be beyond the reach of our judicial system as currently organized". No Canadá, já em 1935 John Willis afirmava que a única forma de garantir um controle efetivo da administração pública seria através da instituição de uma jurisdição administrativa: "An administrator is no less liable to err in applying standards of policy than a judge is to err in applying standards of law, and he should be equally liable to correction. By whom? Not by the ordinary courts, for they have no experience of administrative policy; nor by a government department, for it is an interested party and acts anonymously. An independent body, composed of persons trained in the practice of the whole law pertaining to administration, would have sufficient special knowledge of the legislation which is to be put into force to decide upon evidence submitted to it what in the particular case it is best to do. A review of a discretion other than upon a question of law or of jurisdiction necessarily postulates the existence of a court of review whose members are trained in a field wider than that of pure law. (...). Once more the question is raised, who is fitted to interpret a statute which was passed against a certain background and designed to carry into effect a certain policy? The answer would seem to be, a person who knows the background and has the means of discovering the policy. This conclusion rules out the judges of the ordinary courts who know nothing of the problems of administration and are debarred by the rules of interpretation from discovering the purposes which the statute is designed to effect. (...). Existing conditions, then, no less than the proposals for the future, call for the constitution of a special court" (John Willis "Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional", (1935/36), 1 *U. T. L. J.* 53, 80).

lhos à aplicação de um controle judicial não deferente: a suposta violação ao princípio da separação dos Poderes (item 3.1.1.1); a suposta complexidade técnico-administrativa de algumas decisões controladas (item 3.1.1.2).

3.1.1.1 O suposto empecilho decorrente da separação dos Poderes

Um dos argumentos utilizados para sugerir uma moderação do controle judicial incidente sobre a administração pública baseia-se numa suposta violação ao princípio da separação dos Poderes. A construção do raciocínio é bastante conhecida: uma supervisão judicial muito intensa sobre as decisões administrativas poderia constituir uma intromissão do Poder Judiciário nos afazeres do Poder Executivo. Esta circunstância causaria um desequilíbrio entre os três Poderes do Estado, os quais supostamente deveriam desempenhar apenas suas funções clássicas.

3.1.1.1.1 *A real dimensão do obstáculo da separação dos Poderes* – Embora bastante conhecido e difundido, o argumento da violação ao princípio da separação dos Poderes deve ser tomado com reservas. Fundamentalmente, é preciso compreender que não há, *necessariamente*, no estabelecimento de um controle intenso um comprometimento da separação dos Poderes. Esta visão decorre de uma compreensão superficial e pueril desta teoria. Em lugar nenhum sua adoção significou a perfeita e imaculada fragmentação dos Poderes do Estado, nem a atribuição das atividades típicas de cada Poder exclusivamente a ele. Não é nada raro nem surpreendente que os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário desempenhem funções legislativas, por exemplo. Também ocorre de a função judicial ser desempenhada tanto por estruturas do Poder Executivo como por estruturas pertencentes ao Poder Judiciário. Ainda mais comum e inevitável é que os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário detenham competências executivas e administrativas próprias. Tudo isto é totalmente corrente e natural na aplicação *prática e concreta* do princípio da separação dos Poderes. E, se é assim, também não haveria por que supor que a aplicação de um controle não deferente por parte dos tribunais causasse *necessariamente* uma intromissão indevida nos afazeres da administração pública, ainda que admitindo que o controle judicial não deferente tenha este efeito.

A rigor, a discussão a propósito da intensidade do controle judicial *pode* vir a ser relevante em dois momentos. Em primeiro lugar, quando se reflete sobre qual configuração se pretende dar ao princípio da separação dos Poderes em uma dada jurisdição. Em segundo lugar, quando, tendo sido

feita esta reflexão inicial e adotada uma configuração específica contrária a um controle forte do Poder Judiciário, sua adoção (aí, sim) pode causar violação de uma regra jurídica estruturante.

Contudo, mesmo nestes casos outras considerações devem ser tecidas. Em particular, note-se que o controle mútuo dos Poderes é uma faceta bastante usual da maioria das formulações da teoria da separação dos Poderes. Na pena clássica e conhecida do próprio Barão de Montesquieu, é preciso que, pela disposição das coisas, “o poder contenha o poder”.¹⁴⁴ Dito de outro modo: não só o controle judicial da administração pública não é *vetado* pela teoria da separação dos Poderes, como ele é, mesmo, incentivado na sua formulação mais conhecida.

Isso tudo para afirmar que o argumento da violação do princípio da separação dos Poderes através de um controle judicial não deferente é bastante frágil, e só poderia ser tomado seriamente com todas estas ressalvas acima.

3.1.1.1.2 A eliminação do obstáculo através da jurisdição administrativa – Na medida em que este argumento do risco de comprometimento da separação dos Poderes seja de fato considerado relevante para a determinação da intensidade do controle judicial sobre a administração pública, coloca-se a questão sobre se a existência de uma jurisdição administrativa *elimina* esta preocupação e torna sem problemas a adoção de um controle judicial não deferente.

Posta nestes termos a questão, é preciso admitir que sim, a existência de uma jurisdição administrativa afastaria o obstáculo à incidência de um controle judicial não deferente. A jurisdição administrativa faz parte do Poder Executivo,¹⁴⁵ e não do Poder Judiciário; e, portanto, sua intromissão

144. Charles de Secondat Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Nabu, 2001: “La liberté politique ne peut exister que dans les régimes ‘modérés’ que sont la République et la Monarchie, dans la mesure où elle suppose des lois, absentes du régime despotique. Mais il ne suffit pas qu’un État soit modéré pour qu’il y ait liberté: sa Constitution, qui organise les trois instances de l’État (les Pouvoirs Législatif, Exécutif et Judiciaire), doit aussi prévenir l’abus de pouvoir. S’il est dans la nature du pouvoir de ne pas contenir en lui-même ses propres limites, il faut faire en sorte que ‘le pouvoir arrête le pouvoir’: en distribuant les trois Pouvoirs dans des mains différentes (séparation des Pouvoirs), chacun, contrôlé par les deux autres, reste à sa place”.

145. Justamente porque seriam “juízes do Poder Executivo”, os tribunais administrativos seriam levados naturalmente a se imiscuir também em matérias políticas (cf. Danièle Lochak, “Le Conseil d’État en politique”, cit., *Le Seuil – Pouvoirs* 123/123 e ss.). Segundo Danièle Lochak, no caso do Conselho de Estado estas intervenções políticas foram especialmente significativas nas décadas imediatamente anteriores aos anos 1980. Sobre o tema, v., ainda: Martine Kalusynski, “La fonction

sobre as decisões das autoridades administrativas não constitui uma atividade transversal, de um Poder sobre o outro. Neste sentido, os riscos de desequilíbrio entre os Poderes são eliminados pela existência desta estrutura.¹⁴⁶

Historicamente, este foi um argumento relevante na França no momento da criação da jurisdição administrativa. A Lei de 16-24.8.1790 e o Decreto de 16 do Frutidor do Ano III interditaram aos tribunais da ordem judiciária conhecer de litígios que envolvessem interesses da administração pública.¹⁴⁷ Daí a criação, cinco anos depois, de uma jurisdição específica para tratar destas questões (no Ano VIII, 1799). A inovação institucional tinha como objetivo precisamente o de impedir a intromissão do Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo ou Legislativo. Em julgamento de 1987 o Conselho Constitucional aludiu a esta circunstância para se referir à “particular concepção francesa da separação dos Poderes”.¹⁴⁸ Naturalmente, se a França criou uma jurisdição especial para evitar a intromissão do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, o controle operado por esta nova jurisdição estaria imune a esta barreira.

3.1.1.2 A redução do problema da complexidade das decisões controladas

Uma dificuldade adicional que parece ser reduzida pela instalação de uma jurisdição administrativa consiste na complexidade *técnico-administrativa* das decisões das autoridades administrativas. Também aqui o argumento contrário à efetivação de um controle não deferente é conhecido: as

politique de la Justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation”, cit., in Jacques Commaille e Martine Kaluszynski (dirs.), *La Fonction Politique de la Justice*, pp. 9-23.

146. A circunstância é destacada por Pierre Delvolvé: “Il n’est pas besoin de souligner que le Conseil d’État appartient fondamentalement à l’administration qu’il est chargé de contrôler. (...) Le Conseil Constitutionnel au contraire reste extérieur au Parlement. (...) Cela lui donne une distance par rapport aux organes qu’il contrôle que n’a pas le Conseil d’État vis-à-vis de ceux qu’il surveille. Cela peut inciter le premier à une certaine prudence alors que le second peut manifester plus d’audace” (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 272).

147. Afirma o art. 13 da Lei de 16-24.8.1790, ainda em vigor: “Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”.

148. Cons. Const. N. 86-224 DC du 23.1.1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence*.

decisões das autoridades administrativas envolvem matérias que fugiriam à competência e à expertise dos juízes, usualmente detentores de formação quase que exclusivamente jurídica.

Sucede que ao menos na França a formação mais comum dos juízes administrativos é multidisciplinar.¹⁴⁹ De regra, neste País os juízes administrativos formam-se na *École Nationale d'Administration/ENA*, onde recebem uma educação que envolve disciplinas como Economia, Ciência da Administração, Ciência Política e Direito – sem foco específico nesta última.¹⁵⁰ Esta formação os habilitaria a atuar igualmente em outros cargos (não jurídicos) da administração pública francesa. Aliás, isto acontece frequentemente com vários deles, que deixam temporariamente os tribunais administrativos aos quais pertencem para integrar alguma autoridade administrativa.

Em resumo: os juízes administrativos na França de regra não possuem *formação* exclusivamente jurídica, mas a mesma seguida pela maior parte dos indivíduos ocupando os cargos mais altos da administração pública nacional.¹⁵¹ Assim, à primeira vista sua instrução profissional não parece ser obstáculo para que eles procedam a um controle não deferente de matérias alocadas às autoridades administrativas.¹⁵²

No mais, para além de uma instrução teórica prévia, o manejo diuturno de questões administrativas daria ao juiz administrativo (não só ao francês) uma experiência relevante neste domínio, fazendo-o adaptado a esta realidade.¹⁵³

149. Yann Aguila, “La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l’exception française à l’épreuve des faits”, cit., *AJDA* 2007, pp. 290 e ss.: “Les juges administratifs sont, par leur formation et leur mobilité professionnelle, proches de l’administration”.

150. Dois terços dos membros do Conselho do Estado são provenientes da ENA – o outro terço provém do chamado *tour extérieur*, e pode até ser composto por algumas personalidades do setor privado.

151. V.: Jean-Marc Sauvé, *Le Rôle des Cours Suprêmes en Matière Économique*, intervention dans le cadre du colloque organisé au Conseil Économique, Social et Environnemental par la *Regulatory Law Review* et les Editions Lextenso le Lundi 25 Janvier 2010 (disponível em <http://www.conseil-etat.fr>); e “Quels contrôles pour les concentrations d’entreprises? Bilan, actualité et perspectives”, *Les Entrepreneurs du Palais-Royal*, 20.6.2008 (disponível em <http://www.conseil-etat.fr>).

152. Louis L. Jaffe ressalta como o Conselho de Estado Francês “is not hindered as are some courts by a guilty sense of intruding in matters outside of their experience, subjects the administration to an intensive scrutiny which reaches down much deeper into the merits than most of our courts would think proper” (“The right to judicial review I”, cit., 71 *Harv. L. Rev.* 401, 405).

153. Neste sentido, Gustave Peiser sugere que: “Les tribunaux administratifs qui connaissent mieux les nécessités de l’action administrative, ont souvent mieux

3.1.2 *A duvidosa influência destas circunstâncias na prática*

No item anterior começou-se por delimitar em suas *reais* dimensões os obstáculos do princípio da separação dos Poderes e da complexidade técnico-administrativa de algumas decisões da administração pública. Em seguida examinou-se a medida em que o estabelecimento de uma jurisdição administrativa, separada da ordinária, contribuiria para reduzi-los ou eliminá-los. A partir de agora questiona-se diretamente se o pouco prestígio comparativo das doutrinas deferenciais nos Países estudados que possuem uma jurisdição administrativa pode ser de fato *atribuído* a esta circunstância. Uma conclusão precisa a este respeito é praticamente impossível, mas algumas circunstâncias sugerem uma resposta negativa.¹⁵⁴

3.1.2.1 *A persistência do problema da complexidade das decisões controladas*

Inicie-se pelo exame da formação multidisciplinar e não exclusivamente jurídica dos juízes administrativos para a aplicação de um controle judicial não deferente. Uma primeira dúvida da efetiva relevância desta circunstância reside no fato de que ela é específica do caso francês, não sendo a regra nos muitos Países que adotaram a jurisdição administrativa. Na Itália a formação dos juízes administrativos em nada difere da formação dos juízes ordinários. Ainda assim este País apresenta uma tendência à ampliação do controle e à redução das hipóteses de um controle deferente, tal como se dá na França. Portanto, parece incorreto atribuir a esta formação diferenciada dos juízes administrativos o fato de que França e Itália aplicam um controle comparativamente mais intenso do que Estados Unidos e Canadá.

No mais, mesmo que se considere especificamente o caso da França, a relevância da formação diferenciada dos juízes administrativos para a incidência de um controle judicial não deferente segue incerta. Até se poderia admitir que a circunstância *reduz* os problemas do controle operado por um indivíduo leigo sobre matéria técnica ou administrativa complexa. Mas, certamente, o problema não é *eliminado*. Primeiro, porque a formação multidisciplinar nem sempre envolverá as disciplinas relevantes para a

tenu compte de l'intérêt des particuliers que ne l'ont fait les juridictions judiciaires" (*Droit Administratif Général*, cit., 24^a ed., p. 215).

154. Uma observação preliminar importante é que a questão da jurisdição administrativa levanta novamente a necessidade de uma análise institucional *concreta e específica*. As características específicas da jurisdição administrativa, que as distinguem das jurisdições ordinárias, podem fazê-la mais adaptada a promover este controle. Sobre o tema, v. o item 2.2 do Capítulo II da Primeira Parte.

compreensão e o enfrentamento de matérias objeto de decisões administrativas. A formação generalista de um administrador público não inclui, por exemplo, noções de telecomunicações – noções essenciais para a promoção de um controle judicial sobre a regulação desta matéria. Segundo, e fundamentalmente, porque a maior dificuldade para que se promova um controle judicial não deferente sobre questões administrativas tecnicamente complexas é a incapacitação *institucional* dos tribunais, e não a eventual incapacidade técnica pessoal do magistrado envolvido na questão. A autoridade administrativa está mais bem adaptada para tomar decisões de natureza política, quase política ou complexa tecnicamente não porque seus membros ou diretores são *pessoalmente* mais capacitados para entender os problemas. A adaptação superior advém de suas características institucionais, em especial da mais técnica e especializada composição de pessoal e da maior porosidade às informações e aos anseios dos setores que regulam.¹⁵⁵

É neste sentido de *expertise institucional* que a circunstância da complexidade técnica de decisões administrativas controladas tem relevância nas jurisprudências americana e canadense. Assim, o que importa não é a experiência concreta e específica de cada um dos membros de uma autoridade administrativa, mas a capacitação institucional.¹⁵⁶ No caso que primeiro

155. James O. Freedman, “Expertise and the administrative process”, 28 *Admin. L. Rev.* 363, 376 (1976): “To the extent that skepticism of administrative expertise is based on the premise that agency members have often lacked expertise in the substantive areas that they have been appointed to regulate, it misses the mark in a crucial respect. The continuing expertness of an administrative agency as to matters of technical substance can be more properly understood as deriving primarily from its staff, and not from the shifting membership of those who temporarily serve as commissioners. It is, indeed, the experience and specialization of a large and dedicated staff that has permitted agencies to channel the diverse expertise of many individuals into the process of institutional decision-making—one of the unique contributions of the modern administrative process”.

156. Cf. Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 219: “Although the Supreme Court clearly prioritizes expertise in formulating the standard of review, its inquiry is limited to the statutory role of the administrative actor, not to the particular individual occupying it. Courts will glean evidence of expertise from statute and surrounding context, but will not scrutinize the qualifications, competence, training, or experience of the specific decision-maker”.

Lorne Sossin observa que a atenção à *expertise pessoal* dos membros das instituições consideradas, ao invés do foco na *expertise institucional*, teria consequências sobre as análises realizadas: “Should expertise be derived from the particular conduct of particular decision-makers on a particular issue? Does this mean, for example, that a junior tribunal member who might need the help of an outside legal opinion should be subject to a different standard than a senior member who does

mencionou o teste pragmático e funcional a Suprema Corte canadense fez referência à “expertise dos membros” da autoridade administrativa como um dos fatores relevantes do texto contextualizado, mas a menção textual não deve ser superestimada.¹⁵⁷ Na sequência da jurisprudência a análise da expertise se deu sempre no nível institucional.¹⁵⁸

Em um caso decidido no ano 2000 a Corte americana do 7º Circuito deparou-se com decisão da *Commodity Futures Trading Commission* no sentido de que determinadas transações comerciais complexas por ela analisadas constituíam comércio ilegal, por serem anticoncorrenciais e previamente arranjadas. Um dos juízes responsável pelo controle pretendeu ingressar numa análise profunda da decisão, sob o argumento de que possuía expertise superior à dos membros da Comissão em matéria de organização industrial, e, portanto, estava mais apto a tomar a decisão correta. Apon- tou, assim, falhas na análise procedida pela Comissão, observando que nenhum dos comissários era especialista em organização industrial, análise estatística ou teoria dos jogos.¹⁵⁹ Os demais juízes que formaram a maioria mantiveram a decisão, aplicando o tradicional padrão deferente do modelo de controle de evidência substancial. Argumentaram que a expertise a ser levada em consideração é a expertise institucional.¹⁶⁰ Assim, apontaram que o quadro de funcionários da agência incluía especialistas em cada um destes campos. Observaram, ademais, que cada uma das teorias arroladas pelo juiz do dissenso estava submetida a controvérsia na literatura especializada, não sendo as questões resolvíveis em termos de decisão correta ou incorreta.

not? Expertise, as the above discussion indicates, may be understood from many perspectives – as being specialized knowledge, specialized experience, specialized qualifications or specialized tasks, among others. Each perspective may call for a different line of inquiry, give rise to different evidentiary problems or problems of proof, and may lead to a differently tailored degree of deference” (“Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478, 491-492).

157. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 121-122.

158. Neste sentido, v.: William Lahey e Diana Ginn, “After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), cit., 25 *Dal. L. J.* 259, 302.

159. *Elliot versus Commodity Futures Trading Commission*, 202 F.3d 926 (7th. Cir. 2000).

160. Esta compreensão institucional da expertise é criticada por Wade MacLauchlan, para quem seria conveniente que a análise comparativa fosse mais *real*, incluindo, por exemplo, análise do currículo dos membros envolvidos na decisão administrativa e no controle judicial (“Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 380).

Portanto, por diferentes ângulos de análise, a atribuição de uma orientação judicial menos deferente à formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa é no mínimo duvidosa. Do ponto de vista prático, a orientação menos deferente também é marca de Países em que esta formação diferenciada não se verifica, como é o caso da Itália. Do ponto de vista teórico, é preciso admitir que, se a circunstância de uma formação multidisciplinar *reduz* os problemas de um controle judicial sobre matérias técnico-administrativa complexas, ela certamente não o elimina. Aliás, pelas razões expostas, a redução operada nem parece tão significativa.

3.1.2.2 A aplicação de controle não deferente também pela jurisdição ordinária

No mais, se a forte intensidade comparativa do controle judicial na França e na Itália pudesse ser atribuída à jurisdição administrativa, seria de se esperar que nas hipóteses excepcionais em que é operado pela jurisdição ordinária o controle judicial fosse abrandado.¹⁶¹ Mas esta expectativa está longe de corresponder à realidade. No Direito Francês e no Direito Italiano a lei atribui à jurisdição ordinária a competência para controlar decisões administrativas em algumas matérias. Quando esta opção se efetiva, o controle judicial aplicado é invariavelmente não deferente.¹⁶²

Na França a mera atribuição de alguma questão à jurisdição ordinária implica, *a fortiori*, a submissão dela a um controle não deferente.¹⁶³ É que

161. É a sugestão de Nicole Decoopman, “Le contrôle juridictionnel de l’action de la Commission des Opérations de Bourse”, *RFDA* 1994, p. 1139.

162. Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, *Diritto Amministrativo* 4/802, 2008.

163. No Direito Francês o controle judicial das decisões envolvendo exercício de prerrogativas de direito público (*puissance publique*) cabe normalmente à jurisdição administrativa. Esta regra geral, no entanto, pode ser excepcionada pela legislação, no “interesse da boa administração da justiça” (cf. Cons. Const., n. 86-224 DC du 23.1.1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence*). Sobre o tema, v. o Capítulo I da Segunda Parte. Estes princípios foram fixados em uma decisão do Conselho Constitucional a propósito da regularidade da atribuição ao juiz ordinário da competência para controlar as decisões do Conselho da Concorrência, antiga autoridade antitruste francesa. A mesma opção foi adotada pelo legislador em muitos campos relativos à regulação econômica. A racionalidade por trás desta opção legislativa é que a regulação econômica envolve aspectos institucionais de direito público (a aplicação por meio de autoridades administrativas) e aspectos substanciais de direito privado. Assim, a revisão de algumas específicas decisões da ARCEP (autoridade francesa reguladora das telecomunicações e dos serviços postais) e da CRE (autoridade reguladora de energia), por exemplo, foram atribuídas à jurisdição comum (cf. art. 5-6 do *Code des*

o controle aplicado pelo juiz comum é sempre similar ao que na jurisdição administrativa seria chamado de “de plena jurisdição”, modalidade em que o Poder Judiciário atua como se fora a própria administração pública, detendo todos os poderes que ela mesma detinha no momento da decisão. Daí poder reformá-la, substituí-la e, mesmo, refazer avaliações de mérito. Esta situação é uma consequência do chamado “efeito devolutivo”, que é garantido constitucionalmente e importa a transferência ao juiz ordinário de toda a matéria controversa. Entende-se que esta extensa competência se deve à missão constitucional desta jurisdição, de proteger as liberdades fundamentais. Deste modo, nos casos em que detiver competência para controlar autoridades administrativas, o juiz ordinário tem a obrigação de (i) examinar profundamente os aspectos fáticos e jurídicos da decisão administrativa e (ii) reformar ou substituir a decisão viciada pela sua própria, para dar fim à disputa em questão.

Assim, por exemplo, o controle aplicado pela Corte de Apelação de Paris sobre as decisões do antigo Conselho da Concorrência sempre foi ilimitado. No caso *Sandoz (Novartis Pharma)* o Conselho da Concorrência havia condenado a empresa *Sandoz* por abuso de posição dominante em descontos por vendas casadas no setor farmacêutico.¹⁶⁴ A Corte de Apelação procedeu a uma avaliação profunda de todos os passos da decisão do Conselho. Examinou a existência de dominância, do abuso e a identificação do mercado relevante procedida pelo Conselho, com base nos fatos do caso. Em específico, a Corte discordou do mercado relevante geográfico ali identificado pelo Conselho da Concorrência, e substituiu a decisão da autoridade administrativa pela sua, estabelecendo como mercado relevante o território nacional, ao invés dos diversos mercados locais.

Já, no caso *Bouygues Télécom* a Corte de Apelação havia mantido decisão do Conselho da Concorrência que sancionara firmas acusadas de troca ilegal de informações para fins de colusão em mercado oligopolista. A Corte de Cassação reverteu a decisão da Corte de Apelação, reprimendo-a explicitamente pelo controle fraco que promovera sobre a decisão administra-

Postes et Communications Électroniques; e art. 38 da Lei 2000-108, de 10.2.2000. V. também o art. 16, III, da Lei de 8.12.2009, sobre a regulação de transportes ferroviários). Aqui a mitigação não é total, mas atinge apenas algumas decisões, como aquelas relativas à negociação das tarifas de interconexão no contexto das telecomunicações. Em geral cabe à jurisdição comum rever as decisões relativas a conflitos entre operadores do setor. A razão é que estas manifestações administrativas são comparáveis às decisões tomadas por tribunais comuns no âmbito de disputas comerciais.

164. Cour d’Appel Paris, 30.3.2004, *SAS Novartis Pharma versus Conseil de la Concurrence*.

tiva.¹⁶⁵ De acordo com a Corte de Cassação, a Corte de Apelação teria que ter avaliado concreta e profundamente se de fato a troca de informações em questão levaria a comportamento concertado entre as empresas. Seria obrigação da Corte de Apelação examinar cuidadosamente as características do mercado e as características das informações trocadas e sua periodicidade, por exemplo.

Em resumo: o controle realizado pela jurisdição ordinária é *ainda mais* intenso do que aquele da jurisdição administrativa (na medida em que é *invariavelmente* intenso). Sendo assim, não parece correto atribuir o pendor comparativamente menos deferencial do direito administrativo da França à existência, neste País, de uma jurisdição administrativa.¹⁶⁶

* * *

Ao menos *a priori*, a existência de uma jurisdição administrativa parece uma hipótese interessante para explicar a menor orientação deferencial de França e Itália, em comparação com Estados Unidos e Canadá. De um lado, esta circunstância elimina eventuais problemas relativos à separação dos Poderes. De outro, a formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa poderia significar que eles teriam menor dificuldade para compreender e enfrentar os temas técnicos que constituem o objeto das decisões administrativas controladas.

Um exame mais detalhado desta hipótese, no entanto, levanta algumas dúvidas a propósito de sua validade. Primeiro, porque o tal obstáculo da separação dos Poderes não é tão relevante como se poderia supor. Segundo, porque a tal formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa é circunstância específica do Direito Francês – e, portanto, não ex-

165. Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 29.6.2007, *Bouygues Télécom*. V. Também : Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 31.1.2006, *Colas Midi Méditerranée/Bonna Sabla et Autres*.

166. Em reunião realizada em Paris no dia 7.6.2013, após a apresentação, pelo autor, das ideias mais relevantes deste capítulo, o Professor Gérard Marcou, seu Orientador, manifestou sua concordância com o argumento de que o mais intenso controle judicial verificado na França e na Itália se justificaria pela existência de jurisdições administrativas nestes Países. Ele observou que quando o juiz ordinário atua em matéria administrativa/regulatória ele o faz *como se fora* um juiz administrativo. O juiz judiciário é um “juiz administrativo especializado”. A Corte de Apelação de Paris não atuaria como tribunal de apelação, como tribunal civil, mas como tribunal administrativo. Tanto é assim que não aplica totalmente o Código de Processo Civil, por exemplo. Gérard Marcou deu, ainda, o exemplo do *sursis à execution*, que é utilizado nestes casos, mas que não é uma ferramenta típica do juiz judiciário. Sobre o tema, v., ainda: Pierre Delvolvé, “La Cour d’Appel de Paris, juridiction administrative”, in *Études Offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992.

plicaria a orientação não deferente de outros Países que também consagram a dualidade de jurisdição, como a própria Itália. Terceiro, porque mesmo na França esta tal formação diferenciada não eliminaria o argumento da complexidade das decisões administrativas controladas. Isto porque o argumento veicula um raciocínio de vantagem *institucional* comparativa: não se afirma que os membros diretores de uma autoridade administrativa possuem maior expertise do que os membros de um tribunal, mas se faz referência à superior expertise institucional. Nela estão envolvidos aspectos financeiros, de pessoal de apoio e de configuração e atuação institucional. Quarto, e finalmente, porque se a orientação pouco deferencial de França e Itália pudesse ser validamente atribuída à sua jurisdição administrativa, então, seria de se esperar que o controle judicial da administração eventualmente operado pela jurisdição comum fosse, nestes Países, mais deferente. Mas não é isto que ocorre: tanto na França quanto na Itália o controle judicial efetuado pela jurisdição ordinária é invariavelmente não deferente. Por todas estas razões, impõe-se o exame de outras possíveis explicações para as diferenças verificadas na medida de deferência nas jurisdições estudadas.

3.2 *O pendor deferencial como produto da propagação do realismo jurídico*

Um dos mais consultados e conceituados livros-texto de direito administrativo americano sugere que uma das formas de interpretar o sucesso da doutrina *Chevron* e a difusão de seu pendor deferencial é como uma vitória do realismo jurídico.¹⁶⁷ A hipótese faz pensar sobre a influência gerada por este movimento nas jurisdições em que foi mais desenvolvido e relevante; e se esta influência consistiu em aspecto determinante para a consagração de uma propensão à autorrestrição judicial.¹⁶⁸

167. Stephen Breyer *et alli*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, cit., 6ª ed., p. 250: “Consider the view that *Chevron* is, in a sense, an ultimate triumph of legal realism. The legal realists believed that ‘law’ was not autonomous, in the sense that judgments of both policy and principle lie behind any real-world judgment about ‘what the law is’. If the realists were right, perhaps it follows, post-New Deal, that administrative agencies should have a large role in saying what the law is because they are better than courts at the relevant judgments at policy and principle. Their comparative advantages stem from their better democratic pedigree and their immersion in the facts and policies of particular areas of law”.

168. Para Peter Cane a profunda influência do realismo jurídico no Direito Americano explicaria as diferenças de enfoque entre esta jurisdição e a Austrália no que concerne ao controle judicial da administração pública: “The explanation for this difference of approach may lie deep in a cultural difference between Australian and U.S. law. Under the pervasive influence of legal realism, U.S. lawyers,

A contribuição principal do realismo jurídico consistiu na contestação das ideias de autonomia e neutralidade do Direito. O movimento contrapunha-se ao pensamento jurídico clássico, que entendia o Direito como um sistema fechado e coerente e sustentava que as instituições jurídicas atuavam de forma neutra e imparcial. Os realistas buscavam demonstrar a insustentabilidade da separação entre Direito, Moral e Política. Em seus trabalhos argumentavam que as decisões judiciais são frequentemente influenciadas por concepções pessoais do julgador. Estas considerações abrem espaço para o questionamento do formalismo e do silogismo jurídico como ilusões irrealizáveis. De outro lado, ampliam a responsabilidade dos operadores do Direito, que deixam de ser vistos como meros veículos de realização da vontade abstrata da lei. As decisões jurídicas importam uma quantidade relevante de *escolhas morais e políticas*, pelas quais seus realizadores devem responder.

3.2.1 *Traços de realismo jurídico no viés deferencial das jurisdições estudadas*

Admitindo-se que as soluções jurídicas não são já predeterminadas – e que há, portanto, um espaço para escolha e para autonomia do agente público responsável por estas soluções –, é natural que surja a questão posterior sobre *quem deve* tomar tais decisões relevantes, através de uma análise institucional comparativa (o dito “funcionalismo”).¹⁶⁹ Esta análise é particularmente importante nos casos de controle judicial da administração pública. É que nestas hipóteses uma determinada solução jurídica já foi tomada por uma instituição *politicamente mais legítima* e vem a ser controlada por outra, *politicamente menos legítima*. A situação gera o risco de que esta instituição controladora (o tribunal) venha a impor *suas soluções* sobre aquelas da instituição controlada (a autoridade administrativa), sob o argumento de que se tratava da solução juridicamente *imposta*. Este é precisamente o raciocínio que embasa as teorias deferentes nos Estados Unidos e no Canadá.

both practising and academic, take a more instrumental approach to law than their Australian counterparts, who have inherited a more analytical English tradition. Around the time of the New Deal, it became clear to U.S. lawyers that strict theory of constitutional separation of powers could not meet the needs of an activist and interventionist administrative and regulatory state attempting to deal with complex social problems. This realization generated a new concern with the control of multifunctional agencies through institutional design” (“Understanding judicial review and its impact”, cit., in Marc Hertogh e Simon Halliday (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, p. 26).

169. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 423: “Functionalism itself built upon legal realist and philosophical pragmatist trends in American jurisprudence and philosophy”.

3.2.1.1 A importância explícita do realismo no caso canadense

No Canadá esta influência é perceptível no caso *CUPE*, que superou um período formalista do direito administrativo canadense, inaugurando uma era deferencial.¹⁷⁰ Uma das bases desta decisão é o reconhecimento de que, diante da ambiguidade de um texto normativo, abrem-se para o intérprete escolhas igualmente razoáveis, nenhuma delas sendo *imposta* pelo Direito. Em *CUPE* a Suprema Corte examina a razoabilidade de cada interpretação contida nos autos. Procede desta maneira não para demonstrar que uma interpretação é mais correta que a outra, mas para mostrar que a interpretação da agência é ao menos tão razoável quanto a interpretação alternativa sugerida pela Corte de Apelação.¹⁷¹

Esta admissão é fundamental para embasar a orientação judicial deferencial.¹⁷² Ela é o primeiro passo para uma análise institucional comparativa, que definirá a instituição pública mais apta a decidir entre estas distintas opções, todas juridicamente válidas.¹⁷³ O julgamento da Suprema Corte no

170. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

171. Afirma o Relator, Ministro Dickson: “I have discussed the possible interpretations of s. 102(3)(a) at some length only because, to some, the Board’s interpretation may, at first glance, seem unreasonable if one draws too heavily upon private sector experience. Upon a careful reading of the Act, the Board’s decision, and the judgments in the Court of Appeal, however, I find it difficult to brand as ‘patently unreasonable’ the interpretation given to s. 102(3)(a) by the Board in this case. At a minimum, the Board’s interpretation would seem at least as reasonable as the alternative interpretations suggested in the Court of Appeal. Certainly the Board cannot be said to have so misinterpreted the provision in question as to ‘embark on an inquiry or answer a question not remitted to it’” (*Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242).

172. Também neste sentido afirma Audrey Macklin: “Ambiguity, gaps, silences, and contradictions can rarely (if ever) be eliminated from text. This recognition of interpretive choice makes it possible to ask who is better placed to make the choice – the tribunal or the court? In other words, it underwrites the plea for judicial humility that is at the heart of *CUPE*” (“Standard of review: the pragmatic and functional test”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 205). Em sentido semelhante, v.: Arthur Dyevre, *Realism about Legal Integration: Outline of a Nuanced Legal Realist Approach*, texto ainda inédito, apresentado pelo autor em seminário realizado em maio/2013 no Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado, em Heidelberg, na Alemanha (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2222599>).

173. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 425: “Institutional theories accept that in many forms of litigation judges will need to make choices that will be based on assumptions that might

caso *CUPE* contém um reavaliação judicial sobre a importância das agências e seu papel dentro do Estado Canadense.¹⁷⁴ Em algumas passagens a Corte destaca que estes agentes especializados deveriam ter responsabilidade precípua para implementar seu mandato e são mais bem adaptados para levar adiante esta tarefa do que o juiz generalista. Neste sentido, o voto do Ministro Dickson, condutor da maioria, faz menção à necessidade de respeitar a escolha do legislador de deixar determinadas decisões serem tomadas por autoridades administrativas especializadas, aludindo à “considerável sensibilidade e expertise única” que as caracteriza.¹⁷⁵

A influência do realismo jurídico na criação e no desenvolvimento de uma orientação deferencial foi reconhecida por Frank Iacobucci, Ministro da Suprema Corte canadense entre 1991 e 2004. Em artigo doutrinário publicado ainda enquanto estava no cargo,¹⁷⁶ Iacobucci promove um tributo a John Willis, célebre realista canadense, destacando a importância de sua obra para transformar o direito administrativo e a educação jurídica canadense em geral.¹⁷⁷ Willis teve influência particularmente sensível na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto. Seu importante artigo denominado

turn out not to be true. They may be unsure of the reliability of evidence, expert witness credibility or the likely effect of the judgment on patterns of behaviour. The concern over the judicial capacity to adjudicate ‘social’ or ‘legislative’ facts – namely those recurrent patterns of social behaviour upon which policy is to be based – is a case in point. (...). The preoccupation with uncertainty is not limited solely to impact. One of the most significant issues in contemporary political philosophy, especially liberalism, is how to account for disagreement about justice. John Rawls calls this type of problem the ‘fact of reasonable pluralism’, whereas Jeremy Waldron calls it ‘reasonable disagreement’. (...). All these treatments show that accepting uncertainty in respect of morality and justice does not necessarily close the door to constitutional judicial review. But it does clearly imply some measure both of judicial humility and respect for the moral authority of representative institutions”.

174. Para Wade MacLauchlan o formalismo é um método de negação do Estado Administrativo. O funcionalismo, ao contrário, terminaria por favorecer e valorizar as autoridades administrativas descentralizadas (“Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 350).

175. V., por exemplo: *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236.

176. Frank Iacobucci, “Articulating a rational standard of review doctrine: a tribute to John Willis”, 27 *Queen’s L. J.* 859 (2002).

177. Também sobre o legado de John Willis, v.: David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, cit., 55 *U. Toronto L. J.* 691 (2005); Richard C. B. Risk, “*In Memoriam: John Willis*” (1997), cit., 47 *U. T. L. J.* 301. Risk revela o papel de Willis para derrubar a influência do pensamento *diceyano*, que valorizava a intervenção dos tribunais como essencial para a proteção do Estado de Direito.

“Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” lançou as bases para a adoção pela Suprema Corte da “análise pragmática e funcional”.¹⁷⁸ Composta por um teste multifásico, esta análise, adotada a partir da década de 1980, volta-se a revelar a instituição mais adequada para adotar uma decisão, dadas as suas características.¹⁷⁹

O legado do próprio Iacobucci na sua passagem pela Suprema Corte também parece inspirado por tintas realistas. Daí sua constante luta para que o direito administrativo canadense aderisse à complexidade da própria administração pública, em detrimento de soluções formais e teoricamente mais simples.¹⁸⁰ Esta circunstância o levou a liderar a Suprema Corte na criação de um segundo modelo de controle deferencial, além do de manifesta irrazoabilidade.¹⁸¹

3.2.1.2 A relevância do pensamento realista na evolução jurisprudencial americana

No Direito Americano a autorrestrrição judicial também parece bastante influenciada pelo realismo jurídico – como sugere o livro-texto mencionado na abertura deste item. Em seu profundo estudo histórico sobre a evolução jurisprudencial americana, Keith Werhan ressalta a relevância do pensamento realista a partir do *New Deal*.¹⁸² Ele estaria subjacente a uma orientação

178. Eis um célebre trecho em que Willis lança as bases de uma análise funcional do direito administrativo, revelando uma preocupação institucional comparativa depois adotada pela Suprema Corte Canadense: “(i) who is best fitted to exercise a discretion upon a question of this nature?; and (ii) to what extent and by what type of persons shall the exercise of the discretion be supervised? (...). A proposal to empower a department to make regulations under a statute should not, then, be met with the question, ‘Is the legislature delegating legislative power?’ but rather ‘Is the department or the legislature itself better fitted to make a decision of this kind?’” (John Willis, “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” (1935/1936), cit., 1 *U. T. L. J.* 53, 75-76).

179. Sobre a análise pragmática e funcional, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

180. Neste sentido, v.: Lorne Sossin e Colleen M. Flood, “The contextual turn: Iacobucci’s legacy and the standard of review in administrative law” (2007), 57 *U. T. L. J.* 581, 582: “Justice Iacobucci’s approach and enduring legacy was to deepen the Court’s engagement with the complexity of administrative decision-making, particularly in regulatory settings, and to do so on both principled and practical grounds. He urged the Court (and lower courts applying standard-of-review methodology) to resist the allure of formalism and bright-line categories”.

181. Sobre o número de modelos de controle no Direito Canadense, v. o Capítulo I desta Terceira Parte.

182. Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 574-575: “The New Deal’s special kinship with legal realism, a

judicial mais favorável à administração pública,¹⁸³ do que resultaria menor intervenção em suas decisões. O realismo informaria, ainda, os modelos seguintes, em especial na consagração de uma análise institucional comparativa, que estaria na base da doutrina *Chevron*.¹⁸⁴

Na decisão de *Chevron* a Suprema Corte adota dois grandes pressupostos que culminam na adoção de uma postura judicial deferente. O primeiro destes pressupostos é o de que a ambiguidade dos textos normativos abre espaço para a adoção de diferentes soluções, todas igualmente válidas do ponto de vista jurídico. A indeterminação legislativa é equiparada em *Chevron*¹⁸⁵ e em casos posteriores¹⁸⁶ a uma delegação implícita para que a

jurisprudential movement that also emerged in the 1930s, contributed to the Court's turnaround in its approach to administrative law. Considered to be more a method than a system, legal realism defies easy definition as a school of thought. Yet, several assumptions common among legal realists reinforced New Deal thinking. First, legal realists rejected legal formalism, arguing that 'traditional legal rules and concepts' are to be distrusted 'insofar as they purport to describe what either courts or people are actually doing'. Second, and related to their rejection of legal formalism, legal realists advanced an instrumental conception of law. Thus, Karl Llewellyn observed, legal realists viewed 'law as a means to social ends and not as an end in itself; so that any part needs constantly to be examined for its purpose, and for its effect (...)'. These assumptions led to the tendency of legal realists to merge law and policy, the separation of which had been at the heart of pre-New Deal legal formalism. By 'demythologizing' law, legal realism helped dissolve the judicial resistance of administrative innovation that had so frustrated progressives".

183. Para Keith Werhan o formalismo é uma forma de resistência *contra* o Estado Administrativo: "In the late nineteenth century and early twentieth century, however, there was an insufficient consensus on the role of government administration to produce a coherent approach to administrative law. (...). The courts, using the power of judicial review, quite naturally resisted. The means of resistance was the dominant legal theory of the time, legal formalism" ("The neoclassical revival in administrative law", cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 572-573).

184. Keith Werhan, "The neoclassical revival in administrative law", cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 613-614.

185. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-844 (1984): "The power of an administrative agency to administer a congressionally created (...) program necessarily requires the formulation of policy and the making of rules to fill any gap left, implicitly or explicitly, by Congress". *Morton versus Ruiz*, 415 U.S. 199, 231 (1974): "If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency".

autoridade administrativa implemente suas políticas públicas. Dito de outro modo: a Suprema Corte toma como incontroverso que a interpretação jurídica envolve juízos políticos e técnicos não predeterminados pelo Direito.¹⁸⁷ Tão políticos são estes juízos, que é conveniente alocá-los para instituições públicas com maior legitimidade democrática comparativa – e daí surge o segundo pressuposto de *Chevron*, consistente numa análise institucional comparativa. A Suprema Corte destaca explicitamente as vantagens institucionais comparativas das autoridades administrativas sobre os tribunais para solucionar estas questões sobre as quais o legislador não se pronunciou de forma clara e definitiva.¹⁸⁸ Daí por que os tribunais devem abster-se de impor sua própria interpretação (ou aquela que julgem a “mais correta”),¹⁸⁹

186. Por exemplo, em *Pauly versus Bethenergy Mines, Inc.*, 501 U.S. 608 (1991), a Corte reconheceu de forma explícita que a resolução de ambiguidades envolve *policy-making*: “As *Chevron* itself illustrates the resolution of ambiguity in a statutory text is often more a question of policy than of law. (...) When Congress, through express delegation or the introduction of an interpretive gap in the statutory structure, has delegated policy-making authority to an administrative agency, the extent of judicial review of the agency’s policy determinations is limited”.

187. Aliás, como já foi dito em outras partes deste trabalho, a própria interpretação da EPA no caso *Chevron* consistia numa alteração de política regulatória decorrente da mudança de administração federal. A administração de Ronald Reagan pretendia reduzir o ônus regulatório que recaía sobre a iniciativa privada, dando-lhe maior liberdade e flexibilidade para decidir como dar cumprimento às regras ambientais. Esta circunstância foi admitida pela própria Suprema Corte em seu julgamento (v.: *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 857-858 (1984)): “In 1981 a new administration took office and initiated a ‘Government-wide reexamination of regulatory burdens and complexities’. 46 *Fed. Reg.* 16281. In the context of that review, the EPA reevaluated the various arguments that had been advanced in connection with the proper definition of the term ‘source’ and concluded that the term should be given the same definition in both nonattainment areas and PSD areas”.

188. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984): “Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices – resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”.

189. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 (1984), footnote 11: “The court need not conclude that the agency

anulando as interpretações da administração apenas quando elas não sejam permissíveis.

Estes dois pressupostos teóricos vão ao encontro das ideias do realismo jurídico e desafiam os pilares de autossuficiência e completude do sistema jurídico, bem como da neutralidade dos tribunais, todos tão caros ao pensamento jurídico clássico. Em *Chevron* a deferência judicial é uma *decorrência* do fato de que a ambiguidade normativa gera espaço para a implementação de políticas públicas. Tanto é assim que a Suprema Corte se recusa a deferir para autoridades administrativas que não detenham tais competências.¹⁹⁰

Os desenvolvimentos posteriores da doutrina revelam orientação semelhante. Em *Mead* a Suprema Corte introduz um “Passo 0” para preceder os dois passos do teste de *Chevron*. *Mead* busca enfrentar a polêmica sobre quais interpretações das autoridades administrativas merecem a deferência de *Chevron*. A opção da Suprema Corte consistiu numa valorização dos procedimentos administrativos formalizados.¹⁹¹ Assim, quando a interpretação tenha sido realizada após procedimento de “notice-and-comment” ou após adjudicação formal, a deferência é devida. Esta opção é totalmente consentânea com a ideia de que as interpretações legislativas realizadas pela administração envolvem juízos políticos. A valorização procedimental consiste precisamente em mecanismo de legitimação adicional deles. Neste sentido, a Suprema Corte ressalta como estes procedimentos tendem a fomentar a imparcialidade e a deliberação que devem estar subjacentes a um pronunciamento administrativo com força de lei.¹⁹²

Ainda no caso *Mead*, o ministro Scalia critica a complexidade do novo teste e as dificuldades aplicativas dela decorrentes.¹⁹³ Mas a maioria é muito clara ao refutar a simplificação pretendida por este Ministro, afir-

construction was the only one it permissibly could have adopted to uphold the construction, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding”.

190. Cf. *Martin versus OSHRC*, 499 U.S. 144 (1991) at. 152-153, negando deferência a uma autoridade administrativa detentora de meros poderes adjudicatórios.

191. Para maiores detalhes sobre as inovações aportadas por *Mead*, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

192. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 230 (2001): “It is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when it provides for a relatively formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force”.

193. Sobre o tema da complexidade pós-*Mead*, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

mando explicitamente a intenção de “abraçar a complexidade” e adequar a intensidade do controle judicial às características específicas das decisões administrativas controladas (*tailor deference to variety*).¹⁹⁴ O pragmatismo e o funcionalismo evidentes no caso canadense mostram sua força também no caso americano – e revelam, também eles, o impacto do movimento realista nas formas de controle judicial da administração pública adotadas nestes dois Países.

3.2.2 *A menor relevância do realismo jurídico na França e na Itália*

O realismo jurídico não conheceu a mesma aceitação em Países de tradição jurídica civilista, como a França e a Itália. Neles o Direito ainda apresenta traços de grande formalismo.¹⁹⁵

3.2.2.1 Exemplos do desprestígio do realismo nos Direitos Francês e Italiano

Um dos mais claros exemplos desta realidade é a redação sucinta e formalizada das decisões do Conselho de Estado na França. A fórmula de

194. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001): “Although we all accept the position that the Judiciary should defer to at least some of this multifarious administrative action, we have to decide how to take account of the great range of its variety. If the primary objective is to simplify the judicial process of giving or withholding deference, then the diversity of statutes authorizing discretionary administrative action must be declared irrelevant or minimized. If, on the other hand, it is simply implausible that Congress intended such a broad range of statutory authority to produce only two varieties of administrative action, demanding either *Chevron* deference or none at all, then the breadth of the spectrum of possible agency action must be taken into account. *Justice Scalia*’s first priority over the years has been to limit and simplify. The Court’s choice has been to tailor deference to variety. This acceptance of the range of statutory variation has led the Court to recognize more than one variety of judicial deference, just as the Court has recognized a variety of indicators that Congress would expect *Chevron* deference. (...). We think, in sum, that *Justice Scalia*’s efforts to simplify ultimately run afoul of Congress’s indications that different statutes present different reasons for considering respect for the exercise of administrative authority or deference to it. Without being at odds with congressional intent much of the time, we believe that judicial responses to administrative action must continue to differentiate between *Chevron* and *Skidmore*, and that continued recognition of *Skidmore* is necessary for just the reasons Justice Jackson gave when that case was decided”.

195. Para uma crítica à influência positivista e formalista no sistema de controle judicial italiano, v. Antonio Romano Tassone, “Sulle vicende del concetto di ‘merito’”, *Diritto Amministrativo* 3/517, 2008.

“considerandos” denuncia o uso da estrutura silogística. A conclusão final deste Tribunal Administrativo é apresentada como uma decorrência lógica e necessária dos textos de lei citados. A argumentação das conclusões dos *rapporteurs publics* é bastante mais livre e rica, mas no acórdão do Conselho de Estado, em si, não há nenhum espaço para problematização e consideração de outras possíveis soluções também concordes à legislação.

Outro aspecto que parece relevante é o recurso à chamada *análise institucional comparativa*. Como se afirmou acima, este método de análise possui pressupostos analíticos semelhantes ao do realismo jurídico: em especial, a assunção de uma imprecisão jurídica e da existência de espaço para a autonomia dos operadores do Direito. Na França e na Itália este tipo de análise no discurso dos tribunais é flagrantemente menos comum em comparação com o que ocorre nos Estados Unidos e no Canadá. Na Itália, curiosamente, esta espécie de análise começou a se fazer particularmente presente no período em que se adotou um controle judicial *fraco* (deferente) sobre avaliações técnicas complexas.¹⁹⁶ Na França as análises institucionais comparativas são bastante raras; e, quando existentes, resumem-se às conclusões dos *rapporteurs publics*.

O desprestígio do realismo jurídico e de suas alegações mais relevantes é flagrante também na doutrina destes dois Países. A maioria das publicações imprime um enfoque dogmático e “estritamente jurídico”. Uma relevante exceção é o Professor Michel Troper, que desenvolveu uma teoria da interpretação realista na França.¹⁹⁷

3.2.2.2 As consequências para a jurisprudência relativa ao controle judicial

A pouca propagação comparativa das ideias do realismo jurídico certamente dificulta a adoção e a difusão de uma orientação deferencial. Na França e na Itália predomina a concepção de que a interpretação legislativa

196. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Primeira Parte.

197. Cf. Michel Troper, “Une théorie réaliste de l’interprétation”, in Éric Milard e Olivier Jouanjan (eds.), *Théories Realistes du Droit*, Strasbourg, PUS, 2001. Para um interessante debate sobre o tema, v.: Otto Pfersmann, “Contre le néo-realisme juridique: pour un débat sur l’interprétation”, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2001*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 231-284; Michel Troper, “Réplique à Otto Pfersmann”, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 297-314; Otto Pfersmann, “Une théorie sans objet – Une dogmatique sans théorie: en réponse à Michel Troper”, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 153-181.

é o domínio típico dos tribunais. Esta circunstância leva à conclusão de que ambiguidades legislativas devem ser resolvidas pelos tribunais, e não pelas autoridades administrativas. O maior exemplo disto é a ideia de “erro de direito” no Direito Francês. Trata-se de um “erro abstrato” de interpretação da lei, sem ligação com os fatos concretos do caso. Difere do “erro de apreciação”, porque este diz respeito à qualificação jurídica dos fatos. Pois bem: na França o “erro de direito” é *sempre* controlado de forma não deferente.¹⁹⁸ A solução prevalece a despeito do grau de ambiguidade da legislação, e independentemente de um componente técnico ou político que a interpretação desta ambiguidade pode envolver. Prevalece também independentemente das características institucionais da autoridade que adotou a decisão e de uma eventual conexão existente entre o termo interpretado e a matéria de expertise da entidade administrativa. Os tribunais têm autorização para interpretá-lo diretamente e afastar a interpretação da autoridade administrativa, quando não coincidente com sua própria.

Esta orientação é diametralmente oposta àquela adotada nos Estados Unidos e no Canadá, onde se entende que a autoridade administrativa possui um espaço de liberdade decisória dentro das opções abertas pelo uso de expressões ambíguas.¹⁹⁹ Fundamentalmente, trata-se de orientação claramente contrária aos preceitos do realismo jurídico e consentânea com o raciocínio jurídico clássico. A questão do “erro de direito” na França ilustra uma concepção de completude do sistema jurídico e de autonomia do Direito: a interpretação de um termo ambíguo inserido em uma legislação é uma tarefa eminentemente jurídica, e só pode ter *um* (*correto*) sentido, numa leitura sistemática do Direito. Não há, assim, espaço para juízos políticos ou técnicos. Estes raciocínios terminam por gerar uma “supervalorização do jurídico” ou “supremacia do Direito”, que, no âmbito do controle judicial da administração pública, desagua naturalmente na consagração de uma postura pouco deferente.

No Canadá esta orientação era dominante nas primeiras décadas do século XX, em que o direito administrativo era fortemente influenciado pelas ideias de Albert Venn Dicey. Este professor inglês da Universidade de Oxford entendia a intervenção dos tribunais como essencial para a proteção do Estado de Direito. Batalhando contra este raciocínio, o realista John Willis, extremamente influente nas décadas seguintes, denunciou precisamente esta dominância da visão jurídica dos problemas sociais – aspecto

198. Sobre o tema, v. o item 1 do Capítulo I da Primeira Parte.

199. Sobre o tema, v. o item 1 do Capítulo II da Primeira Parte.

que ele denominava *lawyer's bias* (“viés do advogado”).²⁰⁰ Ao invés deste foco na capacitação única dos tribunais para interpretar e aplicar o Direito, os realistas canadenses propunham uma maior valorização e aceitação das interpretações próprias da administração pública. A correção deste foco *institucional* excessivo nos tribunais poderia ter como consequências a correção do foco *substancial*: da acentuação do aspecto jurídico (de licitude e proteção de direito), poderiam ser favorecidos os outros aspectos do direito administrativo, como a eficiência da administração (fundamentada na sua expertise)²⁰¹ e sua responsividade aos anseios dos cidadãos.²⁰² Aos tribunais caberia intervir mais fortemente apenas nas matérias mais propriamente jurídicas, que incluíssem “valores constitucionais fundamentais ou transcendentais”.²⁰³

* * *

Não é possível precisar se o pendor deferencial mais ou menos elevado de uma jurisdição é determinado pela maior ou menor propagação que nela

200. Seriam as palavras de John Willis: “Consider the normal lawyer’s biases. Because he acts for individuals he necessarily empathizes with the individual. Because he is steeped in the Common Law he views with alarm any departures from the eighteenth-century constitution which he finds in the law reports. Because he lacks experience in the facts of governmental life he has little interest in what actually happens there. Because he is familiar with law as a shield to be used in the defence of his clients he overestimates the importance of legal safeguards and underestimates the importance of the, to him, less familiar but more efficacious ones of fair-minded civil servants, a vigilant press, and a ‘watch that government’ atmosphere in the general public” (*apud* Richard C. B. Risk, “*In Memoriam: John Willis*” (1997), cit., 47 *U. T. L. J.* 301, 303).

201. Neste sentido, v.: David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, cit., 55 *U. Toronto L. J.* 691, 704.

202. Curiosamente, Jean Massot reporta que a intenção original da jurisdição administrativa na França não era a proteção dos cidadãos, mas o bom funcionamento da administração pública – ou seja: um foco na questão da eficiência administrativa (“The powers and duties of the French administrative judge”, cit., in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth, *Comparative Administrative Law*, p. 415). Atualmente, como aponta Yann Aguila, a jurisdição administrativa tem uma *vocação para proteger direitos*: “Car tel est sans doute le fondement principal, aujourd’hui, de la justice administrative: la garantie des droits fondamentaux est une pièce maîtresse de l’État de Droit. Le contrôle juridictionnel des actes de l’administration constitue un outil majeur de protection des droits et libertés des citoyens” (“La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l’exception française à l’épreuve des faits”, cit., *AJDA* 2007, pp. 290 e ss.).

203. Era esta a proposta de Harry Arthurs, “Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), cit., 17 *Osgood Hall L. J.* 1.

se deu das proposições do realismo jurídico. A dificuldade é principalmente metodológica: não haveria métodos adequados para demonstrar esta relação de causalidade.

No entanto, aqui a relação parece ser plausível. Nos Estados Unidos e no Canadá as proposições centrais do realismo jurídico propagaram-se de forma bastante significativa. Atualmente é praticamente impossível ignorar suas consequências, seja no ensino jurídico, na doutrina ou na prática judicial. Na doutrina o realismo chegou a inspirar outros movimentos, eles também relevantes. Um dos maiores exemplos é o *Critical Legal Studies*, liderado pelos Professores Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger, da Universidade Harvard. Mas o realismo também inspirou a análise econômica do Direito e a teoria feminista do Direito. No ensino, o enfoque dogmático, “puramente jurídico” (ou “cientificamente” jurídico), é flagrantemente desprestigiado, sendo esta circunstância evidente a qualquer pessoa que já teve acesso às universidades locais. A influência do realismo sobre os juízes formados a partir deste ensino e desta doutrina não poderia ser menos significativa.

Em resumo: algumas proposições centrais do realismo jurídico parecem incorporadas de modo indelével na infraestrutura e no raciocínio jurídico destes Países. Acima pareceu possível identificar traços deste impacto realista nos julgamentos-chave das Supremas Cortes americana e canadense. A orientação deferente propagada a partir destes julgamentos parece, assim, um produto da difusão do realismo jurídico. A situação na França e na Itália é totalmente diversa. No ensino jurídico prevalece um enfoque enciclopédico e dogmático, com pouco espaço para reflexões fora do “cientificamente” jurídico. Na doutrina a situação é semelhante. É razoável esperar que desta realidade emane um Poder Judiciário mais autocentrado e menos propenso a reconhecer suas limitações ou desvantagens comparativas.

Repete-se que uma demonstração cabal da relação existente entre a propagação do realismo jurídico e a orientação deferencial dos tribunais de uma jurisdição em relação à administração pública é metodologicamente impossível. Ainda mais, a identificação de elementos que sugeririam ou refutariam esta circunstância exigiria um estudo específico e mais profundo. O objetivo deste item era apenas especular e oferecer alguns elementos para inspirar e direcionar pesquisas futuras.

4. Conclusões

Este capítulo serviu para aprofundar o tratamento específico de um dos grandes atores deste trabalho, a *deferência judicial à administração públi-*

ca. Para fazê-lo, submeteu-se esta deferência a três perspectivas adicionais: prática, dinâmica e causal.

Na Primeira Parte a deferência foi submetida a uma análise prática. O objetivo era questionar a medida da eficácia das doutrinas deferenciais: até que ponto elas se traduzem efetivamente (*na prática*) numa postura judicial respeitosa, numa orientação autorrestritiva. Num primeiro momento apresentaram-se algumas razões para duvidar desta eficácia. A uma, há quem sugira que os juízos de razoabilidade frequentemente determinados pelas doutrinas deferenciais ou seriam psicologicamente impossíveis ou, no mínimo, estariam irremediavelmente ligados a um juízo prévio de correção. A duas, estes juízos seriam, ainda, determinados pela ideologia dos magistrados. Estudos empíricos realizados pela doutrina americana demonstram a inquestionável propensão dos magistrados a considerarem mais frequentemente razoáveis as decisões que estejam de acordo com suas preferências políticas.

Estas circunstâncias levaram diversos autores a questionar a eficácia das doutrinas deferenciais e a propor reformas. Numa das mais importantes destas propostas, o Professor Adrian Vermeule sugeriu que um mecanismo deferencial mais efetivo é aquele que se baseia numa regra diferenciada de votação, ao invés de se basear numa regra determinando uma específica intensidade do controle. Esta solução livraria os magistrados da complexa tarefa de avaliar a razoabilidade de uma decisão, além de permitir uma mais fácil calibragem do tanto de deferência que se quer imprimir a um tipo específico de decisão administrativa. Sucede que uma análise mais atenta desta proposta mostra que tampouco ela está imune a problemas. De um lado, a propalada calibragem é um benefício que na prática seria muito pouco aproveitado. De outro, livres da tarefa de promover um juízo de razoabilidade, os magistrados seriam, no entanto, obrigados a promover um juízo de correção em casos em que simplesmente *não há* uma solução *correta*. Nestas situações, a escolha de uma “solução correta” tenderá a esconder do público, no discurso do magistrado, as soluções alternativas igualmente permitidas pela lei. E, neste sentido, reduzirá a transparência da atuação judicial.

As dificuldades da proposta de reforma suscitaram uma nova análise dos méritos de *Chevron*. Reputou-se que os estudos empíricos apresentados anteriormente não são inidôneos a demonstrar a ineficácia de *Chevron* ou de outras doutrinas deferenciais. Primeiro, porque o foco nos percentuais de manutenção ou anulação das decisões administrativas de cada ministro é um índice imperfeito da efetiva adoção, por eles, daquilo que é realmente relevante: uma *postura* ou *orientação* deferencial em relação aos pronunciamentos da administração pública. Depois, porque o foco nos percentuais de

manutenção das decisões administrativas não capta um dos mais relevantes efeitos de uma doutrina deferencial, que é a *dissuasão*.

Estas duas circunstâncias recomendariam que os percentuais de manutenção das decisões administrativas encontrados nos estudos empíricos fossem vistos com alguma ressalva, se de fato eles sugerissem a ineficácia das doutrinas deferenciais. Mas ainda se foi mais além, para argumentar que estes percentuais *não são* desfavoráveis, como à primeira vista se poderia supor. Partindo de uma perspectiva *micro*, que leva em consideração os magistrados individualmente, é possível observar que os estudos empíricos demonstram um *pendor deferencial genérico*. Assim, a despeito das inclinações deferenciais superiores no caso de decisões compatíveis com a ideologia do magistrado, identifica-se um viés relativamente satisfatório de deferência à administração *também nos casos de decisões ideologicamente contrárias*. No caso de uma perspectiva *macro*, que toma o cenário amplo e geral de controle das decisões administrativas, os estudos empíricos realizados tanto nos Estados Unidos como no Canadá apontam para uma taxa de manutenção de aproximadamente 65%. Há razões de sobra, portanto, para manter a fé na eficácia das doutrinas deferenciais.

Na Segunda Parte promoveu-se uma análise *dinâmica* ou *histórica* dos modelos deferenciais de controle. Ao invés de perguntar como os modelos de controle judicial deferente em cada uma das jurisdições *são atualmente*, a ideia era investigar *como eles chegaram a sê-lo*, ou como *evoluíram* com o passar das décadas. Analisaram-se, assim, o contexto histórico e jurisprudencial da sua criação e aspectos da sua evolução posterior.

Observando as circunstâncias da *criação* destes modelos nas jurisdições estudadas, revelou-se que a criação de um modelo de controle deferente pode servir a diferentes finalidades. Na hipótese mais intuitiva, ela implica um movimento de retração judicial, consistindo em uma exortação à autocontenção dos tribunais. Mas contraintuitivamente a iniciativa pode significar também um movimento inverso, de ampliação da intervenção judicial. A primeira hipótese caracteriza o caso canadense e, um pouco menos claramente, os casos americano e italiano. A segunda hipótese caracteriza o caso da França. Neste País o modelo de controle restrito, criado na década de 1960, permitiu ao juiz administrativo estender sua intervenção e seu controle.

Por outro lado, a análise da *evolução* destes modelos de controle é um bom indicativo dos pendores deferenciais de cada jurisdição. Observou-se que em algumas jurisdições os modelos deferenciais se encontram em franca ascensão; em outras, em claro declínio. Canadá é o maior exemplo do primeiro caso: o modelo de controle de razoabilidade é hoje aplicado na

maioria dos casos envolvendo autoridades administrativas especializadas. O modelo não deferente de correção aplica-se tão somente a hipóteses em que a decisão administrativa controlada seja particularmente sensível do ponto de vista jurídico. A França é o melhor exemplo do segundo caso. Após disseminar-se nas áreas antes não submetidas a qualquer controle judicial, o controle restrito foi progressivamente perdendo espaço para o controle não deferente, dito “normal”. Estados Unidos e Itália constituem modelos menos claros da primeira e da segunda hipótese, respectivamente.

A verificação destes diferentes pendores deferenciais em, de um lado, Estados Unidos e Canadá e, de outro, França e Itália levou ao questionamento das *razões* destas diferenças – matéria que foi objeto do item 3 do capítulo. Especulou-se, então, a propósito da influência gerada por alguns elementos que marcam e apartam as jurisdições estudadas. Dois foram os elementos estudados: a natureza monista ou dualista dos aparatos jurisdicionais e a disseminação do realismo jurídico no interior de cada jurisdição. Trata-se de circunstâncias que acompanham a distinção operada acima com base no pendor deferencial. Estados Unidos e Canadá, em que a orientação deferencial possui prestígio acentuado, têm aparatos jurisdicionais monistas e são marcados por uma forte difusão do pensamento jurídico realista. França e Itália, ao contrário, possuem jurisdição dualista e são de certa forma resistentes às proposições do realismo, consagrando um Direito comparativamente mais formalista e dogmático.

No item 3 o enfoque foi bastante mais livre e ensaístico. Não havia como comprovar ou desautorizar quaisquer destas causas acima, mas era possível levantar alguns pontos e mencionar aspectos relevantes para estruturar a discussão e enriquecer o debate. Assim, no que atina à influência gerada pela consagração de uma jurisdição dualista no pendor deferencial de um País, admitiu-se que se trata de tese interessante. De um lado, a jurisdição administrativa elimina eventuais problemas relativos à separação dos Poderes. De outro, a formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa poderia significar que eles teriam menor dificuldade para compreender e enfrentar os temas técnicos que constituem o objeto das decisões administrativas controladas.

Um exame mais detalhado desta hipótese, no entanto, levanta algumas dúvidas a propósito de sua validade. Primeiro, porque o tal obstáculo da separação dos Poderes não é tão relevante como se poderia supor. Segundo, porque a tal formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa é circunstância específica do Direito Francês. Terceiro, porque mesmo na França esta tal formação diferenciada não eliminaria o argumento da complexidade das decisões administrativas controladas. Isto porque o

argumento veicula um raciocínio de vantagem *institucional* comparativa. Quarto, e finalmente, porque, se a orientação pouco deferencial de França e Itália pudesse ser validamente atribuída à sua jurisdição administrativa, então, seria de se esperar que o controle judicial da administração eventualmente operado pela jurisdição comum fosse mais deferente nestes Países. Mas não é isto o que ocorre: tanto na França quanto na Itália o controle judicial efetuado pela jurisdição ordinária é invariavelmente não deferente.

Já, na hipótese relativa à influência do realismo, a relação parece ser plausível. Nos Estados Unidos e no Canadá as proposições centrais do realismo jurídico propagaram-se de forma bastante significativa e estão impregnadas no ensino jurídico, na doutrina e na prática judicial. Nos julgamentos mais importantes das Supremas Cortes americana e canadense, aqueles que estabeleceram ou ampliaram a orientação deferencial nestes Países, é visível uma inspiração realista. A situação na França e na Itália é totalmente diversa. No ensino jurídico prevalece um enfoque enciclopédico e dogmático, com pouco espaço para reflexões fora do “cientificamente” jurídico. Na doutrina a situação é semelhante. É razoável esperar que desta realidade emane um Poder Judiciário mais autocentrado e menos propenso a reconhecer suas limitações ou desvantagens comparativas.

No todo, as perspectivas prática, dinâmica e causal parecem permitir uma visão mais universal do fenômeno da deferência judicial à administração pública.

Capítulo III

CONCLUSÕES

DA TERCEIRA PARTE

As duas primeiras partes do trabalho cuidaram dos aspectos substanciais e procedimentais da *determinação* da intensidade do controle judicial. Nesta última parte o foco voltou-se, finalmente, à *intensidade em si*, mais do que à sua determinação.

Tratando o trabalho da *adaptação* da intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública, então, o passo mais evidente consiste no exame da riqueza da *paleta de intensidades do controle judicial* existente em cada jurisdição. É que, intuitivamente, quanto mais modelos existirem, maior é a possibilidade de adaptar a intensidade do controle judicial às características específicas da decisão administrativa controlada.

O histórico jurisprudencial de duas das jurisdições estudadas revela situações em que este raciocínio foi levado ao extremo. No Canadá, em 1997, a Suprema Corte sinalizou que os modelos de controle judicial de correção e de irrazoabilidade manifesta não consistiam nos dois únicos existentes, mas em dois extremos de um *espectro* de infinitas intensidades possíveis. A mesma ideia do espectro de intensidades foi consagrada no Direito Americano a partir do caso *Mead*, em 2001. Em ambos os casos a ideia era permitir uma adaptação máxima à grande variedade substancial e institucional que marca as decisões administrativas controladas. Na prática, a operacionalização do espectro não é simples. No Canadá as dúvidas operacionais levaram ao abandono progressivo da ideia, através da afirmação de modelos fixos de controle (primeiro em número de três, depois dois). Nos Estados Unidos a Suprema Corte segue afirmando a existência de um espectro, mas a confusão é evidente nos tribunais inferiores.

Na maior parte dos casos, no entanto, as jurisdições optam por modelos fixos de controle. Assim, a questão passa a ser *o número* destes modelos. Em algumas jurisdições optou-se por um sistema composto por três modelos. O resultado universal desta empreitada foi a dificuldade dos tribunais inferiores em diferenciar entre os modelos deferenciais existentes. No Canadá isto levou a uma reforma do sistema para a fusão dos modelos de “razoabilidade simples” e “irrazoabilidade manifesta” num único modelo de razoabilidade. Nos Estados Unidos a trinariedade permanece, mas recebe críticas de todos os lados. Observa-se que a sofisticação e a gradação teórica se esvaem na prática jurisprudencial.

Por outro lado, e enfim, a experiência jurisprudencial das jurisdições estudadas demonstrou a conveniência dos sistemas com dois modelos de controle. Além de bastante estáveis, eles não registram o esperado problema de inadaptabilidade. Como todos os quatro Países estudados adotaram, ao menos em determinado momento histórico, o sistema binário, seria de se esperar que as ilustrações deste problema fossem fartas. Ao contrário, França e Itália, que adotam consistentemente o sistema binário há longas décadas, jamais vivenciaram problemas significativos relativos a esta binariedade. Nos Estados Unidos e Canadá, em que se abandonou o sistema binário em prol de maior complexidade, isto foi feito de forma *preventiva*, sem que tivessem sido verificados exemplos em que os tribunais se ressentiram da existência de um modelo de controle adicional.

Estas circunstâncias levaram à conclusão de que a tentativa de adaptação da intensidade do controle judicial à complexidade administrativa pela via da multiplicação de modelos de controle é contraprodutiva e desaconselhável. Trata-se de momento específico em que a adaptabilidade deve ser posta de lado para a adoção de um sistema mais simples e funcional.

O capítulo seguinte serviu para o enfrentamento de três outras questões ligadas à intensidade do controle judicial. Estas questões revelam perspectivas *prática*, *dinâmica* e *causal* da deferência judicial à administração pública.

Sob a perspectiva prática, examinou-se a medida em que os tribunais de fato aderem e obedecem aos modelos deferenciais de controle judicial, limitando-se a submeter as decisões administrativas a um controle de razoabilidade, por exemplo. Observou-se que o exame de razoabilidade está muito longe de constituir um juízo objetivo, e é frequentemente influenciado pela ideologia do magistrado ou por seus juízos pessoais sobre a correção da decisão administrativa. Apresentou-se e examinou-se uma importante proposta voltada a contornar a ineficácia destas doutrinas. De acordo com esta proposta, um mecanismo deferencial mais efetivo é aquele que se ba-

seia numa regra diferenciada de votação, ao invés de se basear numa regra determinando uma específica intensidade do controle. Ao final, no entanto, afirmou-se que também esta proposta possui suas limitações – e concluiu-se que as teorias deferenciais são relativamente eficazes.

A perspectiva dinâmica implicou uma análise histórica dos modelos deferenciais de controle. Ao invés de se perguntar como os modelos de controle judicial deferente em cada uma das jurisdições *são atualmente*, a ideia era investigar *como eles chegaram a sê-lo* ou como *evoluíram* com o passar das décadas. Este ponto de vista revelou circunstâncias muito curiosas. No que concerne à criação dos modelos deferenciais de controle pôde-se observar que ela nem sempre veicula um movimento de retração judicial. Esta hipótese intuitiva verificou-se muito claramente no Canadá – mas também, um pouco menos claramente, nos Estados Unidos e na Itália. Sucede que na França o modelo de controle deferencial foi criado para permitir *mais controle judicial*. Através do uso do chamado modelo de controle restrito, os tribunais administrativos estenderam sua intervenção para áreas que antes não estavam submetidas a controle judicial algum. Já, no que se refere à evolução dos modelos de controle deferenciais, eles podem revelar diferentes pendores deferenciais das jurisdições estudadas. Assim, no Canadá e nos Estados Unidos observou-se uma ampliação dos domínios submetidos a esta supervisão judicial limitada. Na Itália e na França, ao contrário, nota-se uma redução da presença dos modelos deferenciais. Neste último País chega-se a falar da morte do modelo de controle restrito.

A verificação destes diferentes pendores deferenciais em, de um lado, Estados Unidos e Canadá e, de outro, França e Itália levou ao questionamento das *razões* destas diferenças – matéria que foi objeto da última parte do capítulo. Especulou-se a propósito da influência gerada, para este resultado, por duas circunstâncias: a natureza dualista ou monista da jurisdição e a disseminação do realismo jurídico. Nesta última parte o enfoque foi bastante mais livre e ensaístico. Não havia como comprovar ou desautorizar quaisquer destas causas acima, mas era possível levantar alguns pontos e mencionar aspectos relevantes para estruturar a discussão e enriquecer o debate. A análise lançou algumas dúvidas a propósito da relevância da dualidade de jurisdição e consequente existência da jurisdição administrativa em um País. Do ponto de vista teórico, observou-se que as facilitações ao controle geradas pela jurisdição administrativa não são tão significativas. Do ponto de vista prático, observou-se que na França e na Itália o controle judicial não deferente sobre as decisões da administração pública é a tendência mesmo quando ele é operado pela jurisdição comum. Por outro lado, a análise sugeriu que a influência do realismo pode, mesmo, ser determinante. É flagrante

a inspiração realista das decisões que estabeleceram a orientação deferencial nos Estados Unidos e no Canadá. Já, na França e na Itália o realismo tem inserção ainda bastante tímida, prevalecendo nestes Países uma orientação acadêmica e profissional formalista em relação ao Direito. É razoável esperar que desta realidade emane um Poder Judiciário mais autocentrado e menos propenso a reconhecer suas limitações ou desvantagens comparativas.

No todo, as perspectivas prática, dinâmica e causal permitem uma visão mais universal do fenômeno da deferência judicial à administração pública.

CONCLUSÕES GERAIS

As conclusões gerais deste trabalho são compostas de duas partes. Em primeiro lugar, apresentam-se, resumidamente, os resultados principais alcançados ao longo do trabalho. Em segundo lugar, apontam-se as principais contribuições do trabalho, fazem-se algumas reflexões adicionais, e sugerem-se oportunidades para pesquisas futuras.

* * *

O interesse científico que deu origem a este trabalho teve origem, de um lado, na constatação da progressiva complexização material e institucional da administração pública e, de outro lado, na dúvida a propósito da adaptação do direito administrativo para enfrentar esta realidade. Optou-se por focar no tema do controle judicial. Em específico, pretendia-se analisar se a intensidade do controle judicial estaria adaptada às características da ação administrativa objeto de controle.

Neste particular, nas mais diversas jurisdições constata-se a existência de um discurso que propõe a conveniência da deferência ou autorrestrição judicial no contexto do controle judicial da administração pública contemporânea. Esta solução seria abstratamente superior às demais, as quais seriam inadaptadas à realidade das coisas. Em contraste com esta ideia, a tese aqui defendida foi a seguinte: *há uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais.*

Para demonstrar esta, a opção adotada foi a de dividir a exposição em três partes, cada uma das quais cobrindo um dos aspectos essenciais da determinação da intensidade do controle judicial: (i) a atenção às características da ação administrativa controlada; (ii) o procedimento por meio do

qual a determinação da intensidade se realiza; (iii) a intensidade do controle considerada em si mesma. As conclusões alcançadas em cada uma destas partes são sumariadas a seguir.

O trabalho iniciou pelo passo mais óbvio: o exame da aderência da intensidade do controle judicial às *características substanciais* da decisão administrativa controlada. É intuitivo que tanto maior será a adaptação do controle judicial quanto mais ela resultar de uma reflexão relativa aos atributos da ação administrativa sobre a qual ele incidirá.

Três aspectos das decisões administrativas controladas são particularmente importantes para determinar a intensidade do seu controle judicial: (i) a sensibilidade jurídica; (ii) a natureza política; e (iii) a complexidade técnica. Cada uma destas características está tendencialmente vinculada a uma específica intensidade do controle. Assim, costuma-se aplicar controle judicial não deferente sobre decisões administrativas juridicamente sensíveis; mas controle judicial deferente sobre decisões administrativas políticas ou tecnicamente complexas.

Estas relações tendenciais acima apontadas são frequentemente contraditórias nos discursos judiciais, acadêmicos ou políticos como forma de justificar a incidência de determinado modelo de controle. As soluções são informadas por análises institucionais comparativas voltadas a alocar o poder decisório para a instituição mais adaptada a exercê-lo. Assim, no primeiro caso a aplicação de um controle judicial não deferente importa a atribuição do poder decisório final para os tribunais, como forma de proteção de matérias juridicamente sensíveis (como prerrogativas individuais particularmente relevantes ou valores jurídicos constitucionais, por exemplo) ou como afirmação de uma expertise jurídica peculiar. Nos dois outros casos a aplicação de um controle judicial não deferente veicula a compreensão de que matérias políticas ou tecnicamente complexas devem ser definidas prioritariamente pela administração pública – aos tribunais caberia apenas uma revisão relativamente superficial. No caso de decisões de natureza política este raciocínio traz implícita uma ponderação comparativa sobre as credenciais democráticas dos tribunais e da administração pública (esta última seria democraticamente mais legítima). Pode ainda revelar a ideia de que o anúncio de uma intervenção judicial mínima tende a *ampliar* a *accountability* da administração pública, seja porque evidencia que suas decisões veiculam *opções* ou porque gera um deslocamento do foco para o controle procedimental. No caso de decisões tecnicamente complexas a deferência judicial transmite a ideia de respeito a uma instituição mais bem adaptada (tanto em função da natureza da sua atuação diuturna como em função do seu maior aparelhamento institucional). Além disso, importa a

intenção de preservar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa.

Sucede que estas relações tendenciais, apesar de bem fundamentadas, não são *impositivas* ou *necessariamente superiores às alternativas*. Na prática – como também demonstram as jurisdições estudadas – há razões de sobra para que se apliquem modelos de controle diferentes daqueles ali propugnados. Os problemas de tomar as soluções veiculadas nas relações tendenciais como impositivas decorrem em primeiro lugar da dificuldade de identificar a *natureza da decisão administrativa controlada*. Na prática, cada decisão administrativa é marcada por um *multiplicidade de aspectos substanciais*. Assim, poderá, por exemplo, ser tecnicamente complexa e juridicamente sensível. Isto implica que a afirmação de uma *natureza da decisão administrativa controlada* compreende um *juízo* prévio a propósito da medida de relevância de cada um dos seus aspectos. Ainda mais: o raciocínio da natureza da decisão costuma mesclar considerações relativas à *própria decisão administrativa* com aquelas relativas às *atividades* em que esta decisão se insere. O exemplo da interpretação legislativa é ilustrativo: considerar que a interpretação legislativa é atividade juridicamente sensível (porque dependeria de uma expertise jurídica particular) é ignorar que *algumas interpretações específicas* podem ter aspectos políticos e técnicos mais complexos do que os aspectos propriamente jurídicos. Tudo isto importa que o raciocínio sobre a *natureza da decisão controlada* é bastante subjetivo, e não leva a nenhuma solução específica. Se assim é, não é possível supor que as relações tendenciais apresentadas anteriormente se imponham ao agente que deve aplicar o controle judicial: ele terá bastante espaço para manobra.

Para além destes problemas, as soluções veiculadas nas relações tendenciais podem não ser confirmadas na prática ainda por duas razões.

Em primeiro lugar, é preciso ter claro que estas soluções veiculam uma específica ponderação das finalidades conflitantes do direito administrativo. A aplicação de um controle judicial deferente a questões políticas revela um privilégio das preocupações relativas à legitimidade democrática. Já, no caso das questões tecnicamente complexas a atribuição da palavra final às autoridades administrativas revela uma preocupação com a eficiência administrativa e regulatória. Finalmente, o controle não deferente sobre matérias juridicamente sensíveis volta-se à proteção da licitude no agir administrativo. Mas não há razão para supor que estas sejam sempre as ponderações mais adequadas, em todas as situações. Circunstâncias históricas e/ou contingenciais podem sugerir a consagração de soluções alternativas. Tome-se o exemplo da busca pela lisura *também* no caso de decisões técnicas ou políticas. Elas podem indicar a adequação de um controle judicial não

deferente sobre estas matérias. E isto se fará também por razões institucionais: a especialização do regulador, por exemplo, o faz suscetível a pressões da indústria regulada e a vieses setoriais – circunstâncias que poderiam ser corrigidas através da supervisão pormenorizada de tribunais generalistas.

Em segundo lugar, as relações tendenciais podem não prevalecer em função das características específicas dos tribunais e das autoridades administrativas envolvidos num caso concreto. Isso se dá porque as soluções veiculadas nas relações tendenciais levam em conta as características *usuais* dos tribunais e das autoridades administrativas. Sucede que numa hipótese concreta é possível que as características reais da autoridade administrativa que emanou a decisão controlada e/ou do tribunal que promoverá o controle *distem* destas características usuais tomadas em consideração na relação tendencial. Se assim for, não há razão para aplicar a solução genérica. Este distanciamento das características usuais pode decorrer, por exemplo, de reformas institucionais que visem a capacitar os tribunais a enfrentarem questões técnicas (aparelhando-os com uma equipe técnica, permitindo a consulta a peritos, reduzindo prazos de atuação para aumentar a dinâmica judicial etc.). Nestes casos a deferência judicial em matérias tecnicamente complexas pode não se justificar. Dito de outro modo: a análise institucional que deve pautar a determinação da intensidade do controle judicial deve ser *concreta e comparativa*, levando em consideração as características reais das instituições envolvidas.

No todo, a grande conclusão desta parte é a de que a intenção de *adaptar a intensidade do controle judicial* à complexidade da administração pública não levará a uma solução única e inexorável. A intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma série de considerações subjetivas e, mesmo, políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão. De um lado, isto significa que a mera referência às relações tendenciais não consistirá *justificação suficiente* para a decisão relativa à intensidade do controle que será aplicado num caso concreto. Na prática, a “correção” ou “conveniência” de uma específica alternativa dependerá das circunstâncias mais variadas.

Estas conclusões abrem espaço para discussões relativas ao *procedimento* no qual a intensidade do controle judicial é concretamente determinada. Em primeiro lugar, é preciso questionar em que medida os procedimentos usados nas diferentes jurisdições para a determinação da intensidade do controle judicial são *porosos* e estão abertos a assimilar e ponderar a complexidade envolvida no caso concreto. Em segundo lugar, deve-se questionar se estes procedimentos conduzem a decisões politicamente legítimas. A Segunda Parte do trabalho trata precisamente destas questões relativas ao

procedimento concreto que é utilizado nas diferentes jurisdições para determinar a intensidade do controle judicial a ser aplicado em um caso concreto.

Iniciou-se pelo exame do dilema entre sofisticação e operacionalidade do procedimento. Mostrou-se que a ambição de estabelecer um procedimento que seja *poroso* e responsivo à complexidade da administração pública pode levar a dificuldades operacionais não negligenciáveis. No Canadá a complexidade do chamado teste pragmático e funcional requereu reformas para simplificá-lo. Nos Estados Unidos esta solução ainda não foi adotada, mas há alguma evidência de confusão nos tribunais inferiores a propósito da aplicação da doutrina *Chevron* no período seguinte ao caso *Mead*, que buscava aumentar a adaptabilidade da intensidade do controle judicial à variedade institucional e substancial das autoridades administrativas. Por outro lado, soluções que privilegiam a operacionalidade podem consagrar um estado de coisas ilusório, porque enganoso e insustentável. A enganosidade advém de uma obediência ficta ou meramente formal dos tribunais aos esquemas lógicos simples – na realidade, suas ponderações envolvem, necessariamente, variáveis não reconhecidas explicitamente. A insustentabilidade decorreria da progressiva inadaptabilidade do procedimento à complexidade da administração pública, com consequente adaptação ou abandono dos procedimentos simples.

O exame de soluções extremas visava precisamente a acentuar as vantagens e desvantagens dos procedimentos. Por outro lado, ele abre espaço para a discussão de soluções intermediárias, que consagrem a precisa medida de sofisticação e operacionalidade visada em determinada jurisdição. O capítulo tratou de duas delas. No Direito Italiano a superação da binariedade deu lugar a um esquema simples e formal trinário, com as categorias *vinculação*, *discrecionabilidade* e *avaliações técnicas complexas*. Lamentavelmente, o curto período em que esta solução viveu (entre 2001-2004) não permitiu maiores possibilidades de análise sobre seus méritos concretos. No Canadá parece promissora a retração da complexidade, veiculada na reforma de *Dunsmuir*. A adoção da fase jurisprudencial, por exemplo, reduz o tempo e o esforço empreendidos para determinar a intensidade do controle judicial em boa parte dos casos. Por outro lado, a Suprema Corte do Canadá perdeu a oportunidade de consagrar mecanismos simplificadores ainda mais relevantes ao descartar as propostas de conceder prevalência expressa para um dos fatores ou de estabelecer algumas presunções relativas.

Na sequência enfrentou-se a questão da legitimidade da determinação da intensidade do controle judicial. Ela é uma decorrência lógica da conclusão da Primeira Parte do trabalho no sentido de que a determinação da intensidade do controle judicial envolve a ponderação de diferentes finalidades

do direito administrativo. Pôs-se de lado a hipótese em que a intensidade do controle é definida *direta e explicitamente* pelo legislador, porque neste caso a decisão é tomada pelo mais legítimo dos Poderes do Estado – e, portanto, a questão da legitimidade não se coloca com tanta intensidade. Restaram os casos em que a intensidade do controle judicial é determinada (ou identificada) pelos tribunais.

Viu-se que a estratégia principal utilizada pelos tribunais para legitimar suas decisões consiste em reportá-las a uma suposta *vontade implícita do legislador*. Então, a opção por um controle mais ou menos intenso decorreria de uma mera *identificação* da intenção legislativa, e não implicaria manifestação autônoma dos tribunais. O argumento da intenção legislativa, no entanto, é dificilmente sustentável na prática. De um lado, porque as evidências da intenção legislativa normalmente levantadas pelos tribunais ou são totalmente inidôneas a revelar *qualquer* intenção legislativa referente à intensidade do controle ou são ambíguas, podendo ser interpretadas em sentidos diametralmente opostos. De outro, porque sucede que disposições legislativas diretas e explícitas determinando um específico modelo de controle sejam ignoradas para privilegiar indicações menos claras e mais controversas. Ao final, sugeriu-se que o discurso da intenção legislativa é mera ferramenta legitimadora de movimentos jurisprudenciais autônomos – os tribunais estão, na realidade, promovendo uma análise substancial e normativa para identificar o controle judicial mais adequado para cada uma das decisões administrativas que vêm a juízo.

A conclusão leva à necessidade de conceber outras formas de legitimar (propriamente) esta escolha. Passou-se, então, a examinar as hipóteses de legitimação *pelo processo*. Nestes casos a decisão a propósito da intensidade do controle judicial cabe, sim, aos tribunais, mas eles a adotam como resultado de um procedimento estruturado de tal forma a legitimá-la. As hipóteses examinadas foram duas: a legitimação decorrente: (i) do uso de esquemas simples compostos de categorias formais; (ii) da estruturação de um teste contextualizado com múltiplos fatores. O exame do histórico jurisprudencial relativo à primeira delas é desencorajador. Tanto nos Estados Unidos como no Canadá os tribunais ultrapassaram os limites teóricos ou originais das estruturas simplificadoras, nelas inserindo operações que terminavam por deturpar ou ampliar significativamente a extensão dos seus poderes. A segunda hipótese, por sua vez, parece ainda relativamente pouco explorada na prática. Dois mecanismos de estruturação foram examinados: (i) o estabelecimento de fatores fixos a serem sopesados pelos tribunais; (ii) a prescrição de regras claras para fundamentar a solução dos conflitos entre os fatores. O primeiro mecanismo é de adoção rara. Os Direitos Francês e

Americano deixam os tribunais livres para ponderar as circunstâncias que julgarem mais adequadas para fundamentar sua escolha. No caso do Direito Canadense a estruturação da escolha em passos fixos deu-se apenas por um curto período, e de forma tímida. O segundo mecanismo é particularmente desejável no caso de adoção de um procedimento com fatores fixos. Mas o relato do histórico canadense é decepcionante. Jamais ficaram claros os critérios para resolver sinais conflitantes advindos dos fatores.

Após haver abordado os aspectos substanciais e procedimentais da *determinação* da intensidade do controle judicial, destacou-se, enfim, a intensidade considerada em si mesma.

Tratando da *adaptação* da intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública, então, o passo mais evidente consiste no exame da riqueza da *paleta de intensidades do controle judicial* existente em cada jurisdição. É que, intuitivamente, quanto mais modelos existirem, maior é a possibilidade de adaptar a intensidade do controle judicial às características específicas da decisão administrativa controlada.

O histórico jurisprudencial de duas das jurisdições estudadas revela situações em que este raciocínio foi levado ao extremo. No Canadá, em 1997, a Suprema Corte sinalizou que os modelos de controle judicial de correção e de irrazoabilidade manifesta não consistiam nos dois únicos existentes, mas em dois extremos de um *espectro* de infinitas intensidades possíveis. A mesma ideia do espectro de intensidades foi consagrada no Direito Americano a partir do caso *Mead*, em 2001. Em ambos os casos a ideia era permitir uma adaptação máxima à grande variedade substancial e institucional que marca as decisões administrativas controladas. Na prática, a operacionalização do espectro não é simples. No Canadá as dúvidas operacionais levaram ao abandono progressivo da ideia, através da afirmação de modelos fixos de controle (primeiro em número de três, depois dois). Nos Estados Unidos a Suprema Corte segue afirmando a existência de um espectro, mas a confusão é evidente nos tribunais inferiores.

Na maior parte dos casos, no entanto, as jurisdições optam por modelos fixos de controle. Assim, a questão passa a ser *o número* destes modelos. Em algumas jurisdições optou-se por um sistema composto por três modelos. O resultado universal desta empreitada foi a dificuldade dos tribunais inferiores em diferenciar entre os modelos deferenciais existentes. No Canadá isto levou a uma reforma do sistema para a fusão dos modelos de *razoabilidade simples* e *irrazoabilidade manifesta* num único modelo de razoabilidade. Nos Estados Unidos a trinariedade permanece, mas recebe críticas de todos os lados. Observa-se que a sofisticação e a gradação teórica se esvaem na prática jurisprudencial.

Por outro lado, e enfim, a experiência jurisprudencial das jurisdições estudadas demonstrou a conveniência dos sistemas com dois modelos de controle. Além de bastante estáveis, eles não registram o esperado problema de inadaptabilidade. Como todos os quatro Países estudados adotaram, ao menos em um determinado momento histórico, o sistema binário, seria de se esperar que as ilustrações deste problema fossem fartas. Ao contrário, França e Itália, que adotam consistentemente o sistema binário há longas décadas, jamais vivenciaram problemas significativos relativos a esta binariedade. Nos Estados Unidos e Canadá, em que se abandonou o sistema binário em prol de maior complexidade, isto foi feito de forma *preventiva*, sem que tivessem sido verificados exemplos em que os tribunais se ressentiram da existência de um modelo de controle adicional.

Estas circunstâncias levaram à conclusão de que a tentativa de adaptação da intensidade do controle judicial à complexidade administrativa pela via da multiplicação de modelos de controle é contraprodutiva e desaconselhável. Trata-se de momento específico em que a adaptabilidade deve ser posta de lado para a adoção de um sistema mais simples e funcional.

O capítulo seguinte serviu para o enfrentamento de três outras questões ligadas à intensidade do controle judicial. Estas questões revelam perspectivas *prática, dinâmica e causal* da deferência judicial à administração pública.

Sob a perspectiva prática, examinou-se a medida em que os tribunais de fato aderem e obedecem aos modelos deferenciais de controle judicial, limitando-se a submeter as decisões administrativas a um controle de razoabilidade, por exemplo. Observou-se que o exame de razoabilidade está muito longe de constituir um juízo objetivo, e é frequentemente influenciado pela ideologia do magistrado ou por seus juízos pessoais sobre a correção da decisão administrativa. Apresentou-se e examinou-se uma importante proposta voltada a contornar a ineficácia destas doutrinas. De acordo com esta proposta, um mecanismo deferencial mais efetivo é aquele que se baseia numa regra diferenciada de votação, ao invés de se basear numa regra determinando uma específica intensidade do controle. Ao final, no entanto, afirmou-se que também esta proposta possui suas limitações – e concluiu-se que as teorias deferenciais são relativamente eficazes.

A perspectiva dinâmica implicou uma análise histórica dos modelos deferenciais de controle. Ao invés de se perguntar como os modelos de controle judicial deferente em cada uma das jurisdições *são atualmente*, a ideia era investigar *como eles chegaram a sê-lo* ou como *evoluíram* com o passar das décadas. Este ponto de vista revelou circunstâncias muito curiosas. No que concerne à criação dos modelos deferenciais de controle, pôde-se ob-

servar que ela nem sempre veicula um movimento de retração judicial. Esta hipótese intuitiva verificou-se muito claramente no Canadá – mas também, um pouco menos claramente, nos Estados Unidos e na Itália. Sucede que na França o modelo de controle deferencial foi criado para permitir *mais controle judicial*. Através do uso do chamado modelo de controle restrito, os tribunais administrativos estenderam sua intervenção para áreas que antes não estavam submetidas a controle judicial algum. Já, no que se refere à evolução dos modelos de controle deferenciais, eles podem revelar diferentes pendores deferenciais das jurisdições estudadas. Assim, no Canadá e nos Estados Unidos observou-se uma ampliação dos domínios submetidos a esta supervisão judicial limitada. Na Itália e na França, ao contrário, nota-se uma redução da presença dos modelos deferenciais. Neste último País chega-se a falar da morte do modelo de controle restrito.

A verificação destes diferentes pendores deferenciais em, de um lado, Estados Unidos e Canadá e, de outro, França e Itália levou ao questionamento das *razões* destas diferenças – matéria que foi objeto do Capítulo II da Terceira Parte. Especulou-se a propósito da influência gerada, para este resultado, por duas circunstâncias: a natureza dualista ou monista da jurisdição e a disseminação do realismo jurídico. O enfoque foi bastante mais livre e ensaístico. Não havia como comprovar ou desautorizar quaisquer destas causas acima, mas era possível levantar alguns pontos e mencionar aspectos relevantes para estruturar a discussão e enriquecer o debate. A análise lançou algumas dúvidas a propósito da relevância da dualidade de jurisdição e consequente existência da jurisdição administrativa em um País. Do ponto de vista teórico, observou-se que as facilitações ao controle geradas pela jurisdição administrativa não são tão significativas. Do ponto de vista prático, observou-se que na França e na Itália o controle judicial não deferente sobre as decisões da administração pública é a tendência mesmo quando ele é operado pela jurisdição comum. Por outro lado, a análise sugeriu que a influência do realismo pode, mesmo, ser determinante. É flagrante a inspiração realista das decisões que estabeleceram a orientação deferencial nos Estados Unidos e no Canadá. Já, na França e na Itália o realismo tem uma inserção ainda bastante tímida, prevalecendo nestes Países uma orientação acadêmica e profissional formalista em relação ao Direito. É razoável esperar que desta realidade emane um Poder Judiciário mais autocentrado e menos propenso a reconhecer suas limitações ou desvantagens comparativas.

* * *

Este trabalho buscou ir a fundo na questão da adaptação da intensidade do controle judicial às peculiaridades da decisão administrativa controlada.

Do ponto de vista científico, é verdade que o direito administrativo pode abrir-se a novas perspectivas que o enriqueçam e tornem sua regulação mais realista. No campo científico, portanto, há, sim, mais espaço para adaptação e sofisticação. Em especial nos Países de tradição de direito administrativo, este ramo do Direito é ainda marcado por enfoques puramente dogmáticos e formalistas. São convenientes uma extensão científica e a abertura da reflexão para considerações não estritamente jurídicas. Em especial, podem aportar contribuições valiosas a Sociologia e a Ciência Econômica. Esta última permite a chamada *análise institucional comparativa*, ferramenta teórica fundamental para encarar de forma realista os problemas sociais envolvidos no controle judicial da administração pública.

O trabalho demonstrou, no entanto, que a utilização deste novo enfoque multidisciplinar não leva necessariamente à prescrição de uma solução específica relativa à intensidade do controle judicial. Nas mais diversas jurisdições este discurso multidisciplinar e realista tem sido apropriado por grupos específicos que tendem a prescrever uma *intensidade ideal* do controle judicial, dadas as características da decisão administrativa sob controle e da autoridade que a prolatou. Em geral, estas prescrições correspondem às chamadas relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho: sobre decisões juridicamente sensíveis deveria ser aplicado um controle judicial não deferente; sobre decisões tecnicamente complexas ou de natureza política haveria de se aplicar um controle judicial deferente às escolhas da administração. A mensagem implícita é a de que a adaptação do controle depende da adoção destas prescrições, e que qualquer outra solução seria inadequada.

O trabalho mostrou que esta mensagem é improcedente sob diversos ângulos.

Em primeiro lugar, é essencial notar que as relações tendenciais não são teleologicamente ou ideologicamente neutras. Elas veiculam soluções adequadas para a realização de específicas finalidades administrativas. Assim, o controle não deferente no caso de decisões administrativas juridicamente sensíveis leva a uma maior proteção dos direitos dos cidadãos. Já, o controle deferente para decisões administrativas de natureza política implicará maior atenção à preocupação relativa à legitimidade democrática destas decisões. No primeiro dos casos a legitimidade democrática pode estar sendo desconsiderada; no segundo caso podem estar havendo violações de direitos que passam ao largo do controle. Dito de outro modo: determinada solução até pode ser a ideal, mas apenas *relativamente à realização de uma dentre as finalidades específicas do direito administrativo*. Sucede que circunstâncias históricas, sociais e conjunturais de uma jurisdição podem

fazê-la privilegiar outra finalidade que não aquela consagrada nas relações tendenciais apresentadas no primeiro capítulo do trabalho. Quando assim for, esta solução pode ser adotada, e se tratará de solução perfeitamente adequada ao caso concreto. Em outras palavras: a adoção de uma solução alternativa àquelas apontadas nas relações tendenciais pode resultar precisamente de um esforço de adaptação do controle às circunstâncias do caso concreto e à finalidade que se pretende realizar – e não de uma negligência a esta preocupação adaptativa.

Em segundo lugar, não se pode perder de vista que a adaptação da intensidade do controle judicial da administração pública admite diferentes graus. Ainda que se entendesse que, num caso específico, fosse devida a deferência judicial, isso não é o fim da questão. Embora França e Itália possuam apenas um modelo de controle deferencial à administração, outras jurisdições consagram um leque maior de opções. É o caso do Canadá entre 1997 e 2008: estavam disponíveis os modelos de razoabilidade e de irrazoabilidade manifesta. Nos Estados Unidos, fora do âmbito das interpretações legislativas, e de acordo com a legislação genérica do APA, estão disponíveis os controles *de novo* (não deferencial), de arbitrariedade e de evidências substanciais (deferenciais). Há quem entenda haver uma gradação de intensidade entre estes últimos, sendo o controle de arbitrariedade mais leniente com as escolhas da administração. Além disso, algumas jurisdições cogitam até mesmo de consagrar um espectro de infinitas intensidades possíveis do controle, sem que elas estejam veiculadas em modelos fixos e precisos.

Ainda em relação à gradação da adaptação, não se pode perder de vista que a adaptação não é sempre e necessariamente positiva, como fazem parecer os discursos ideológicos sobre o assunto. A adaptação tem seu custo, e a busca por promovê-la pode gerar o comprometimento de outras finalidades públicas relevantes. Esta circunstância ficou particularmente clara no exame do procedimento que leva à determinação da intensidade do controle judicial. Acréscimos de sofisticação neste procedimento tendem a permitir maior adaptação da intensidade ao final escolhida às circunstâncias do caso concreto. Mas estes ganhos de sofisticação produzem custos adicionais na operacionalidade do procedimento.

Estas duas conclusões ressaltam como a determinação da intensidade do controle judicial envolve escolhas políticas extremamente relevantes. Em definitivo: não há uma forma ideal de adaptar o controle às circunstâncias do caso concreto, nem há um grau específico e ideal em que esta adaptação deva ser consagrada. O *como* e o *quanto* da adaptação dependem de escolhas políticas. Eis por que o trabalho se preocupou também em examinar as formas mediante as quais estas escolhas podem ser legitimadas.

Em resumo: se, de um ponto de vista científico, o direito administrativo pode de fato beneficiar-se de um enfoque menos formalista e dogmático, de um ponto de vista de política pública, esta sofisticação adicional do direito administrativo não leva necessariamente à adoção de uma solução específica e ideal – ao menos não no que concerne à intensidade do controle judicial da administração pública. A contribuição deste trabalho não está, portanto, em oferecer soluções específicas e ideais. A contribuição está em (i) ampliar a complexidade teórica dos debates relativos à intensidade do controle judicial e (ii) revelar o que está por trás de cada uma das soluções abstratamente concebíveis e adotadas consciente ou inconscientemente.

Quanto ao primeiro ponto, o trabalho aporta à discussão uma perspectiva histórica e comparada da jurisprudência de quatro sistemas jurídicos. Com isso, permite que se afirmem conclusões inéditas sobre as consequências concretas das mais diversas opções relativas à intensidade do controle judicial da administração pública. Num exemplo, permite apontar com propriedade as consequências que podem ser esperadas tanto da adoção de um procedimento contextualizado e sofisticado como de um procedimento simples e formalista para a determinação da intensidade do controle judicial. No mais, no que concerne à metodologia jurídica adotada, o trabalho busca superar os males e a simplicidade do formalismo, mas também combate a apropriação ideológica do realismo. Assim, observa que uma análise institucional comparada não leva necessariamente a uma solução ideal, tal como tem sido defendido de forma simplória por alguns autores.

Quanto ao segundo ponto, o trabalho buscou refletir sobre as escolhas que informam cada uma das opções, bem como sobre as finalidades sociais que podem ser por elas fomentadas. Assim, no caso das relações tendenciais observou-se que, ao invés de consistirem em relações naturais, neutras e ideais, elas tendem à realização de *um estado de coisas* que pode ou não servir para uma sociedade específica em um momento histórico específico. Há espaço para a consagração de outras soluções, que promoverão outras finalidades. Do mesmo modo, o trabalho revelou que as opções por procedimentos de determinação da intensidade mais ou menos sofisticados podem veicular escolhas racionais sobre sua operacionalidade. O mesmo pode ser dito em relação à opção pelo número de modelos de controle disponíveis em cada sistema jurídico.

O autor espera que seu esforço pessoal possa gerar duas consequências. Em primeiro lugar, que o tema do controle judicial da administração pública possa ser levado ainda mais a sério, com a adoção de perspectivas diferentes das tradicionais, num foco multidisciplinar e voltado à solução de problemas sociais relevantes. Neste sentido, a perspectiva histórica e comparada, de

que se falou acima, escapa intencionalmente de discussões meramente dogmáticas ou teóricas que tendem a caracterizar os estudos jurídicos. A ideia é que o trabalho possa encorajar outros acadêmicos a trilharem o mesmo caminho, de modo a confirmar ou contestar as conclusões aqui alcançadas. É natural que muito haja para ser aprimorado, e que este aprimoramento só seja alcançado através do esforço conjunto de outros estudiosos. Não se pretende que as conclusões alcançadas neste trabalho sejam necessariamente definitivas, mas que contribuam para uma discussão mais realista e mais útil sobre o tema.

Em segundo lugar, o autor espera que estas considerações teóricas (aquelas já alcançadas e aquelas que tenderão a ser aprimoradas em outros estudos) possam servir para orientar as políticas públicas concretas relativas a este assunto. A pretensão, aqui, é que os autores das escolhas relativas à intensidade do controle judicial (legisladores, juízes, gestores públicos em geral) possam tomar decisões de maneira informada e consciente sobre o estado de coisas que elas tenderão a realizar. Estas escolhas deverão ser feitas em função, ainda, de variáveis outras, como as circunstâncias sociais, econômicas e conjunturais da sociedade que sofrerá suas consequências, além das circunstâncias financeiras e históricas relativas aos seus tribunais e à sua administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGNINO, Francesco. “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156). *Urbanistica e Appalti* 4/448 (2003).
- AGUILA, Yann. “La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l’exception française à l’épreuve des faits”. *AJDA* 2007 (p. 290).
- ALARIE, Benjamin, e GREEN, Andrew. “The reasonable Justice: an empirical analysis of Frank Iacobucci’s career on the Supreme Court of Canada” (2007). 57 *U. T. L. J.* 1.
- ALLAN, Trevor R. S. “Human rights and judicial review: a critique of ‘due deference’” (2006). 65 *Cambridge Law Journal* 671-695.
- AMATO, Giuliano, e LAUDATI, Lauraine (eds.). *The Anticompetitive Impact of Regulation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2001.
- AMRANI-MEKKI, Soraya. “La déjudiciarisation”. *Gazette du Palais* 157/2 (5.6.2008).
- ANDERSEN, William R. “Against Chevron – A modest proposal”. 56 *Admin. L. Rev.* 957 (2004).
- ANTHONY, Robert. “Which agency interpretations should bind the Courts?”. 7 *Yale J. Reg.* (1990).
- ANTOINE, Aurélien. “Droit social, droit de la concurrence et juge administratif”. *AJDA* 2008 (p. 1689).
- ANTONIOLI, Marco. “Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e di individuazione geografica del mercato rilevante” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 14.3.2000, n. 1348). *Giust. Civ.* 7-8/2169 (2000).
- . “L’autorità garante della concorrenza e del mercato e i terzi: appunti in tema di legittimazione a ricorrere”. *Foro Amministrativo: CDS* 2005 (pp. 891-903).
- APRILL, Ellen. “The law of the word: dictionary shopping in the Supreme Court”. 30 *Ariz. St. L. J.* 275 (1988).

ARONSON, Mark, e GROVES, Matthew. *Judicial Review of Administrative Action*. 5ª ed. Pyrmont, Thomson Reuters, 2013.

ARTHURS, Harry William. "Protection against judicial review" (1983). 43 *R. du B.* 277.

———. "Rethinking administrative law: a slightly Dicey business" (1979). 17 *Osgoode Hall L. J.* 1.

AUBY, Jean-Bernard. "Introduction". In: MELLERAY, Fabrice. *L'Argument de Droit Comparé en Droit Administratif Français*. Bruxelles, Bruylant, 2007.

———. "Remarques préliminaires sur la démocratie administrative". *Revue Française d'Administration Publique* 137-138. 2011/1.

AUTIERI, Tiziana, e PAOLIS, Maurizio de. *La Motivazione del Provvedimento Amministrativo: Raccolta di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*. Padova, CEDAM, 2002.

AUTIN, Jean-Louis. "La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des Droits européens". *Revue Française d'Administration Publique* 137-138. 2011/1.

BACCARINI, Stefano. "Motivazione ed effettività della tutela". *Foro Amministrativo TAR* 6/2007 (p. 3315).

BAER, Lauren E., e ESKRIDGE, JR., William. "The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan". 96 *Georgetown Law Journal* 1083 (2008).

BARAK, Aharon. "La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della Giustizia". *Politica del Diritto* 1. Ano XXXIV (março/2003).

BARRON, David J., e KAGAN, Elena. "Chevron's nondelegation doctrine". 2001 *Sup. Ct. Rev.* 201 (2001).

BASTARACHE, Michel. "Modernizing judicial review" (2009). 22 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 227.

BAUER, Joseph P., e KINTNER, Earl W. "Antitrust exemptions for private requests for governmental action: a critical analysis of the Noerr-Pennington doctrine". 17 *University of California Davis Law Review* 549 (1983-1984).

BAUMAN, Richard, e KAHANA, Tsvi (eds.). *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

BAZEX, Michel, e BLAZY, Sophie. "La confirmation du rôle du juge administratif dans le contrôle des opérations de concentration". *Droit Administratif* 5 (maio/2006).

———. "Le juge doit-il contrôler la pertinence de l'analyse économique servant de base à une décision?". *Droit Administratif* 2. Fevereiro/2005 (comm. 26).

BECKER, Gary. "A theory of competition among pressure groups for political influence". *The Quarterly Journal of Economics* 98/371-400. N. 3 (1983).

- BELDA, Béatrice. “Faut-il généraliser le recours administratif préalable obligatoire?”. *RD Publ.* 2008 (1483).
- BERTOLDINI, Antonio. “La consulenza tecnica d’ufficio nella giurisdizione del Consiglio di Stato, la ricerca della prova attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell’azione amministrativa”. *Foro Amministrativo: CDS* 2003 (pp. 225-231).
- BIEHLER, Hilary. *Judicial Review of Administrative Action*. 3ª ed. Round Hall, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- BLACK, Julia. “Proceduralizing regulation: part I”. *Oxford Journal of Legal Studies* 20(4)/597-614. Oxford, 2000.
- BLAIS, Marie-Hélène, et alli. *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*. Ontario, LexisNexis, 2007.
- BLAKE, Sarah. *Administrative Law in Canada*. Ontario, LexisNexis, 2006.
- BLAZY, Sophie, e BAZEX, Michel. “La confirmation du rôle du juge administratif dans le contrôle des opérations de concentration”. *Droit Administratif* 5 (maio/2006).
- . “Le juge doit-il contrôler la pertinence de l’analyse économique servant de base à une décision?”. *Droit Administratif* 2. Fevereiro/2005 (comm. 26).
- BOBBIO, Norberto. “Dell’uso delle grandi dicotomie nella Teoria del Diritto”. *Riv. Int. Fil. Dir.* 1970 (p. 197).
- BONICHOT, Jean-Claude. “L’arrêt AC!: évolution ou révolution?”. *AJDA* 2004. Éditorial (p. 1049).
- BONNARD, Roger. *Le Contrôle Juridictionnel de l’Administration: Étude de Droit Administratif Comparé*. Paris, Dalloz, 2005.
- BORK, Robert. *The Antitrust Paradox*. New York, The Free Press, 1978.
- BOTTEGHI, Damien, e LIÉBER, Sophie-Justine. “L’étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore?”. *AJDA* 2009 (p. 583).
- BRAIBANT, Guy, LONG, Marceau, e WEIL, Prosper. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. 8ª ed. Paris, Sirey, 1984.
- BRAULT, Dominique. *Politique et Pratique du Droit de la Concurrence en France*. Paris, LGDJ, 2004.
- BRÉCHON-MOULÈNES, Christine. “La place du juge administratif dans le contentieux économique public”. *AJDA* 2000 (p. 679).
- BRENNER, Saul, e SPAETH, Harold J. *Stare Indecisus: the Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946–1992*. Cambridge, CUP, 2008.
- BRESSMAN, Lisa Schultz. “Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the Administrative State”. 78 *New York University Law Review* 461 (2003).
- . “Chevron’s mistake”. 58 *Duke Law Journal* 549 (2009).

- _____. "Deference and democracy". 75 *George Washington Law Review* 761 (2007).
- _____. "How Mead has muddled judicial review of agency action". 58 *Vanderbilt Law Review* 1443 (2005).
- BREYER, Stephen. *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*. Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- _____. "Judicial review of questions of law and policy". 38 *Admin. L. Rev.* 363 (1986).
- _____. "On the uses of legislative history in interpreting statutes". 65 *S. Cal. L. Rev.* 845 (1992).
- BREYER, Stephen, et alli. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*. 6ª ed. Aspen, 2006.
- BRONDEL, Séverine, FOULQUIER, Norbert, e HEUSCHLING, Luc (dirs.). *Gouvernement des Juges et Démocratie*. Paris, Sorbonne, 2001.
- BRUFF, Harold H. "Specialized courts in administrative law". 43 *Admin. L. Rev.* 329 (1991).
- BUSSANI, Mauro, e MATTEI, Ugo (eds.). *Comparative Law*. Cambridge, CUP, 2012.
- BYSE, Clark. "Judicial review of administrative interpretation of statutes: an analysis of Chevron's Step Two". 2 *Admin. L. J.* 255 (1988).
- CAGNO, Maurizio di. "Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza" (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156). *Urbanistica e Appalti* 4/448 (2003).
- CANE, Peter. "Understanding judicial review and its impact". In: HALLIDAY, Simon, e HERTOGH, Marc (eds.). *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- CANIVET, Guy. "La pertinence de l'analyse économique du Droit: le point de vue du juge". *Les Petites Affiches/LPA* 99/23 (19.5.2005).
- _____. "Régulateurs et juges: conclusions générales". *LPA* 17 (23.1.2003).
- _____. (dir.). *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris, LGDJ, 2006.
- CANNADA-BARTOLI, Eugenio. "Sulla tardività della delibera a stare in giudizio; sui limiti della discrezionalità amministrativa" (Nota a Cons. St. (Ad. Plen.), 6.2.1993, n. 3). *Giur. It.* 1994.
- CARACCILOLO, Barra. "I procedimenti davanti alle autorità amministrative indipendenti tra Diritto interno e Diritto comunitario". In: AA.VV. *Il Procedimento davanti alle Autorità Indipendenti* (Quaderni del Consiglio di Stato). Torino, 1999 (p. 81).
- CARBONE, Paolo L. "Il G. O. non può sindacare la discrezionalità della P. A. ma può condannarla al risarcimento dei danni". *Danno e Resp.* 4/420 (2003).
- CARBONE, Vincenzo. "Grana padano tra antitrust e giurisdizione" (Nota a Cass. Civ., Sez. Unite, 20.1.2006, n. 1064). *Corriere Giur.* 2/169 (2006).

- CARINGELLA, Francesco. *Compendio di Diritto Amministrativo*. Roma, Dike, 2010.
- . “La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti”. *Società* 2001 (p. 523).
- CARINGELLA, Francesco, FERRARI, Giulia, e TARANTINO, Luigi. “Discrezionalità tecnica” (Nota a Cons. St., Sez. V, 3.1.2002, n. 9). *Urbanistica e Appalti* 3/354 (2002).
- CARTIER, Geneviève. “Keeping a check on discretion”. In: FLOOD, Coleen, e SOSSIN, Lorne (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- . “Procedural fairness in legislative functions: the end of judicial abstinence?” (2003). 53 *Univ. of Toronto L. J.* 217.
- CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 12ª ed. Milano, Giuffrè, 2010.
- CASSESE, Sabino. *Il Diritto Amministrativo: Storia e Prospettive*. Milano, Giuffrè, 2010.
- . *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 6ª ed. Milano, Garzanti, 2000.
- CHAPERON, Élisabeth. *Droit Administratif*. Paris, Sup’Foucher, 2010.
- CHAPUS, René. “De la valeur des principes généraux du Droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif”. *D.* 1966, chron. (p. 119).
- CHÉROT, Jean-Yves. “Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence”. *AJDA* 2000 (p. 687).
- CHEVALIER, Jacques. “De l’administration démocratique à la démocratie administrative”. *Revue Française d’Administration Publique* 137-138. 2011/1.
- . “La régulation juridique en question”. *Droit et Société* 49/827-846. Paris, 2001.
- CHIEPPA, Roberto, e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano, Percorsi/Giuffrè, 2011.
- CHIESI, Gian Andrea. “Un nuovo mezzo istruttorio nel processo amministrativo. La consulenza tecnica e su rilevanza con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica” (Nota a TAR Campania Napoli, Sez. II, 23.5.2002, n. 3011). *Corriere Giur.* 2/233 (2003).
- CHITI, Edoardo. “La disciplina procedurale della regolazione”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 54 (2004).
- CHRÉTIEN, Patrice, DUPUIS, George, e GUÉDON, Marie-José. *Droit Administratif*. 12ª ed. Paris, Dalloz, 2011.
- CICCHESE, Roberta. “Fondamento costituzionale dell’obbligo di motivazione dell’atto amministrativo”. *Il Corriere del Merito* 2011 (p. 108).
- CINTIOLI, Fabio. *Giudice Amministrativo, Tecnica e Mercato*. Milano, Giuffrè, 2005.
- . “L’effettività della tutela giurisdizionale nell’annullamento dei regolamenti”. *Foro Amministrativo: TAR* 2/9 (2003).

- CLARICH, Marcello. *Autorità Indipendenti: Bilancio e Prospettive di un Modello*. Bologna, Il Mulino, 2005.
- . “Le autorità indipendenti nello ‘spazio regolatorio’: l’ascesa e il declino del modello”. *Dir. Pubbl.* 2004.
- . “Le autorità indipendenti raccontate agli economisti”. *Diritto Amministrativo*. 1999 (181).
- . “Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario”. *Foro Amministrativo: TAR* 2002 (pp. 3858-3871).
- COCCONI, Monica. “La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione”. *Osservatorio sull’Analisi di Impatto della Regolazione*. Disponível em www.osservatorioair.it (abril/2011).
- COHEN, Linda, e SPITZER, Matthew. “Solving the Chevron puzzle” (1994). *57 Law & Contemporary Problems* 65.
- COLLET, Martin. *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes*. Paris, LGDJ, 2003.
- COLSON, Jean-Philippe. *Droit Public Économique*. 3ª ed. Paris, LGDJ, 2001.
- COMANDUCCI, Paolo, e GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto 2001*. Torino, Giappichelli, 2001.
- . *Analisi e Diritto 2002-2003*. Torino, Giappichelli, 2003.
- . *Analisi e Diritto 2004*. Torino, Giappichelli, 2004.
- COMMAILLE, Jacques, e KALUSZYNSKI, Martine (dirs.). *La Fonction Politique de la Justice*. Éditions La Découvert, col. “Recherches”, 2007.
- COMTOIS, Suzanne. “Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs” (1990). 21 *R. D. U. S.* 77.
- CORRADINO, Michele. *Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Padova, CEDAM, 2009.
- CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 5ª ed. Torino, Giappichelli, 2010.
- COSTA, Thales (org.). *Introdução ao Direito Francês*. vol. 1. Curitiba, Juruá, 2009.
- CRAIG, Jared. “Defending city hall after Dunsmuir” (2008). 46 *Alberta L. Rev.* 275.
- CRAWFORD, Quincy M. “Comment, Chevron deference to agency interpretations that delimit the scope of the agency’s jurisdiction”. 61 *U. Chi. L. Rev.* 957 (1994).
- CROSS, Frank B., e TILLER, Emerson H. “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”. 107 *Yale L. J.* 2155 (1998).
- CUSTOS, Dominique. “L’interprétation de la loi aux États-Unis: le triomphe de l’expertise administrative sur le stare decisis”. *Droit Administratif* 10. Outubro/2006 (chron. 2).
- . “La jurisprudence administrative de la Cour Suprême américaine d’octobre 2006 à juin 2007”. *Droit Administratif* 1. Janeiro/2008 (chron. 1).

- D'ALBERTI, Marco. *Diritto Amministrativo Comparato: Trasformazioni dei Sistemi Amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*. Bologna, Il Mulino, 1992.
- . “Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici”. *Diritto Amministrativo* 1/52 (2008).
- . “Le autorità indipendenti: quali garanzie?”. In: LANFRANCHI, L. (ed.). *Garanzie Costituzionali e Diritti Fondamentali*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997.
- . *Poteri Pubblici, Mercati e Globalizzazione*. Bologna, Il Mulino, 2008.
- D'ANGELO, Giovanni. “Sindacato delle valutazioni tecniche e disparità di trattamento” (Nota a TAR Puglia Lecce, 22.10.2003, n. 927). *Urbanistica e Appalti* 4/478 (2004).
- D'ORSOGNA, Marina. “I controlli di efficienza”. In: SCOCA, Franco Gaetano (ed.). *Diritto Amministrativo*. Torino, Giappichelli, 2008.
- DE SMITH, S. A., JOWELL, J. L., e WOOLF, H. S. *Judicial Review of Administrative Action*. 6ª ed. Sweet & Maxwell, 2006.
- DECOCQ, André, e DECOCQ, Georges. *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire*. 2ª ed. Paris, LGDJ, 2004.
- DECOOPMAN, Nicole. “Le contrôle juridictionnel de l'action de la Commission des opérations de bourse”. *RFDA* 1994 (p. 1139).
- DEFFAINS, Bruno. “Le défi de l'analyse économique du Droit: le point de vue de l'économiste”. *LPA* 99 (19.5.2005).
- DELANY, Hilary. *Judicial Review of Administrative Action: a Comparative Analysis*. Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2001.
- DELSIGNORE, Monica. “Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato” (Nota a Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601). *Dir. Proc. Amm.* 1/185 (2000).
- DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public de l'Économie*. Paris, Dalloz, 1998.
- . “Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?”. *Conseil Constitutionnel/Conseil d'État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*. Paris, LGDJ, 1998.
- . “La Cour d'Appel de Paris, juridiction administrative”. In: *Études Offertes à Jean-Marie Auby*. Paris, Dalloz, 1992.
- DENOZZA, Francesco. “Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”. *Mercato, Concorrenza, Regole* 3. Ano II (2000).
- DI CAGNO, Maurizio. “Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156). *Urbanistica e Appalti* 4/448 (2003).
- DI PATTI, Domenico Bonaccorsi. “Il Consiglio di Stato si pronuncia nuovamente in tema di sindacato giurisdizionale” (Nota a Cons. St., Sez. VI, 30.8.2002, n. 4362). *Giurisprudenza Italiana* 1/199. Torino, UTET (2004).

- DIANA, Antonio Gerardo. *La Motivazione dell'Atto Amministrativo*. Padova, CEDAM, 2001.
- DIVER, Colin. "Statutory interpretation in the administrative State". 133 *U. Pa. L. Rev.* 549 (1985).
- DOVETTO, Maria Giovanna, e METAFORA, Roberto. "Il principio della *par conditio* come limite alla discrezionalità amministrativa" (Nota a TAR Liguria, Sez. II, 7.3.1998, n. 82). *Urbanistica e Appalti* 8/854 (1998).
- DUBOS, Olivier, e MELLERAY, Fabrice. "La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif". *Dir. Adm.* Agosto-setembro/2004 (p. 8).
- DUFFY, John F., e HERZ, Michael (eds.). *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*. Chicago, ABA Publishing, 2005.
- DUPUIS, George, CHRÉTIEN, Patrice, e GUÉDON, Marie-José. *Droit Administratif*. 12^a ed. Paris, Dalloz, 2011.
- DUPUIS-TOUBOL, Frédérique. "Le juge en complémentarité du régulateur". *LPA* 17 (23.1.2003).
- DYEVRE, Arthur. *Realism about Legal Integration: Outline of a Nuanced Legal Realist Approach* (February 22, 2013). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2222599>.
- DYZENHAUS, David. "Disobeying Parliament? Privative clauses and the rule of law". In: BAUMAN, Richard, e KAHANA, Tsvi (eds.). *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- . "The politics of deference: judicial review and democracy". In: TAGGART, Michael (ed.). *The Province of Administrative Law*. Oxford, Hart Publishing, 1997.
- . "The logic of the rule of law: lessons from Willis". 55 *U. Toronto L. J.* 691 (2005).
- DYZENHAUS, David, e FOX-DECENT, Evan. "Rethinking the process/substance distinction: Baker versus Canada" (2001). 51 *U. T. L. J.* 193.
- EASTON, David. *The Political System: an Inquiry into the State of Political Science*. New York, Alfred A. Knopf, 1953.
- EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. t. II. Paris, LGDJ, 1983.
- ELLIOTT, David W. "Suresh and the common borders of administrative law: time for the tailor?" (2002). 65 *Sask. L. Rev.* 469.
- ELLIOT, E. Donald. "Chevron matters: how the Chevron Doctrine redefined the roles of Congress, courts and agencies in environmental law". 16 *Vill. Envtl. L. J.* 1 (2005).
- ELLIOTT, E. Donald, e SCHUCK, Peter H. "To the Chevron station: an empirical study of federal administrative law". 1990 *Duke L. J.* 984 (1991).
- ELY, John. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Harvard University Press, 1980.

- ESKRIDGE, JR., William. *Dynamic Statutory Construction*. Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- . “Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions”. 101 *Yale L. J.* 331 (1991).
- . “Public values in statutory interpretation”. 137 *U. Pa. L. Rev.* 1007 (1989).
- . “The new textualism”. 37 *UCLA L. Rev.* 621 (1990).
- ESKRIDGE, JR., William, e BAER, Lauren E. “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan”. 96 *Georgetown Law Journal* 1083 (2008).
- ESSENS, Oda (ed.), GERBRANDY, Anna, e LAVRIJSEN, Saskia. *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*. Groningen, Europa Law Publishing, 2009.
- EVANS, J. M. “Jurisdictional review in the Supreme Court: realism, romance and recidivism” (1991). 48 *Admin. L. R.* 255.
- FALZON, Frank. “Standard of review on judicial review or appeal”. In: *Administrative Justice Review Background Papers: Background Papers Prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia*. Junho/2002.
- FARINA, Cynthia. “Statutory interpretation and the balance of power in the administrative State”. 89 *Colum. L. Rev.* 452 (1989).
- FERA, Aldo. “Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo”. *Corso di Formazione per Magistrati Amministrativi*. Caserta, 6.6.2003 (disponível em <http://www.giustizia-amministrativa.it>).
- FERRARI, Giulia, CARINGELLA, Francesco, e TARANTINO, Luigi. “Discrezionalità tecnica” (Nota a Cons. St., Sez. V, 3.1.2002, n. 9). *Urbanistica e Appalti* 3/354 (2002).
- FERRARI, Giulia, e GAROFOLI, Roberto. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 3ª ed. Lecce, Neldiritto, 2010.
- FLAUSS, Jean-François. “Vers une extension du contrôle normal dans le contentieux de la police administrative”, *LPA* 19.5.1989 (p. 19).
- FLOOD, Colleen M., e SOSSIN, Lorne. “The contextual turn: Iacobucci’s legacy and the standard of review in administrative law” (2007). 57 *U. T. L. J.* 581.
- (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- FOGLIA, Moris. “I poteri normative delle autorità amministrative indipendenti”. *Quad. Cost.* 2 (2008).
- FOOTE, Elizabeth V. “Statutory interpretation or public administration: how Chevron misconceives the function of agencies and why it matters”. 59 *Admin. L. Rev.* 673 (2007).
- FORDHAM, Michael. *Judicial Review Handbook*. 5ª ed. Hart, 2008.

- FOULQUIER, Norbert, BRONDEL, Séverine, e HEUSCHLING, Luc (dirs.). *Gouvernement des Juges et Démocratie*. Paris, Sorbonne, 2001.
- FOX, William F. *Understanding Administrative Law*. 5ª ed. LexisNexis, 2008.
- FOX-DECENT, Evan, e DYZENHAUS, David. "Rethinking the process/substance distinction: Baker versus Canada" (2001). 51 *U. T. L. J.* 193.
- FRANKFURTER, Felix. "Foreword: current developments in administrative law" (1938). 47 *Yale L. J.* 515.
- FREEDMAN, James O. "Expertise and the administrative process". 28 *Admin. L. Rev.* 363 (1976).
- FRENI, Elisabetta. "I nuovi poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato". *Obbl. e Contr.* 4/343 (2007).
- . "L'abuso di posizione dominante nel giudizio antitrust delle corti d'appello" (Nota a App. Roma, 28.2.2000). *Giornale Dir. Amm.* 9/902 (2000).
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. "L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du Droit". *LPA* 99/15 (19.5.2005).
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, e PAYET, Marie-Stéphane. *Droit de la Concurrency*. Paris, Dalloz, 2006.
- FULLER, Lon L. "The forms and limits of adjudication". 92 *Harv. L. Rev.* 353 (1978).
- GAROFOLI, Roberto, e FERRARI, Giulia. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 3ª ed. Lecce, Nel Diritto, 2010.
- GARRY, Patrick M. "Judicial review and the 'hard-look' doctrine". 7 *Nev. L. J.* 151.
- GATTO, Sveva del. "La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti". *Giornale Dir. Amm.* 9/947 (2010).
- GERBRANDY, Anna, ESSENS, Oda, e LAVRIJSEN, Saskia. *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*. Groningen, Europa Law Publishing, 2009.
- GERSEN, Jacob E., e VERMEULE, Adrian. "Chevron as a voting rule". 116 *Yale L. J.* 676 (2007).
- GIFFORD, Daniel J. "The emerging outlines of a revised Chevron doctrine: congressional intent, judicial judgment, and administrative autonomy". 59 *Admin. L. Rev.* 783 (2007).
- GINN, Diana, e LAHEY, William. "After the revolution: being pragmatic and functional in Canada's trial courts and courts of appeal" (2002). 25 *Dal. L. J.* 259.
- GIOVAGNOLI, Roberto, e CHIEPPA, Roberto. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano, Percorsi/Giuffrè, 2011.
- GIOVANNELLI, Mauro. "Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore" (Nota a Cons. St., Sez. V, Sent., 20.5.2008, n. 2355). *Urbanistica e Appalti* 9/1107 (2008).

- GIUNTA, Monica. "Il sindacato del giudice amministrativo si estende fino all'analisi compiuta dall'autorità". *Guida al Diritto* 9/103-109 (2005).
- GOHIN, Olivier. *Contentieux Administratif*. 6ª ed. Paris, LexisNexis, 2009.
- GOODMAN, Frank, e SCALIA, Antonin. "Procedural aspects of the Consumer Product Safety Act". 20 *UCLA L. R.* 899 (1973).
- GOSSETT, David M. "Chevron, take two: deference to revised agency interpretations of statutes". 64 *University of Chicago Law Review* 681 (1997).
- GOWAN, Jeff G. *The Standard of Review: the Common Sense Evolution?* (Paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association). January 21, 2003.
- GRAHAM, Ann. "Searching for Chevron in muddy waters: the Roberts Court and judicial review of agency regulations". 60 *Admin. L. Rev.* 229 (2008).
- GREEN, Andrew. "Regulations and rulemaking: the dilemma of delegation". In: FLOOD, Colleen M., e SOSSIN, Lorne (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- GROVES, Matthew, e ARONSON, Mark. *Judicial Review of Administrative Action*. 5ª ed. Pyrmont, Thomson Reuters, 2013.
- GUASTINI, Riccardo, e COMANDUCCI, Paolo (eds.). *Analisi e Diritto 2001*. Torino, Giappichelli, 2001.
- . *Analisi e Diritto 2002-2003*. Torino, Giappichelli, 2003.
- . *Analisi e Diritto 2004*. Torino, Giappichelli, 2004. IN
- GUÉDON, Marie-José, CHRÉTIEN, Patrice, e DUPUIS, George. *Droit Administratif*. 12ª ed. Paris, Dalloz, 2011.
- GUYOMAR, Mattias, e SEILLER, Bertrand. *Contentieux Administratif*. Paris, Dalloz, 2010.
- HALLIDAY, Simon, e HERTOUGH, Marc (eds.). *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- HARDY, Jacques. "Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif". *RDP* março-abril/1990 (pp. 453-467).
- HARFST, David, e MASHAW, Jerry L. *The Struggle for Autosafety*. Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- HECKMAN, Gerald. "Substantive review in appellate courts since Dunsmuir" (2009). 47 *Osgoode Hall L. J.* 751.
- HENKIN, Louis. "Is there a political question doctrine". 85 *Yale L. J.* 597 (1975-1976).
- HENNE, Thomas. "Environmental policy in Germany and the United States: book review". 51 *American Journal of Comparative Law* 207 (2003).
- HERTOUGH, Marc, e HALLIDAY, Simon (eds.). *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

- HERZ, Michael. "Deference running riot: separating interpretation and law-making under Chevron". 6 *Admin. L. J. Am. U.* 187 (1992).
- HERZ, Michael, e DUFFY, John F. (eds.). *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*. Chicago, ABA Publishing, 2005.
- HEUSCHLING, Luc, BRONDEL, Séverine, e FOULQUIER, Norbert (dirs.). *Gouvernement des Juges et Démocratie*. Paris, Sorbonne, 2001.
- HJELMFELT, David C. *Antitrust and Regulated Industries*. New York, John Wiley & Sons, 1985.
- HOLLOWAY, Ian. "A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon" (1993). 22 *Man. L. J.* 28.
- HOULE, France, e SOSSIN, Lorne. "Tribunals and policy-making: from legitimacy to fairness". In: JACOBS, Laverne, e MACTAVISH, Anne L. *Dialogue between Courts and Tribunals: Essays in Administrative Law and Justice, 2001-2007*. Montreal, Thémis, 2008.
- HUBRECHT, Hubert-Gérald. "Peut-on toujours faire du Droit Comparé? Le droit administratif à l'épreuve de la globalisation et du management public". In: MELLERAY, Fabrice. *L'Argument de Droit Comparé en Droit Administratif Français*. Bruxelles, Bruylant, 2007.
- HUSCROFT, Grant. "The duty of fairness: from Nicholson to Baker and beyond". In: FLOOD, Colleen M., e SOSSIN, Lorne (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- IACOBUCCI, Frank. "Articulating a rational standard of review doctrine: a tribute to John Willis". 27 *Queen's L. J.* 859 (2002).
- IDOUX, Pascale. "Juger la régulation, c'est encore réguler... (CE, Sect., 25.2.2005, *France Télécom*, n. 247866)". *Revue du Droit Public* 6/1643 (1.11.2005).
- IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Lineamenti del Diritto Amministrativo*. Torino, Giappichelli, 2008.
- JACOBS, Laverne. "Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of Dunsmuir". *Supreme Court Law Review* 43(2d)/1-34 (2008).
- JACOBS, Laverne, e MACTAVISH, Anne L. *Dialogue between Courts and Tribunals: Essays in Administrative Law and Justice, 2001-2007*. Montreal, Thémis, 2008.
- JAFFE, Louis L. "The right to judicial review I". 71 *Harv. L. Rev.* 401 (1957).
- JANISCH, Hudson. "Something old, something new" (2010). 23 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice* 219.
- JEANNENEY, Pierre Alain. "La Cour de Cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de Régulation de l'Énergie". *D.* 2005 (1835).
- JELLUM, Linda. "Chevron's demise: a survey of outlines of a revised Chevron doctrine: congressional intent, judicial judgment and administrative autonomy". 59 *Admin. L. Rev.* 725 (2007).

- JONES, David Phillip. "The concept of a spectrum of standards of review: is there a different standard of review for appeals?" (1997). 50 *Admin. L. R.* 260.
- JORDAN, William A. "Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation". *Journal of Law and Economics* 15(1)/151-176 (1972).
- JORDAN III, William S. "Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking?". 94 *Nw. U. L. Rev.* 393 (2000).
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira, e LEAL, Fernando. "Quando a tradução também importa: problemas linguísticos de Direito Comparado". *Direitos Fundamentais & Justiça* 8/86-104 (2014).
- JOUANJAN, Olivier, e MILLARD, Éric (eds.). *Théories Realistes du Droit*. Strasbourg, PUS, 2001.
- JOWELL, J. L., DE SMITH, S. A., e WOOLF, H. S. *Judicial Review of Administrative Action*. 6ª ed. Sweet & Maxwell, 2006.
- KAGAN, Elena, e BARRON, David J. "Chevron's nondelegation doctrine". 2001 *Sup. Ct. Rev.* 201 (2001).
- KAHANA, Tsvi, e BAUMAN, Richard (eds.). *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- KALFLÈCHE, Grégory. "Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives". *LP4* 46 (5.3.2009).
- KALUSYNZKI, Martine. "La fonction politique de la Justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation". In: COMMAILLE, Jacques, e KALUSZYNSKI, Martine (dirs.). *La Fonction Politique de la Justice*. Éditions La Découvert, col. "Recherches", 2007 (pp. 9-23).
- KALUSZYNSKI, Martine, e COMMAILLE, Jacques (dirs.). *La Fonction Politique de la Justice*. Éditions La Découvert, col. "Recherches", 2007.
- KATZ, David. *Juge Administrative et Droit de la Concurrence*. Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- KENNEDY, Duncan. "Political ideology and Comparative Law". In: BUSSANI, Mauro, e MATTEI, Ugo (eds.). *Comparative Law*. Cambridge, CUP, 2012.
- KERR, Orin S. "Shedding light on Chevron: an empirical study on the Chevron doctrine in the U.S. Court of Appeals". 15 *Yale J. on Reg.* 1 (1998).
- KESSLER Daniel P. (ed.). *Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 2011.
- KING, Jeff A. "Institutional approaches to judicial restraint". 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409.

- KINTNER, Earl W., e BAUER, Joseph P. "Antitrust exemptions for private requests for governmental action: a critical analysis of the Noerr-Pennington doctrine". 17 *University of California Davis Law Review* 549 (1983-1984).
- KMIEC, Douglas W. "Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine". 2 *Admin. L. J.* 269 (1988).
- KOHL, Michael. "Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality". In: AMATO, Giuliano, e LAUDATI, Lauraine (eds.). *The Anticompetitive Impact of Regulation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2001.
- KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago, The University of Chicago Press, 1994.
- KOPPEL, Jonathan. "Pathologies of accountability, ICANN and the challenge of 'multiple accountabilities disorder'". *Public Administration Review* 65(1)/94-107.
- KOVACIC, William E. "The Reagan judiciary and environmental policy: the impact of appointments to the federal courts of appeals". 18 *B. C. Envtl. Aff. L. Rev.* 669 (1991).
- KRELL, Andreas J. *Discricionarietà Amministrativa e Protezione Ambientale: o Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. "The 'ebb' and 'flow' of administrative law on the 'general questions of Law'". In: TAGGART, Michael (ed.). *The Province of Administrative Law*. Oxford, Hart Publishing, 1997.
- LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*. 1ª ed., t. 1. 1887.
- LAHEY, William, e GINN, Diana. "After the revolution: being pragmatic and functional in Canada's trial courts and courts of appeal" (2002). 25 *Dal. L. J.* 259.
- LALLI, Angelo. *Disciplina della Concorrenza e Diritto Amministrativo*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.
- . "Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato". *Giornale Dir. Amm.* 4/358 (2003).
- . "La sindacabilità giurisdizionale del potere neutrale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ed il procedimento di controllo in materia di concentrazioni" (Nota a Con. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156). *Foro Amm.* CDS 1/232 (2003).
- LAMBERT, Édouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis. L'Expérience Américaine du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois*. Paris, Girard, 1921.
- LANFRANCHI, L. (ed.). *Garanzie Costituzionali e Diritti Fondamentali*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997.
- . *Giusto Processo Civile e Procedimenti Decisori Sommari*. Torino, 2001.

- LANGILLE, Brian. "Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility" (1986). 17 *R. G. D.* 169.
- LAUDATI, Lauraine, e AMATO, Giuliano (eds.). *The Anticompetitive Impact of Regulation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2001.
- LAVRIJSEN, Saskia, ESSENS, Oda, e GERBRANDY, Anna. *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*. Groningen, Europa Law Publishing, 2009.
- LAWSON, Gary. "Outcome, procedure and process: agency duties of explanation for legal conclusions". 48 *Rutgers L. Rev.* 313 (1996).
- LAZZARA, Paolo. *Autorità Indipendenti e Discrezionalità*. Padova, CEDAM, 2001.
- . "'Discrezionalità tecnica' e situazioni giuridiche soggettive" (Nota a Cons. St., Sez. IV, 9.4.1999, n. 601). *Dir. Proc. Amm.* 1/212 (2000).
- . "Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust" (Nota a Cass. Civ., Sez. Unite, 29.4.2005, n. 8882). *Giornale Dir. Amm.* 2/179 (2006).
- LE CLAINCHE, Michel. "L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative?". *Revue Française d'Administration Publique* 137-138 (2011/1).
- LE MESTRE, Marie-Ange. "L'argument de Droit Comparé et les autorités administratives indépendantes". In: MELLERAY, Fabrice. *L'Argument de Droit Comparé en Droit Administratif Français*. Bruxelles, Bruylant, 2007.
- LEAL, Fernando, e JORDÃO, Eduardo. "Quando a tradução também importa: problemas linguísticos de Direito Comparado". *Direitos Fundamentais & Justiça* 8/86-104 (2014).
- LEMIEUX, Denis. "La cohérence décisionnelle" (2010). 23 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice* 227.
- LEVIN, Ronald M. "The anatomy of Chevron: Step Two reconsidered". 72 *Chi.-Kent L. Rev.* 1253 (1997).
- LEVIN, Ronald M., e WOODWARD, David R. "In defense of deference: judicial review of agency action". 31 *Admin. L. Rev.* 329 (1979).
- LEVINE, Michael E., NOLL, Roger G., e PELTZMAN, Sam. "The economic theory of regulation after a decade of deregulation". *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics* 1989 (p. 14).
- LI, Zhang. *Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine: Eléments d'Analyse Comparée des Contentieux Administratifs Chinois et Français*. Bruxelles, Bruylant, 2010.
- LIBERATI, Bruti. "La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo". *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2009 (p. 435).
- LIBERTINI, Mario. "Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza". *Giornale Dir. Amm.* 7/802 (2002).
- LIÉBER, Sophie-Justine, e BOTTEGHI, Damien. "L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore?". *AJDA* 2009 (p. 583).

- LIGUORI, Fiorenzo. "Il sindacato 'debole' sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti". *Gior. Dir. Amm.* 6/609 (2003).
- LINDSETH, Peter, e ROSE-ACKERMAN, Susan (eds.). *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar, 2010.
- LINOTTE, Didier. "Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif". *AJDA* 1981 (p. 115).
- LLEWELLYN, Karl N. "Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed". 3 *Vand. L. Rev.* 395 (1950).
- LOCHAK, Danièle. "Le Conseil d'État en politique". *Le Seuil – Pouvoirs* 123 (2007/4).
- LOEB, Louis S. "Judicial blocs and judicial values in civil liberties cases decided by the Supreme Court and the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit". 14 *Am. U. L. Rev.* 146 (1965).
- LOMBARD, Martine. "Institutions de régulation économique et démocratie politique". *AJDA* 2005 (p. 530).
- . "Les analyses économiques dans le contrôle juridictionnel des actes pris sur proposition des agences de régulation". *Droit Administratif* 1. Janeiro/2005 (comm. 12).
- LOMBARDI, Letizia. "Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni tecniche tra vecchie e nuove istanze" (Nota a Cons. St., Sez. IV, Sent., 21.5.2008, n. 2404). *Urbanistica e Appalti* 10/1164 (2008).
- LONG, Marceau, BRAIBANT, Guy, e WEIL, Prosper. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. 8ª ed. Paris, Sirey, 1984.
- LONGOBUCCO, Francesco. "La produzione normativa delle *authorities* nel quadro della contrattazione tra garanzie procedurali e ruolo dell'interprete". In: PERLINGIERI, Pietro (ed.). *Sulle Tecniche di Redazione Normativa nel Sistema Democratico*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- LOUGHLIN, Martin. "Procedural fairness: a study of the crisis in administrative law theory" (1978). 28 *U. T. L. J.* 215.
- LOVETT, Deborah K. "Deference within a standard of review of correctness" (2001). 59 *The Advocate* 703.
- . "That enigmatic curial deference and the continuing and most curious search for legislative intent – What to do, what to do?" (2004). 17 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 207.
- MACKLIN, Audrey. "Standard of review: the pragmatic and functional test". In: FLOOD, Coleen, e SOSSIN, Lorne (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- MacLAUCHLAN, H. Wade. "Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?" (1986). 36 *U. T. L. J.* 343.

- . “Some problems with judicial review of administrative inconsistency” (1984). 8 *Dalhousie L. J.* 435.
- . “Transforming administrative law: the didactic role of the Supreme Court of Canada” (2001). 80 *Can. Bar Rev.* 281.
- MACTAVISH, Anne L., e JACOBS, Laverne. *Dialogue between Courts and Tribunals: Essays in Administrative Law and Justice, 2001-2007*. Montreal, Thémis, 2008.
- MAMONTOFF, Catherine. “La notion de pleine juridiction au sens de l’art. 6 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme et ses implications en matière de sanctions administratives”. *RFDA* 1999 (p. 1004).
- MARCHAND, Anne. “Concurrence: le rapport de la Cour de Cassation pour 2006”. *Revue Lamy de la Concurrence* 12/181-183 (julho-setembro/2007).
- MARCHETTI, Barbara. *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti: il Judicial Review sulle Administrative Agencies*. Padova, CEDAM, 2005.
- MARCOU, Gérard. “Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe Occidentale”. *RFDA* 2006 (p. 84).
- MARIMBERT, Jean. “L’ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur”. *LPA* 17/41 (23.1.2003).
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte, Fórum, 2005.
- MASHAW, Jerry L. “Improving the environment of agency rulemaking: an essay on management, games, and accountability”. 57 *Law & Contemporary Problems*. 185. N. 116 (1994).
- . “Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability”. *Revista Direito GV* 1/153-170 (edição especial) (2005).
- . “Prodelegation: why administrators should make political decisions”. 1 *J. L. Econ. & Organization* 81 (1985).
- MASHAW, Jerry L., e HARFST, David. *The Struggle for Autosafety*. Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- MASSOT, Jean. “The powers and duties of the French administrative judge”. In: ROSE-ACKERMAN, Susan, e LINDSETH, Peter (eds.). *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar, 2010.
- MATTEI, Ugo, e BUSSANI, Mauro (eds.). *Comparative Law*. Cambridge, CUP, 2012.
- MAY, Randolph J. “Defining deference down: independent agencies and Chevron deference”. 58 *Admin. L. Rev.* 429 (2006).
- McGARITY, Thomas O. “Some thoughts on ‘deossifying’ the rulemaking process”. 41 *Duke L. J.* 1385 (1992).
- . “The courts and the ossification of rulemaking: a response to professor Seidenfeld”. 75 *Tex. L. Rev.* 525 (1997).
- McLACHLIN, Beverly. “The roles of administrative tribunals and courts in maintaining the rule of law” (1999). 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 171.

- MEIJ, Arjen. "Judicial review in the EC Courts: Tetra Laval and beyond". In: ESSENS, Oda (ed.), *et alli. National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*. Groningen, Europa Law Publishing, 2009.
- MELLERAY, Fabrice. *L'Argument de Droit Comparé en Droit Administratif Français*. Bruxelles, Bruylant, 2007.
- . "Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel? Remarques sur le caractère paradoxal de son caractère jurisprudentiel". *AJDA* 2005 (p. 637).
- MELLERAY, Fabrice, e DUBOS, Olivier. "La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif". *Dir. Adm.* Agosto-setembro/2004 (p. 8).
- MENNA, Domenico. "La théorie des principes généraux du Droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle". *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris, PUF, 1993.
- MERRILL, Thomas W. "Ambiguity and policy-making: a cognitive approach to synthesizing Chevron and Mead". 16 *Vill. Envtl. L. J.* (Spring 2005).
- . "Judicial deference to Executive precedent". 101 *Yale L. J.* 969 (1992).
- . "The story of Chevron: the making of an accidental landmark". In: STRAUSS, Peter (ed.). *Administrative Law Stories*. New York, Thomsom/West, 2006.
- . "Textualism and the future of the Chevron doctrine". 72 *Washington University Law Quarterly* 351 (1994).
- METAFORA, Roberto, e DOVETTO, Maria Giovanna. "Il principio della *par conditio* come limite alla discrezionalità amministrativa" (Nota a TAR Liguria, Sez. II, 7.3.1998, n. 82). *Urbanistica e Appalti* 8/854 (1998).
- MIKVA, Abner J. "The changing role of judicial review". 38 *Admin. L. Rev.* 115 (1986).
- MILES, Thomas J., e SUNSTEIN, Cass R. "Do judges make regulatory policy?". 73 *U. Chi. L. Rev.* 823 (2006).
- . "The real world of arbitrariness review". 75 *U. Chi. L. Rev.* 761. (2008).
- MILLARD, Éric, e JOUANJAN, Olivier (eds.). *Théories Realistes du Droit*. Strasbourg, PUS, 2001.
- MILLER, Geoffrey P. "Pragmatics and the maxims of interpretation". 1990 *Wis. L. Rev.* 1179.
- MIRATE, Silvia. "Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazione tecniche" (Nota a Cons. St., Sez. IV, 2.3.2004, n. 926). *Urbanistica e Appalti* 7/817 (2004).
- . "La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione" (Nota a Cons. St., Sez. IV, 10.2.2000, n. 715). *Giur. It.* 2000 (12).

- MODERNE, Franck. "Actualité des principes généraux du Droit". *RFDA* 1998 (p. 495).
- . "Légitimité des principes généraux du Droit et théorie du Droit". *RFDA* 1999 (p. 722).
- MOGLEN, Eben, e PIERCE JR., Richard J. "Sustein's new canons: choosing the fictions of statutory interpretation". 57 *U. Chi. L. Rev.* 1203 (1990).
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'Esprit des Lois*. Paris, Nabu, 2001.
- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge, Cambridge, 2007.
- MOORE, Thomas Gale. "The beneficiaries of trucking regulation". *Journal of Law and Economics* 21(2)/327-343 (1978).
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 11^a ed. Paris, Montchrestien, 2009.
- . "Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes". *LPA* 183/6 (12.9.2003).
- MORISSETTE, Yves-Marie. "Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse" (1986). 16 *R. D. U. S.* 591.
- MORRISON, Alan B., STARR, Kenneth W., SUNSTEIN, Cass R., e WILLARD, Richard K. "Judicial review of administrative action in a conservative era". 39 *Admin. L. Rev.* 353 (1987).
- MULLAN, David J. *Administrative Law: Cases, Text and Materials*. 5^a ed. Toronto, Emond Montgomery, 2003.
- . *Consistent Decision-Making: a Core Value for High Volume Jurisdiction Tribunals and Agencies?*. Paper delivered for the WSIAT 25th Anniversary Symposium on Dec. 14, 2010.
- . "Dunsmuir versus New Brunswick, standard of review and procedural fairness for public servants: let's try again!" (2008). 21 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 117.
- . "Establishing the standard of review: the struggle for complexity". 17 *Canadian Journal of Administrative Law* 59 (2004).
- . "Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!" (1998). 12 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 191.
- . "Recent developments in standard of review". In: Canadian Bar Association (Ontario). *Taking the Tribunal to Court: a Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (October 20, 2000).
- NASTI, Ivana, "L'abuso di posizione dominante nel sistema delle comunicazioni elettroniche e il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità di settore" (Nota a Cass. Civ., Sez. Unite, Sent., 28.2.2007, n. 4630). *Corriere Giur.* 9/1240 (2007).
- NEGRI, Marcella. "Brevi osservazioni sulla giurisdizione in materia antitrust dopo la Sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale" (Nota a Cass. Civ., Sez. Unite, 29.4.2005, n. 8882). *Corriere Giur.* 3/368 (2006).
- . *Giurisdizione e Amministrazione nella Tutela della Concorrenza*. Torino, Giappichelli, 2006.

- _____. “La tutela civile antitrust dopo la Sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell’assetto dei rimedi del diritto della concorrenza – Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt” (Nota a Cass. Civ., Sez. Unite, 4.2.2005, n. 2207). *Corriere Giur.* 3/33. (2005).
- NESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit Public Économique*. Paris, PUF, 1996.
- NICCOLAI, Silvia. “Notazioni sul controllo del giudice amministrativo sugli atti delle autorità indipendenti in Italia”. *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato* 12.1.2011 (*federalismi.it*).
- NOGUELLOU, Rozen. “Le Conseil d’État et la régulation des télécommunications”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger* 3. (20.10.2010, at. 825).
- NOLL, Roger G., LEVINE, Michael E., e PELTZMAN, Sam. “The economic theory of regulation after a decade of deregulation”. *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics* 1989 (p. 14).
- ODENT, Raymond. *Contentieux Administratif*. Paris, Institut d’Études Politiques de Paris, 1971.
- OUELLETTE, Yves. “Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs: une jurisprudence inconstante?” (1990). 50 *R. du B.* 753.
- OUIMET, Hélène. “Commentaires sur l’affaire Produits PétroCanada c. Moalli” (1987). 47 *R. du B.* 852.
- PAGNI, Ilaria. “La tutela civile antitrust dopo la Sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell’assetto dei rimedi del diritto della concorrenza – Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt” (Nota a Cass. Civ., Sez. Unite, 4.2.2005, n. 2207). *Corriere Giur.* 3/333 (2005).
- PAIVA DE ALMEIDA, Domingos. “Direito administrativo”. In: COSTA, Thales (org.). *Introdução ao Direito Francês*. vol. 1. Curitiba, Juruá, 2009.
- PAOLANTONIO, Nino. “Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica” (Nota a CDS, VI^o, 3.7.2002 n. 3.637). *Foro Amministrativo: CDS* 2002 (pp. 2587-2597).
- PAOLIS, Maurizio de, e AUTIERI, Tiziana. *La Motivazione del Provvedimento Amministrativo: Raccolta di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*. Padova, CEDAM, 2002.
- PARODI, Gianpaolo. *Tecnica, Ragione e Logica nella Giurisprudenza Amministrativa*. Torino, Giappichelli, 1990.
- PASSARO, Michele. *Le Amministrazioni Indipendenti*. Torino, Giappichelli, 1996.
- PAYET, Marie-Stéphane, e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Droit de la Concurrency*. Paris, Dalloz, 2006.
- PEISER, Gustave. *Droit Administratif Général*. 24^a ed. Paris, Dalloz, 2008.

- PELTZMAN, Sam. "Toward a more general theory of regulation". *Journal of Law and Economics* 19(2)/211-240. "Conference on the Economics of Politics and Regulation" (1976).
- PELTZMAN, Sam, LEVINE, Michael E., e NOLL, Roger G. "The economic theory of regulation after a decade of deregulation". *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics* 1989 (p. 14).
- PFERSMANN, Otto. "Contre le néo-réalisme juridique: pour un débat sur l'interprétation". In: COMANDUCCI, Paolo, e GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto 2001*. Torino, Giappichelli, 2001 (pp. 231-284).
- _____. "Le Droit Comparé comme interprétation et comme théorie du Droit". *Revue Internationale de Droit Comparé* 53(2) (abril-junho/2001).
- _____. "Une théorie sans objet – Une dogmatique sans théorie: en réponse à Michel Troper". In: COMANDUCCI, Paolo, e GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto 2004*. Torino, Giappichelli, 2004 (pp. 153-181).
- PFERSMANN, Otto, e TROPER, Michel. "Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?". In: BRONDEL, Séverine, FOULQUIER, Norbert, e HEUSCHLING, Luc (dirs.). *Gouvernement des Juges et Démocratie*. Paris, Sorbonne, 2001.
- PÉNICHON, Christine. "Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d'Appel de Paris en droit de la concurrence". In: CANIVET, Guy (dir.). *La Modernisation du Droit de la Concurrence*. Paris, LGDJ, 2006.
- PERCIVAL, Robert V. "Environmental law in the Supreme Court: highlights from the Marshall papers". 23 *Envtl. L. Rep.* 10606 (1993).
- PERLINGIERI, Pietro (ed.). *Sulle Tecniche di Redazione Normativa nel Sistema Democratico*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- PIERCE JR., Richard J. *Administrative Law Treatise*. 5ª ed. New York, Wolters-Kluwer, 2010.
- _____. "Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions". 41 *Vanderbilt Law Review* 301.
- _____. "Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources". 49 *Admin. L. Rev.* 61 (1997).
- _____. "Reconciling Chevron and stare decisis". 85 *Georgetown Law Journal* 2225 (1997).
- _____. "Seven ways to deossify agency rulemaking". 47 *Admin. L. Rev.* 59 (1995).
- _____. "The role of constitutional and political theory in administrative law". 64 *Tex. L. Rev.* 469 (1985).
- _____. "The unintended effects of judicial review of agency rules: how federal courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s". 43 *Admin. L. Rev.* 7 (1991).
- _____. "Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking". 1988 *Duke L. J.* 300 (1988).

- PIERCE JR., Richard J., e MOGLEN, Eben. "Sustein's new canons: choosing the fictions of statutory interpretation". 57 *U. Chi. L. Rev.* 1203 (1990).
- POLICE, Aristide. *Tutela della Concorrenza e Pubblici Poteri*. Torino, Giapicheli, 2007.
- POMELLI, Alessandro. "Il giudice e l'antitrust. Quanto *self-restraint*?". *Merca-to, Concorrenza e Regole* 2003 (239).
- POSNER, Richard A. "Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework". In: KESSLER, Daniel P. (ed.). *Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 2011.
- . "The Chicago School of antitrust analysis" (1979). 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925.
- POZZO, Barbara. "Comparative Law and language". In: BUSSANI, Mauro, e MATTEI, Ugo (eds.). *Comparative Law*. Cambridge, CUP, 2012.
- PRETIS, Daria de. "Discrezionalità tecnica ed incisività del controllo giurisdizionale". *Giornale Dir. Amm.* 12/1179-1183 (1999).
- . "I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica" (Nota a Cons. St., Sez. IV, 20.10.1997, n. 1212). *Giornale Dir. Amm.* 4/331 (1998).
- . *Valutazione Amministrativa e Discrezionalità Tecnica*. Padova, CEDAM, 1995.
- QUILICHINI, Paule. "Réguler n'est pas juger: réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique". *AJDA* 2004 (p. 1060).
- RANGONE, Nicoletta. "Intese nel mercato assicurativo e sindacabilità dei provvedimenti antitrust" (Nota a Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199). *Foro Amm. CDS* 4/1007 (2002).
- REDISH, Martin H. "Judicial review and the political question". 79 *Nw. U. L. Rev.* 1031 (1984-1985).
- RÉGIMBAULD, Guy. *Canadian Administrative Law*. Markham, LexisNexis, 2008.
- REIS, Tarcila. "Dépendance ou indépendance des agences de régulation brésiliennes? Une contribution à l'étude de la légitimité des agences de régulation". *Revue Française d'Administration Publique* 143/803-816 (2012/3).
- REVESZ, Richard L. "Environmental regulation, ideology, and the DC Circuit". 83 *Va. L. Rev.* 1717 (1997).
- RISK, Richard C. B. "In Memoriam: John Willis" (1997). 47 *U. T. L. J.* 301.
- RIVERO, Jean. *Le Juge Administratif Français: un Juge qui Gouverne*. Paris, Dalloz, *Chronique* VI, 1951 (p. 309).
- ROSE-ACKERMAN, Susan. "American administrative law under siege: is Germany a model?". 107 *Harvard Law Review* 1279 (1994).

- ROSE-ACKERMAN, Susan, e LINDSETH, Peter (eds.). *Comparative Administrative Law*. Edward Elgar, 2010.
- ROSSI, Jim. "The hard-look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry". 1994 *Wis L. Rev.* 763 (1994).
- SAINT-MARC, Renaud Denoix de. "Régulateurs et juges: introduction générale". *LPA* 17/6 (23.1.2003).
- SANDULLI, Piero. "Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale". In: LANFRANCHI, L. (ed.). *Giusto Processo Civile e Procedimenti Decisori Sommari*. Torino, 2001.
- SARGENTICH, Thomas. "The critique of active judicial review of administrative agencies: a reevaluation". 49 *Admin. L. Rev.* 599 (1997).
- SAUVÉ, Jean-Marc. *Le Rôle des Cours Suprêmes en Matière Économique*. Intervention dans le cadre du colloque organisé au Conseil Économique, Social et Environnemental par la *Regulatory Law Review* et les Éditions Lex-tenso le Lundi 25 Janvier 2010. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr>.
- . "Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises? Bilan, actualité et perspectives". In: *Les Entretiens du Palais-Royal* 20.6.2008 (disponível em <http://www.conseil-etat.fr>).
- SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton University Press, 1998.
- . "Judicial deference to agency interpretations of Law". 1989 *Duke L. J.* 511.
- SCALIA, Antonin, e GOODMAN, Frank. "Procedural aspects of the Consumer Product Safety Act". 20 *UCLA L. R.* 899 (1973).
- SCARCIGLIA, Roberto. *La Motivazione dell'Atto Amministrativo: Profili Ricostruttivi e Analisi Comparatistica*. Milano, Giuffrè, 1999.
- SCHRAMECK, Olivier. "Le recours administratif préalable obligatoire est un investissement rentable pour l'administration?" (Rapport du Groupe de Travail du CE). *AJDA* 2008 (p. 1628).
- SCHUCK, Peter H., e ELLIOTT, E. Donald. "To the Chevron station: an empirical study of federal administrative law". 1990 *Duke L. J.* 984 (1991).
- SCOCA, Franco Gaetano. "La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva". *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2000 (p 1065).
- (ed.). *Diritto Amministrativo*. Torino, Giappichelli, 2008.
- SEIDENFELD, Mark. "A syncopated Chevron: emphasizing reasoned decision-making in reviewing agency interpretations of statutes". 73 *Texas L. Rev.* 83 (1994).
- . "Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking". 75 *Tex. L. Rev.* 483 (1997).
- SEILLER, Bertrand. "L'illégalité sans l'annulation". *AJDA* 2004 (p. 963).
- SEILLER, Bertrand, e GUYOMAR, Mattias. *Contentieux Administratif*. Paris, Dalloz, 2010.

- SÉNAC DE MONSEMBERNARD, Marc. "Le contrôle de la Cour d'Appel de Paris sur les décisions de l'ART". *Droit Administratif* mars/2005 (p. 33).
- SHANE, Peter M. "Ambiguity and policy-making: a cognitive approach to synthesizing Chevron and Mead". 16 *Vill. Envtl. L. J.* (Spring 2005).
- SIBONY, Anne-Lise. *Le Juge et le Raisonnement Économique en Droit de la Concurrence*. Paris, LGDJ, 2008.
- SOSSIN, Lorne. "Developments in administrative law: the 1997-1998 and 1998-1999 terms" (2000). 11 *S. C. L. R.* (2d) 37.
- . "Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law" (2003). 27 *Advocates' Q.* 478.
- SOSSIN, Lorne, e FLOOD, Colleen M. "The contextual turn: Iacobucci's legacy and the standard of review in administrative law" (2007). 57 *U. T. L. J.* 581.
- (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- SOSSIN, Lorne, e HOULE, France. "Tribunals and policy-making: from legitimacy to fairness". In: JACOBS, Laverne, e MACTAVISH, Anne L. *Dialogue between Courts and Tribunals: Essays in Administrative Law and Justice, 2001-2007*. Montreal, Thémis, 2008.
- SPAETH, Harold J., e BRENNER, Saul. *Stare Indecis: the Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge, CUP, 2008.
- SPITZER, Matthew, e COHEN, Linda. "Solving the Chevron puzzle" (1994). 57 *Law & Contemporary Problems* 65.
- STARR, Kenneth W. "Judicial review in the post-Chevron era". 3 *Yale J. on Reg.* 283 (1985-1986).
- STARR, Kenneth W., MORRISON, Alan B., SUNSTEIN, Cass R., e WIL-LARD, Richard K. "Judicial review of administrative action in a conservative era". 39 *Admin. L. Rev.* 353 (1987).
- STIGLER, George J. "The theory of economic regulation". *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2(1). 1971.
- STRAUSS, Peter. "One hundred and fifty cases per year: some implications of the Supreme Court's limited resources for judicial review of agency action". 87 *Colum. L. Rev.* 1093 (1987).
- (ed.). *Administrative Law Stories*. New York, Thomsom/West, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R. "Beyond the republican revival". 97 *Yale L. J.* 1539 (1987-1988).
- . "Deregulation and the hard-look doctrine". 1983 *Sup. Ct. Rev.* 471.
- . "Interpreting statutes in the regulatory State". 103 *Harv. L. Rev.* 405 (1989).
- . "Justice Scalia's democratic formalism". 107 *Yale L. J.* 529 (1997).
- . "Law and administration after Chevron". 90 *Colum. L. Rev.* 2071 (1990).

- _____. “Nondelegation canons”. 67 *University of Chicago Law Review* 315 (2000).
- _____. “On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action”. 1989 *Duke Law Journal* 522.
- SUNSTEIN, Cass R., e MILES, Thomas J. “Do judges make regulatory policy?”. 73 *U. Chi. L. Rev.* 823 (2006).
- _____. “The real world of arbitrariness review”. 75 *U. Chi. L. Rev.* 761.
- SUNSTEIN, Cass R., e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. 101 *Michigan Law Review* 885 (2003).
- SUNSTEIN, Cass R., MORRISON, Alan B., STARR, Kenneth W., e WIL-LARD, Richard K. “Judicial review of administrative action in a conservative era”. 39 *Admin. L. Rev.* 353 (1987).
- TAGGART, Michael (ed.). *The Province of Administrative Law*. Oxford, Hart Publishing, 1997.
- TARANTINO, Luigi, CARINGELLA, Francesco, e FERRARI, Giulia. “Discrezionalità tecnica” (Nota a Cons. St., Sez. V, 3.1.2002, n. 9). *Urbanistica e Appalti* 3/354 (2002).
- TASSONE, Antonio Romano. “Analisi economica del diritto e ‘amministratio-ne di risultato’”. *Diritto Amministrativo* 1/63-78 (2007).
- _____. “Sulle vicende del concetto di ‘merito’”. *Diritto Amministrativo* 3/517-556 (2008).
- TCHEN, Vincent. “Contrôle par le juge administratif des attributions de fré-quence décidées par le Conseil Supérieur de l’Audiovisuel (CSA)”. *AJDA* 1994 (p. 74).
- TILLER, Emerson H., e CROSS Frank B. “Judicial partisanship and obedience to legal doctrine”. 107 *Yale L. J.* 2155 (1998).
- TRAVI, Aldo. “Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni”. *Dir. Pubbl.* 2004 (439).
- _____. “Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia ‘amministrati-va’?” (Nota a TAR Lazio Roma, Sez. I, 9.8.2005, n. 6157). *Giornale Dir. Amm.* 3/304 (2006).
- TROPER, Michel. “Une théorie réaliste de l’interprétation”. In: JOUANJAN, Olivier, e MILLARD, Éric (eds.). *Théories Réalistes du Droit*. Strasbourg, PUS, 2001.
- _____. “Réplique à Otto Pfersmann”. In: COMANDUCCI, Paolo, e GUAS-TINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto 2002-2003*. Torino, Giappichelli, 2003 (pp. 297-314).
- TROPER, Michel, e PFERSMANN, Otto. “Existe-t-il un concept de gouver-nement des juges?”. In: BRONDEL, Séverine, FOULQUIER, Norbert, e HEUSCHLING, Luc (dirs.). *Gouvernement des Juges et Démocratie*. Paris, Sorbonne, 2001.
- TRUCHET, Didier. *Droit Administratif*. 3^a ed. Paris, PUF, 2010.
- TURPIN, Dominique. *Contentieux Administrative*. 5^a ed. Paris, Hachette, 2010.

- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 9ª ed. Paris, PUF, 1984.
- VERARDI, Carlo Maria. “L’insopprimibile politicità della giurisdizione e di quella civile in particolare. *Il Foro Italiano* 2001(5) (pp. 359-364).
- VERKUIL, Paul. “An outcomes analysis of scope of review standards”. 44 *Wm. & Mary L. Rev.* 679 (2002).
- VERMEULE, Adrian. “Interpretive choice”. 75 *N. Y. U. L. Rev.* 74 (2000).
- . *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York, Oxford University Press, 2007.
- . “Mead in the trenches”, 71 *Geo. Wash. L. Rev.* 347 (2003).
- . “Saving constructions”. 85 *Georgetown Law Journal* 1945 (1997).
- . “The delegation lottery” (2006). 119 *Harv. L. Rev. F.* 105.
- VERMEULE, Adrian, e GERSEN, Jacob E. “Chevron as a voting rule”. 116 *Yale L. J.* 676 (2007).
- VERMEULE, Adrian, e SUNSTEIN, Cass R. “Interpretation and institutions”. 101 *Michigan Law Review* 885 (2003).
- VICKERS, John. “Concepts of competition” (1995). 47 *Oxford Economic Papers* 1.
- VIRALLY, Michel. “L’introuvable acte de gouvernement” (1952). *Revue de Droit Public* 317/58.
- VOLPE, Francesco. “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”. *Diritto Amministrativo* 4/791-837 (2008).
- VOSSESTEIN, Adrian J. “Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition”. *Common Market Law Review* 37 (2000).
- WADE, William. “Constitutional and administrative law aspects of the Anisimic case” (1969). 85 *Law Q. R.* 198.
- WALD, Patricia M. “Judicial review in the time of cholera”. 49 *Admin. L. Rev.* 659 (1997).
- WALINE, Jean. *Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 2010.
- WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, e LONG, Marceau. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. 8ª ed. Paris, Sirey, 1984.
- WERHAN, Keith. “The neoclassical revival in administrative law”. 44 *Admin. L. Rev.* 567 (1992).
- WHITE, Rebecca Hanner. “The stare decisis ‘exception’ to the Chevron deference rule”. 44 *Florida Law Review* 723 (1992).
- WILDEMAN, Sheila. “A fine romance? The modern standards of review in theory and practice”. In: FLOOD, Coleen, e SOSSIN, Lorne (eds.). *Administrative Law in Context*. Toronto, Emond Montgomery, 2008.
- WILLARD, Richard K., MORRISON, Alan B., STARR, Kenneth W., e SUNSTEIN, Cass R. “Judicial review of administrative action in a conservative era”. 39 *Admin. L. Rev.* 353 (1987).
- WILLIS, John. “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” (1935/1936). 1 *U. T. L. J.* 53.

- WOEHLING, Jean-Marie. “Le contrôle du pouvoir discrétionnaire en France”, *Rev. Administration* n. spécial, 7/75 (1999).
- WOODWARD David R., e LEVIN, Ronald M. “In defense of deference: judicial review of agency action”. 31 *Admin. L. Rev.* 329 (1979).
- WOOLF, H. S., DE SMITH, S. A., e JOWELL, J. L. *Judicial Review of Administrative Action*. 6ª ed. Sweet & Maxwell, 2006.
- WOOLHANDLER, Ann. “Judicial deference to administrative action – A revisionist history”. 43 *Admin. L. Rev.* 197 (1991).
- WOOLLEY, Alice. “Legitimizing public policy” (2008). 58 *U. T. L. J.* 153.
- WRIGHT, James Skelly. “Court of appeals review of federal regulatory agency rulemaking”. 26 *Admin. L. Rev.* 199 (1974).
- . “Courts and the rulemaking process: the limits of judicial review”. 59 *Cornell L. Rev.* 375 (1973-1974).

* * *