

Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado

Eduardo Jordão

Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Público pelas universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), em cotutela. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos institutos Max-Planck de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha. Página pessoal: <fgv.academia.edu/jordao>. Quaisquer comentários ou críticas a este ou outros trabalhos de sua autoria podem ser encaminhados para <eduardo.jordao@fgv.br>.

Sumário: Introdução – **1** A simplicidade ilusória da determinação da intensidade via categorias formais – **2** A complexa sofisticação dos procedimentos contextualizados – Conclusão

Introdução

Há vasta literatura jurídica, no Brasil e no exterior, sobre os *critérios substanciais* que pautam (ou deveriam pautar) a determinação da intensidade do controle judicial sobre as decisões da Administração Pública. Assim, é frequente a sugestão de que a intensidade da intervenção dos tribunais seja modulada em função da natureza das decisões administrativas sob controle: questões jurídicas mereceriam controle mais intenso; questões técnicas ou políticas ensejariam a deferência judicial. A ideia subjacente é a de que a intensidade do controle judicial deve *adaptar-se* às características da decisão administrativa controlada ou da autoridade administrativa que a prolatou.

Mas se há muitos trabalhos acadêmicos que discutem esses *critérios substanciais* mencionados acima, há pouca ou nenhuma literatura sobre *os procedimentos* por meio dos quais seria determinada a específica intensidade do controle judicial num caso concreto. O aspecto procedimental é relevante, porque pouco importaria recomendar atenção à complexidade das decisões administrativas e das autoridades que as prolataram, se o procedimento utilizado no caso concreto para a determinação da intensidade não refletisse essa complexidade ou estivesse aberta a ela, de modo a permitir ponderações ótimas. Naturalmente, sob o ponto de vista da *adaptação* da intensidade do controle judicial à complexidade da Administração Pública, o ideal

seria que a abertura fosse absoluta. Assim, realizar-se-ia uma análise profundamente sofisticada, que refletiria a ponderação ideal em função de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. Acontece que este é um projeto bastante ambicioso e sua realização implicaria custos excessivos.

Eis o 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), maior será também a sua complexidade. Em alguns casos, a ambição de precisão pode acarretar procedimento impraticável. Em outros, poderá ter-se um procedimento totalmente operacional (simples, facilmente compreensível e aplicável), mas bastante impreciso, abrindo pouco espaço para as potencialidades da ponderação envolvida na determinação da intensidade do controle.¹

Neste artigo, pretendo resumir as conclusões a que cheguei sobre este tema durante o meu doutoramento. Utilizarei o exemplo do histórico jurisprudencial de três jurisdições (Itália, Estados Unidos e Canadá) para ilustrar as minhas observações. Esse recurso ao direito comparado permitirá a análise de diferentes alternativas e o seu desenvolvimento ao longo do tempo.²

São três os 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. Para relatar e discutir o tema deste artigo, optou-se por focar nos dois últimos. Afastou-se da análise o procedimento de determinação direta e prévia pelo legislador, porque a 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 mencionados no primeiro parágrafo deste artigo. Em vez disso, cabe-lhes trabalhar com *estruturas simplificadoras*. Essas estruturas são compostas normalmente por duas ou três

¹ Na metáfora do mundo da moda, que dá título a este artigo, dá-se semelhante dilema entre o *prêt-à-porter* e a alta costura. Esta última promete uma aderência perfeita ao corpo de quem a utiliza, mas a um alto custo; já o *prêt-à-porter* oferece preços mais em conta, mas não veste tão bem.

² Tanto quanto for possível, procurarei eliminar do texto principal os detalhes relativos a cada jurisdição, em benefício da fluidez do texto. Informações mais completas poderão ser encontradas no texto integral da minha tese. O trabalho está no prelo para publicação no Brasil (pela Malheiros) e na França (pela Bruylant). No Brasil, o seu título comercial deverá ser *O controle judicial de uma Administração Pública complexa*. O capítulo aqui resumido é o de número 2.2.

categorias formais, cada uma delas ligadas 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 aplicada. As três jurisdições estudadas adotam (ou, ao menos, adotaram em determinado período de sua jurisprudência) esse procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do manejo de categorias formais. São exemplos os conceitos de: (i) *discricionarietà*, em todas as jurisdições,³ mas com importância particular na Itália; (ii) *discricionarietà técnica e avaliação técnica complexa*, por um curto período, na Itália; (iii) *ambiguidade legislativa*, nos Estados Unidos; (iv) *questão jurisdicional*, no Canadá.

No segundo procedimento que será objeto de análise neste artigo, dá-se uma ponderação direta, pelos tribunais, das circunstâncias do caso concreto, numa análise *contextualizada*. Esse procedimento jamais foi utilizado no direito italiano. Por outro lado, ele caracteriza o modelo atual de controle judicial no Canadá e alguns momentos da jurisprudência dos Estados Unidos.

Ambos os procedimentos mencionados acima serão apresentados e comentados a seguir. Nota-se de logo que, no primeiro deles, privilegia-se a operacionalidade, em detrimento da precisão ou da sofisticação. Mas a análise promovida neste trabalho 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: pretere-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.

³ A categoria mais difundida é a de *discricionarietà*. As três jurisdições estudadas trabalharam ou trabalham com a ideia de que os atos administrativos podem ser classificados como *discricionários* ou *vinculados*. A noção exata de discricionarietà varia de uma jurisdição para a outra, e mesmo de determinado período histórico para outro. Varia igualmente a sua importância teórica e prática, bem como a rigidez binária da classificação. De modo geral, no entanto, pode-se afirmar que o exercício da discricionarietà corresponde ao âmago da função administrativa. Por esta razão, ela é usualmente reservada à Administração Pública, sendo o controle judicial, neste caso, relativamente limitado.

1 A simplicidade ilusória da determinação da intensidade via categorias formais

Nesta primeira parte, examina-se a hipótese em que a intensidade do controle judicial é determinada através de recurso a estruturas simplificadoras compostas por duas (ou mais) categorias *formais*.⁴ No exemplo mais comum, as decisões administrativas podem ser classificadas em *discricionárias* ou *vinculadas*, aplicando-se às primeiras um controle judicial deferente e, às segundas, um controle judicial não deferente. Caberia aos tribunais apenas identificar a hipótese verificada no caso concreto, fazendo incidir sobre ela o modelo de controle correspondente.

A simplificação é um objetivo evidente desse 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. Nesse sentido, facilitaria o seu trabalho.

Contudo, uma análise da jurisprudência dos países estudados nos períodos em que se adotou esse procedimento demonstra que a simplificação não é tão evidente. Confrontados com a complexidade fática, técnica ou política de algumas decisões administrativas e com a riqueza e multiplicidade institucional da 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 dessas 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 veem-se forçados a provocar o colapso da estrutura simples, introduzindo novas categorias ou reformando o sistema como um todo. A simplicidade pretendida pelas estruturas simples é, portanto, ou enganosa (item 1.1), ou insustentável (item 1.2).

1.1 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, o seu discurso

⁴ Essas categorias são denominadas “formais” por veicularem a crença na capacidade dos magistrados de aderirem 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. Nesse sentido, v. MACLAUCHLAN, H. Wade. *Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?*. *University of Toronto Law Journal*, 36, p. 343-345, 1986.

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 lhes 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, esses aspectos acabam sendo levados em consideração pelos tribunais para definir a intensidade do controle, ainda que de forma inadmitida e pouco transparente. Dito de outro modo: sem produzir *real* simplicidade, as estruturas simples provocam apenas mais obscuridade.

Os casos de Itália e Estados Unidos são ilustrativos desse argumento. Na Itália (item 1.1.1), 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. 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 1.1.2).

1.1.1 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.⁵

Pois bem. Munidos desse esquema teórico binário, os tribunais passaram a deparar-se de forma sempre mais frequente com casos em que a Administração Pública realizara análises técnicas de natureza opinável ou inexata (no italiano,

⁵ A mera ambiguidade ou imprecisão normativa, por exemplo, não dá vazão à discricionariedade administrativa no direito italiano. V., por exemplo, 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*, ano II, n. 3, p. 479, 2000).

apprezzamenti opinabili). Muitas vezes, a autoridade administrativa que prolatara a decisão detinha estrutura, meios financeiros e pessoal especializado para enfrentá-la – o que não era o caso do tribunal generalista. Alheio a tais limitações, os administrados afetados por essas decisões complexas requeriam aos tribunais que as controlassem. Punha-se então a questão: onde enquadrar, no esquema teórico binário, as decisões dessa natureza? Nele não parecia haver espaço para considerações relativas à complexidade técnica de uma decisão, à sua inexatidão ou às limitações institucionais comparativas.

Num primeiro momento, os tribunais italianos resolveram esse dilema através da criação do conceito de “discricionariedade técnica”. Ela corresponderia ao exercício, pela administração, de análises técnicas para as quais não havia apenas uma resposta correta (a chamada “opinabilidade”). Compreendida nesse 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 dessas decisões, examinava se elas estavam bem motivadas e não possuíam contradições, mas não penetrava diretamente no conhecimento dos fatos complexos. Tratava-se, portanto, de um controle exatamente como o que se dá sobre a discricionariedade administrativa (ou “pura”).

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.⁶ 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.⁷

Essa crítica foi ignorada por longos anos, até que, na célebre Decisão nº 601/99, o Conselho de Estado resolveu alterar sua jurisprudência. Associou-se, assim, à corrente

⁶ Para um relato desta posição doutrinária, veja-se LAZZARA, Paolo. “Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive. Nota a Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601. *Dir. Proc. Amm.*, 1, p. 212, 2000; ou AGNIGNO, Francesco. Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza. Nota a Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156. *Urbanistica e appalti*, 4, p. 448, 2003.

⁷ 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 conseqüente normativo). Normalmente, a identificação de um estado de coisas descrita em termos técnicos (por exemplo, o “abuso de posição dominante”) dá poder à Administração para adotar determinada medida (sanções etc.). Nesse mesmo sentido, v. CORSO, Guido. *Manuale di diritto amministrativo*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2010. p. 201.

doutrinária que diferenciava discricionabilidade técnica e administrativa.⁸ Com frases fortes, aparta a “opinabilidade” da “oportunidade”, a discricionabilidade 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 um pressuposto de legitimidade da medida administrativa, não se transforma – apenas porque opinável – em uma questão de oportunidade”.⁹ Identificar fatos, procede o tribunal, é mesmo o “específico” da jurisdição administrativa – não se justificando, assim, que essa atividade seja reservada à administração. A consequência desse 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.¹⁰

A doutrina logo destacou que a revolução jurisprudencial se dera em seguida à introdução, pelo legislador, da possibilidade de recurso ao perito do juízo.¹¹ Antes vedado de forma genérica para a jurisdição administrativa, o recurso ao perito foi primeiro introduzido para casos específicos, como aqueles relativos ao funcionalismo público –¹² e, em seguida, foi generalizado.¹³ A alteração jurisprudencial seguiu precisamente o mesmo caminho. Portanto, o aparelhamento técnico da jurisdição administrativa – com a conseqüente redução das limitações institucionais comparativas – conduziu a uma alteração de sua jurisprudência no que concerne à intensidade do controle por ela operado. Esse 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 autorrestricção judicial que era a regra antes da Decisão nº 601/99. Essas razões, no entanto, não constavam (ao menos não de forma tão clara e explícita) nessas decisões que aplicavam a deferência.

⁸ Para um relato desse impulso doutrinário, v. PRETIS, Daria de. Discrezionalità tecnica ed incisività del controllo giurisdizionale. *Giornale di diritto amministrativo*, 12, p. 1179-1183, 1999.

⁹ Consiglio Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, item 1.

¹⁰ Consiglio Stato, sez. IV, 09 aprile 1999, n. 601, item 1.2. Seguindo esta orientação, v. ainda Consiglio di Stato, sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 715; Consiglio Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 28 settembre 2001, n. 5607; TAR Lazio, sez. I, 5 dicembre 2000, n. 11068.

¹¹ V., por exemplo, 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 T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 23 maggio 2002, n. 3011. *Corriere Giur.*, 2, p. 233, 2003; FERA, Aldo. Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo. *Corso di formazione per magistrati amministrativi*, Caserta, 6 giugno 2000; MIRATE, Silvia. La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. Nota a Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 715. *Giur. It.*, 12, 2000.

¹² Art. 35, comma 3, d. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80. A propósito, v. também a decisão da Corte Costituzionale, 10 aprile 1987, n. 146.

¹³ V. art. 16 da lei, n. 205.

As decisões faziam referência à natureza opinável (*opinabilità*) das questões técnicas que caracterizavam a discricionariedade técnica, não à sua complexidade.

É possível supor que essa ênfase na natureza opinável das questões possuía o objetivo de aproximar a chamada “discricionariedade técnica” da discricionariedade administrativa – e com isto “legitimar” a autorrestrrição judicial, que seguiria obediente ao esquema binário que lhe cabia aplicar. 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. Aliás, 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 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.¹⁴ 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, combinadas com a ausência de meios judiciais para enfrentá-las – circunstâncias essas, *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 efetividade intensidade do controle a ser aplicada.¹⁵

1.1.2 O caso americano: a peculiar compreensão da “ambiguidade”

Nos Estados Unidos, é bastante conhecido o teste estabelecido no caso *Chevron* para a determinação da intensidade do controle judicial incidente sobre interpretações

¹⁴ Assim também D'ANGELO, Giovanni. Sindacato delle valutazioni tecniche e disparità di trattamento. Nota a T.A.R. Puglia Lecce, 22 ottobre 2003, n. 927. *Urbanistica e appalti*, 4, p. 478, 2004; VOLPE, Francesco. Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo. *Diritto amministrativo*, 4, p. 833, 2008.

¹⁵ Sobre ainda outras manipulações judiciais através do conceito de discricionariedade técnica, v. PRETIS, Daria de. I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica. Nota a Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1997, n. 1212. *Giornale Dir. Amm.*, 4, p. 331, 1998.

legislativas da Administração Pública. Os tribunais deveriam perguntar-se se a questão trazida a juízo teria resposta clara na legislação. Nesse caso, então a opção legislativa deveria ser concretizada e a interpretação administrativa deveria ser anulada quando não lhe correspondesse. No 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 seria *permissível* (razoável).¹⁶

Com *Chevron*, portanto, a Suprema Corte americana consagrou um teste simples e binário, baseado na categoria formal “ambiguidade legislativa”: questões em relação às quais a legislação pertinente é ambígua merecem um controle deferente (de razoabilidade ou permissibilidade); as demais merecem um controle não deferente.¹⁷ Nesse 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.¹⁸

O problema é que, para examinar a clareza ou ambiguidade da lei, não há um método específico que seja prescrito pela Suprema Corte. Na prática, chama a atenção a enorme complexidade do procedimento normalmente utilizado pelos tribunais para a identificação da “ambiguidade legislativa”. Via de regra, eles não se limitam a avaliar a ambiguidade “em abstrato” de um termo legislativo. Em vez disso, fazem uma leitura mais completa e complexa da legislação, buscando identificar a intenção do Congresso. Isso inclui examinar (i) o texto da lei; (ii) as definições de dicionários;

¹⁶ *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 US 837 (1984), 842-843.

¹⁷ 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 essa autoridade estão submetidas unicamente a um controle de permissibilidade. A opção judicial resulta da junção de *duas teses*. A primeira tese é a de que ambiguidades legislativas geram oportunidade para a realização de escolhas políticas (*policymaking*), frequentemente através da composição de interesses regulatórios conflitantes. 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 (veicula *policymaking*) 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. A segunda tese é a de que essas escolhas políticas devem ser reservadas às autoridades administrativas especializadas, em respeito à sua maior expertise técnica e maior legitimidade democrática. A consequência é a deferência judicial às interpretações administrativas de legislações ambíguas. 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 a nível legislativo, o Congresso estaria delegando implicitamente o poder de solucioná-la à autoridade administrativa responsável pela interpretação e aplicação da lei em questão. V. MERRILL, Thomas. The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark. In: STRAUSS, Peter (Ed.). *Administrative law stories*. New York: Thomsom/West, 2006. p. 401.

¹⁸ Essa 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 de *Chevron*, a leitura foi adotada por vários outros autores. Veja-se, por exemplo, MERRILL, Thomas. Judicial Deference to Executive Precedent. *Yale L. J.*, 101, p. 969-977, 1992. Sobre o *all-or-nothing approach* e a sua consagração no direito administrativo americano em diferentes períodos históricos, v. WERHAN, Keith. The Neoclassical Revival in Administrative Law. *Admin. L. Rev.*, 44, p. 567, 1992. Na decisão do caso *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218 (2001), a Suprema Corte rejeita essa interpretação de *Chevron* – mas é controverso se este caso constitui um *esclarecimento* ou uma *revolução*. Sobre *Mead*, v. mais adiante.

(iii) os chamados cânones de interpretação; (iv) a estrutura da lei; (v) o propósito ou intenção legislativa; (vi) a história legislativa.

Essa complexidade, em si, já sugere que a simplificação trazida pela doutrina *Chevron* é meramente aparente. Mas aqui não se pretende demonstrar apenas que o procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do uso de estruturas lógicas formais é, *também ele*, complexo. Em vez 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 uma empresa complexa. 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.¹⁹

O exemplo mais claro dessa realidade é o uso dos chamados “cânones substantivos de interpretação”²⁰ para identificar o que é “realmente ambíguo”. A sua utilização é inevitável – a interpretação de qualquer texto requer pressuposições mínimas. E os cânones são precisamente elaborações mais ou menos profundas dessas pressuposições. Não há, afinal, ambiguidade em abstrato, mas num contexto jurídico, cultural e social. Esse contexto pode afastar algumas interpretações e levar a “um único significado possível” – o qual, por isso mesmo, não seria ambíguo.

O fato é que, além desses cânones ditos “textuais”, os tribunais americanos recorrem aos chamados *cânones substantivos*. Em vez de veicularem convenções linguísticas, eles refletem *valores políticos ou jurídicos* amplamente compartilhados, os quais podem ser usados para clarificar 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 cânnon segundo o qual a redação legislativa será interpretada de modo a não criar violações constitucionais); (iii) à proteção de certas políticas sociais (como o cânnon segundo o qual as isenções a tributos devem ser interpretadas restritivamente etc.).

¹⁹ Na doutrina, é frequente a afirmação de que a ideia de ambiguidade legislativa pode ser manipulada pelos tribunais interessados em impor a 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. *Yale L. J.*, 107, p. 2155-2164, 1998).

²⁰ Os cânones de interpretação (*canons of construction*) são regras de interpretação que funcionam como guias do sentido das disposições legislativas. Um dos mais conhecidos é o de que as palavras devem ser interpretadas de acordo com o seu sentido corrente, a menos que haja alguma indicação em sentido contrário. Do mesmo modo, são usadas regras gramaticais ordinárias e recorre-se a definições encontradas em dicionários. Entre outros exemplos de cânones interpretativos, podem-se citar ainda os seguintes: (i) as expressões devem ser interpretadas de modo a fazerem sentido no contexto legislativo geral; (ii) “o legislador não usa palavras vãs”; e (iii) expressões diferentes não podem ser interpretadas da mesma forma.

Ao que aqui importa, cumpre assinalar que a utilização desses cânones substantivos no procedimento de determinação da ambiguidade legislativa permite que nele se insiram ponderações relativas à sensibilidade jurídica de determinada questão. O cânone substantivo é, nessa hipótese, o veículo de introdução de ponderações que pareçam estranhas à *Chevron Doctrine*.²¹ 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.²² 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.²³

Essas considerações e esses 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.

X X X

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. O problema é que, em respeito a essas estruturas simplificadoras, a integração destas variáveis se dá de forma sub-reptícia, sem o seu total reconhecimento por parte

²¹ Assim, tome-se o exemplo do cânão voltado a evitar violações constitucionais (*canon of constitutional avoidance*). Ele importa que nem todas as interpretações teoricamente permitidas pela lassidão textual da norma podem ser adotadas pela autoridade administrativa – apenas aquelas que não conflitem com a Constituição. Em teoria, não há nisto nada espantoso. Mas a incidência dessas 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. Sobre o tema, v. NLRB v. Catholic Bishop of Chicago, 440 US 490 (1979) e DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast, 485 US 568 (1988). Na doutrina, v. VERMEULE, Adrian. Saving Constructions. *Georgetown Law Journal*, 85, p. 1945, 1997.

²² Thomas Merrill afirma que os cânones de interpretação podem ser contraditórios uns com os outros, pelo que a 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. V. MERRILL, Thomas. Judicial Deference to Executive Precedent. *Yale L. J.*, 101, p. 969-973, 1992.

²³ Nesse 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*). 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.

dos tribunais. Quer dizer: o recurso às estruturas simples provoca uma importante restrição no discurso jurídico, com conseqüentes limitações à transparência judicial.²⁴

Assim, os tribunais americanos seguem fazendo referência à identificação de “ambigüidades legislativas”, ainda que a sua real análise seja dificilmente enquadrável nesse 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 intenção legislativa; (vi) exame da história legislativa – tudo isso para chegar à conclusão, por exemplo, de que *a lei era clara*.²⁵

Do mesmo modo, na Itália, a estrutura binária dominante (discricionariedade–vinculação) parece ter eliminado do discurso dos tribunais a real razão que motivava a sua autorrestrição no caso de controle judicial de decisões técnicas da administração: a dificuldade 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 essa tese procede, tem-se que, em ambas as jurisdições, a utilização e o respeito à estrutura binária contribuiu 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.

1.2 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

²⁴ Wade MachLauchlan aponta como uma das conseqüências do formalismo jurídico a desconexão entre o discurso e a realidade das coisas. Cf. MACLAUCHLAN, H. Wade. Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?. *University of Toronto Law Journal*, 36, p. 343-344, 1986.

²⁵ 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 (v. SHANE, Peter M. Ambiguity and Policy Making: A Cognitive Approach to Synthesizing Chevron and Mead. *VIII. Env'tl. L. J.*, 16, p. 24-25, Spring 2005).

institucional das decisões administrativas controladas. 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-lhe obediência. Numa hipótese menos drástica, *adaptam* a estrutura simples, nela introduzindo uma ou mais novas categorias (item 1.2.1). Numa hipótese mais drástica, optam por *reformular* todo o sistema, passando a adotar um sistema de ponderação autônoma dos critérios substanciais de determinação da intensidade do controle (item 1.2.2). A jurisprudência italiana fornece um exemplo do primeiro caso; passagens jurisprudenciais americanas e canadenses ilustram o segundo.

1.2.1 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 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 desse sistema binário. A passagem histórica constitui exemplo de mera *adaptação* da estrutura simplificadora, na medida em que a transformação se deu tão somente de uma estrutura binária para uma estrutura trinária.

O Conselho de Estado fez a primeira referência às tais “avaliações técnicas complexas” no caso *Formambiente*, em outubro de 2001.²⁶ Utilizando essa nova noção, o tribunal administrativo finalmente forneceu uma explicação para os surpreendentes acórdãos²⁷ em que aplicava controle judicial deferente a decisões técnicas da administração mesmo depois do *revirement* jurisprudencial que admitira o controle judicial da discricionariedade técnica (com a já mencionada Decisão nº 601/99).

A ideia de “avaliações técnicas de natureza complexa” era inédita na jurisprudência administrativa italiana até a decisão do caso *Formambiente*. As 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 essa terceira categorial formal, a figurar ao lado dos atos discricionários e vinculados. Com efeito, o tribunal observa que

²⁶ Consiglio Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287.

²⁷ Faz-se referência aqui a uma série de acórdãos prolatados entre os anos 2000 e 2001, relativos a decisões da autoridade antitruste. Vejam-se, principalmente: Consiglio Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348; Consiglio Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652; Consiglio Stato, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671; e Consiglio Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4118.

essas 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*.²⁸ Além dessa natureza técnico-política, outros elementos caracterizadores dessas avaliações são citados posteriormente, de forma pouco sistemática: (i) a objetiva complexidade das avaliações; (ii) a sua característica usualmente prognóstica e preditiva;²⁹ (iii) o manejo de interesses de nível primário, protegidos por normas constitucionais.³⁰ Finalmente, ainda de acordo com o discurso do Conselho de Estado, as avaliações técnicas complexas são tomadas por entidades administrativas independentes, autônomas e “neutras”,³¹ dotadas de uma legitimação peculiar em função de sua composição e de sua qualificação técnica.³²

Uma decisão com todas essas características destacadas acima não se enquadra bem na estrutura binária antes prevalente. 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 essa categoria de “avaliações técnicas complexas” teria sido “isolada”³³ pela jurisprudência a partir do aprofundamento das considerações sobre o controle judicial das decisões administrativas de natureza técnica.³⁴ Vincula-o à presença, no antecedente normativo, dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, o que também o afasta da discricionariedade, 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 lhe é aplicável, faz referência à inédita ideia de um “controle fraco” (*sindacato debole*). Explica que esse tipo de controle “entra no paradigma do controle por excesso de poder”, tipicamente aplicável aos atos discricionários.³⁵ 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.

²⁸ Consiglio Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, item 9.

²⁹ Consiglio Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, item 2.

³⁰ Consiglio Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, item 9-10.

³¹ O argumento da “neutralidade” é referido pela primeira vez em Consiglio Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, item 9.

³² Consiglio Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, item 1.3.1.

³³ Consiglio Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, item 9.

³⁴ No sentido do texto, v. GIOVANNELLI, Mauro. Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore. Nota a Cons. Stato, sez. V Sent., 20 maggio 2008, n. 2355. *Urbanistica e appalti*, 9, p. 1107, 2008.

³⁵ Consiglio Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, item 10.

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 trinária. Mas segue não sendo possível que os tribunais inferiores promovam de forma autônoma e contextualizada a ponderação dos critérios substanciais mencionados no início deste artigo, com relação aos aspectos da decisão sob controle.³⁶

1.2.2 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 1.2.2.1) e Estados Unidos (item 1.2.2.2) são ilustrativos desse processo.

1.2.2.1 O abandono múltiplo das estruturas binárias no Canadá

O exemplo mais rico é 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. Assim os casos (i) de “interpretação legislativa” (*statutory construction*) eram apartados (ii) das demais ações administrativas. Dentro de cada um desses domínios, a determinação da intensidade do controle dependia ainda de outra verificação binária. Em se tratando de *interpretação de lei* promovida pela administração, cabia aos tribunais a aplicação da chamada “teoria da questão jurisdicional”. Em resumo, às questões jurisdicionais (relativas à própria competência da autoridade administrativa) se aplicava um controle forte; às demais, um controle deferente. Em se tratando 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,

³⁶ 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* desse período na jurisprudência italiana (Consiglio Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 (RCAuto)). Entre 2002 e 2004, a decisão é citada inúmeras vezes e os seus termos são repetidos. 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”.

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.

O primeiro passo deu-se em relação ao controle judicial das interpretações legislativas das autoridades administrativas. O enfoque binário e formalista da “teoria da questão jurisdicional” começou a perder força a partir da célebre decisão da Suprema Corte canadense no caso *CUPE*, em 1979. Nesse caso, a Suprema Corte recusou-se a limitar a sua análise à natureza jurisdicional ou não da questão. Em vez disso, fez longas considerações institucionais autônomas, sugerindo razões para a deferência judicial estranhas ao esquema simplificador.³⁷ A superação da binariedade ganhou contornos mais claros e declarações mais fortes alguns anos depois, na decisão do caso *Bibeault*.³⁸ Então a Suprema Corte afirma claramente a necessidade de substituir o enfoque “excessivamente formalista” por outro, denominado “pragmático e funcional”. Esse novo enfoque seria *funcional* na medida em que atribuiria a última decisão ao juiz ou ao administrador, de acordo com a sua função. Assim, para decidir questões tipicamente jurídicas, a última decisão ficaria com o juiz (pois esta é sua atribuição primordial). Para decidir questões administrativas, a última palavra seria da autoridade administrativa. Já o termo *pragmático* sinalizaria o afastamento do formalismo, além de ressaltar as características “práticas” do enfoque: por exemplo, a de que uma autoridade especializada normalmente está melhor adaptada para tomar uma decisão técnica. Essa análise contextualizada, “pragmática e funcional”, será objeto de análise mais adiante. Neste item, interessava apenas apontar como ela foi adotada a partir de uma superação do modelo simplificado, formalista e binário – modelo que se mostrou insustentável, diante da complexidade da Administração Pública.

Movimento semelhante se seguiu em relação ao controle judicial dos atos administrativos que não correspondem a interpretações legislativas. Nesse particular, a análise tradicional envolvia a identificação da natureza discricionária ou não da decisão a ser controlada.³⁹ Para determinar a intensidade do controle judicial a ser

³⁷ 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. Além disso, ressaltou que as decisões das autoridades administrativas muito frequentemente envolvem escolhas igualmente razoáveis, em face da ambiguidade da redação da norma. Tendo em vista esta ambiguidade e a possibilidade de diversas interpretações razoáveis, a pergunta relevante passaria a ser qual instituição é melhor adaptada para decidir entre essas escolhas. 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 (Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.) (1979) 2 SCR 227 at 233).

³⁸ Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault (1988) 2 SCR 1048.

³⁹ 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 atribui determinada competência, sem apontar grandes especificações, por exemplo, sobre o modo ou a finalidade em vista da qual ela deveria ser exercida. Precisamente em razão dessa ausência

aplicado sobre uma decisão do Ministério da Cidadania e da Imigração no caso *Baker*,⁴⁰ em 1999, a Suprema Corte não se contentou com o argumento de que a lei não previa condições específicas para o exercício da competência administrativa – pelo que ela seria discricionária e o controle seria limitado. Afinal, de acordo com a Corte, seria mesmo “incorreto falar de uma rígida dicotomia entre decisões discricionárias e não discricionárias”,⁴¹ já que todas as decisões administrativas possuem um grau, maior ou menor, de discricionariade. Sendo assim, também no caso dos chamados atos discricionários, seria mais adequado empregar o teste pragmático e funcional para o fim da determinação da intensidade do controle judicial. Foi justamente o que fez a Suprema Corte, sopesando aspectos substanciais e institucionais da decisão sob controle na aplicação do teste contextualizado. A partir dessa decisão,⁴² não é bastante concluir que uma decisão administrativa é discricionária ou não discricionária, para ter-se definida a intensidade do controle judicial sobre ela incidente. Essa definição dependerá de uma análise dos múltiplos fatores do teste pragmático e funcional.

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 relevância prática a própria distinção entre interpretações de lei, de um lado, e atos discricionários e vinculados, de outro. Ainda no caso *Baker*, aliás, a Suprema Corte denunciou a artificialidade da separação, na medida em que “a interpretação de regras jurídicas envolve considerável discricionariade para clarificar, completar lacunas legislativas e escolher entre várias opções”.⁴³

No espaço de duas décadas, a Suprema Corte fez ruir as três binariedades formalistas que caracterizavam a jurisprudência canadense.

1.2.2.2 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 se afirmou acima, o julgamento do caso *Chevron* permite uma leitura segundo a qual, a partir dele, a definição da intensidade do controle judicial sobre interpretações legislativas da Administração Pública estaria

de balizas legais, entendia-se tradicionalmente que a discricionariade estava excluída do controle judicial (CARTIER, Geneviève. Keeping a check on discretion. In: FLOOD, Coleen; SOSSIN, Lorne (Coords.). *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008. p. 281).

⁴⁰ *Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)* (1999) 2 SCR 817.

⁴¹ *Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)* (1999) 2 SCR 817, para. 54.

⁴² V., por exemplo, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002) 1 SCR 3, e *Nanaimo (City) v. 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. *Dal. L. J.*, 25, 2, p. 309, 2002).

⁴³ *Baker v. Canada (Ministry of Citizenship and Immigration)* (1999) 2 SCR 817, para. 54.

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). Nesse 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 essa 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 a sua legitimidade. Deveriam os tribunais deferir ainda assim? Deveriam os tribunais ater-se ao teste binário de *Chevron* e ignorar a circunstância nele não contemplada relativa ao grau de formalidade da interpretação em questão?

No caso *Mead*,⁴⁴ em 2001, a Suprema Corte deu resposta negativa a essas questões, abandonando o teste binário de *Chevron* em benefício de um enfoque mais complexo.⁴⁵ Afirmou que a deferência prevista em *Chevron* só seria devida nos casos em que se pudesse identificar a “a intenção do Congresso de que a específica interpretação [da autoridade administrativa] em questão tenha força de lei”. *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 do teste binário de *Chevron* depende de uma fase preliminar, em que se examina a intenção do Congresso de que a interpretação da autoridade administrativa tivesse força de lei. Mas como identificar essa intenção? A Suprema Corte não esclareceu e pareceu remeter à discricionariedade dos tribunais para coletar os indícios que julgassem idôneos a esse fim. Indicou apenas que se aplicaria a deferência a interpretações adotadas em procedimentos “relativamente formais que tendam a promover a equidade e a deliberação”.⁴⁶

⁴⁴ V. *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218 (2001). Cf. também *Christensen v. Harris County*, 529 US 576, 586-587 (2000).

⁴⁵ 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 administrativa), 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. Além disso, foi observado que, se entendida como 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*?) e mesmo a *gradação da deferência judicial* (*Chevron* levaria sempre a um dos extremos entre deferência *nenhuma* ou *total*). Cf. STARR, Kenneth W. *et al.* *Judicial Review of Administrative Action in a Conservative Era*. *Admin. L. Rev.*, 39, p. 353-374, 1987; ANTHONY, Robert. Which agency interpretations should bind the Courts?. *Yale J. Reg.*, 7, p. 121-122, 1990; BREYER, Stephen. *Judicial Review of Questions of Law and Policy*. *Admin. L. Rev.*, 38, p. 363-373, 1986.

⁴⁶ *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218, 232 (2001).

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 aplicação 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 dessa administração e (iv) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo período de tempo.⁴⁷ 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.

Há mais. A Suprema Corte afirma que nas hipóteses em que não puder ser identificada essa intenção do Congresso de que a administração fale com força de lei, e que, portanto, não incidir a doutrina *Chevron*, ainda assim não caberá aos tribunais decidirem diretamente a questão. Nessas 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*. Na passagem clássica em que enuncia a chamada “deferência *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 dessas 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”.⁴⁸ 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.

A este ponto, parece evidente que o formalismo que parecia ser a tônica de *Chevron* – em função do acento posto na bíade 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.

⁴⁷ *Barnhart v. Walton*, 535 US 212, 222 (2002).

⁴⁸ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134, 140 (1944).

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. Essas críticas serão mais bem examinadas adiante.⁴⁹ Aqui, é suficiente apontar que elas foram respondidas de forma clara pela Suprema Corte, que afirmou *abraçar a complexidade administrativa*. Nesse sentido, confirma a sua escolha por *tailor deference to variety* – adequar a deferência à variedade de situações fático-jurídicas que podem gerá-la.⁵⁰ Fica claro, 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 a qual já tenha havido um pronunciamento administrativo merecerão sempre *algum grau* de deferência pelos tribunais. Essa 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.

X X X

O relato acima constitui poderosa ilustração fática e concreta para o argumento de que a simplicidade das estruturas facilitadoras é insustentável. Essas estruturas cristalizam e veiculam uma ponderação específica dos critérios substanciais mencionados no início deste artigo. 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, essa 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 entidades administrativas altamente especializadas e institucionalmente bem desenhadas decidiam questões complexas a partir de conceitos jurídicos indeterminados. Embora essas 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 tradicional, 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.

⁴⁹ Ver a segunda parte deste artigo, em que se examina a complexidade do direito americano pós-*Mead*.

⁵⁰ *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218, 235-238 (2001).

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, esse 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 essa 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/permisibilidade. Nos casos em que a legislação fosse clara, então cabia um controle não deferente, intenso. 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 essa 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 haviam passado por procedimentos que a legitimariam. O resultado dessa reflexão judicial foi a introdução de uma “fase preliminar” (*step zero*) no teste de *Chevron*. Essa 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 poderão incidir.

As experiências concretas de Itália, Canadá e Estados Unidos, portanto, demonstram a insustentabilidade da estrutura simplificadora objeto deste texto. 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 deverá ser reformada ou abandonada pelos tribunais.

2 A complexa sofisticação dos procedimentos contextualizados

Nesta segunda parte, 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*.

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.⁵¹ Para alcançar essa 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.⁵² O limite evidente de tão ambicioso projeto é a sua praticidade. Considerar cada mínimo aspecto relevante da decisão administrativa e acomodá-lo num teste judicial implica custos e pode resultar em complexidade excessiva.⁵³ A grande questão é como dosar a contextualização de modo a beneficiar-se das suas vantagens sem comprometer a operacionalidade do procedimento. Eis o dilema da adoção de um teste contextualizado: até onde deve-se encarar a complexidade como positiva e a partir de quando passa ela a ser contraprodutiva?

O relato a seguir leva em conta experiências jurisprudenciais do Canadá e dos Estados Unidos para ilustrar essa questão. Nesses países, o dilema relativo à *gradação* da complexidade foi objeto de debates profícuos. Serão apresentadas e avaliadas as recentes reformas promovidas pela Suprema Corte do Canadá para aumentar a viabilidade prática do procedimento contextualizado adotado neste país (item 2.2). E será visto que, ao tempo em que o Canadá empreendia essas reformas, os Estados Unidos caminhavam na direção inversa, ampliando deliberadamente a complexidade do seu sistema para “adequá-lo à complexidade da Administração Pública” (item 2.1).

⁵¹ Jeff A. King denomina esta hipótese de *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. *Oxford J. Legal Stud.*, 28, p. 409-411).

⁵² MCLACHLIN, Beverly. The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law. *Can. J. Admin. L. Prac.*, 12, p. 171, 1999.

⁵³ KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. *Oxford J. Legal Stud.*, 28, p. 409-437.

2.1 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, nessa decisão a Suprema Corte reestabelece 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 a sua “opção pela complexidade” (item 2.1.1). O exame da jurisprudência dos tribunais inferiores pós-*Mead*, no entanto, demonstra que a complexidade aportada pode de fato ter sido excessiva (item 2.1.2).

2.1.1 A explícita opção pela complexidade no caso *Mead*

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 as suas consequências seriam “enormes e quase uniformemente negativas”. Nas suas palavras:

o que antes era uma presunção geral de autoridade das agências para resolver ambiguidades nas legislações que lhes cabiam aplicar foi alterada 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*”.⁵⁴

O colapso da simplificação de *Chevron* e a adoção da complexidade através de um teste contextualizado foram assim duramente criticados por Scalia. Também recebeu 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”.⁵⁵ 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*.

⁵⁴ United States v. Mead Corporation, 533 US 218, 239 (2001).

⁵⁵ United States v. Mead Corporation, 533 US 218, 240 (2001).

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, está 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 dessas ações administrativas, é preciso decidir como tratar o leque de variedades. Diante desse 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. Está aí explicitada uma “opção pela complexidade”. Diante da sofisticação e 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 delegação legislativa para que a autoridade administrativa fale com força de lei. Se alguma indicação a esse 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.⁵⁶ Assim, sustentou que a delegação congressional para que a autoridade administrativa falasse com força de lei poderia ser presumida nos casos em que elas utilizassem os procedimentos de adjudicações formais e *notice-and-comment rulemaking*, ambos revestidos de garantias relevantes para os administrados. Nesses dois procedimentos, com efeito, a ação pública é transparente, bem motivada e aberta à participação das partes interessadas.

Mas a Suprema Corte não excluiu que se pudesse identificar a delegação congressional também em outros procedimentos, que não a adjudicação formal e o *notice-and-comment rulemaking*. Em relação a essas hipóteses, no entanto, a sua orientação foi bastante escassa. Estabeleceu-se, assim, um “teste contextualizado livre”, em que os aspectos a serem sopesados para identificar a delegação e a intenção congressional 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”.⁵⁷

⁵⁶ Sobre o tema, v. JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review. *Administrative Law Review*, v. 66, p. 1-72, 2014.

⁵⁷ *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218, 232 (2001).

2.1.2 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. Nessas manifestações, no entanto, não apenas se aportou muito pouco, como se ampliou a confusão. As incertezas daí decorrentes puderam ser sentidas na jurisprudência vacilante das Cortes inferiores nos últimos anos, que confirmam as preocupações expostas pelo Ministro Scalia.

Tome-se o exemplo do caso *Barnhart*, decidido menos de um ano após *Mead*. 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”.⁵⁸ 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 dessa administração e (v) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo período de tempo.

Alguns anos depois, em *Brand X*, o Ministro Stephen Breyer ampliou a confusão ao afetar um dos únicos 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 desse procedimento não seria nem necessária, nem suficiente para a incidência da deferência de tipo *Chevron*. Que a sua utilização não era necessária já ficara claro em *Mead*; por outro lado, a tese 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.⁵⁹ Ao explicar quais seriam esses casos em que nem a utilização desse 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 essa expressão poderia significar.⁶⁰

Finalmente, em *Long Island Care at Home*,⁶¹ a Suprema 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

⁵⁸ *Barnhart v. Walton*, 535 US 212, 222 (2002).

⁵⁹ *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218, 232 (2001).

⁶⁰ *National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al.*, 545 US 967 (2005).

⁶¹ *Long Island Care at Home, Ltd. et al. v. Coke*, 551 US 158 (2007).

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.

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 num deles não necessariamente passará nos demais. Fundamentalmente, a mensagem enviada pela Suprema Corte para os tribunais inferiores é ainda bastante imprecisa.

Em artigo publicado quatro anos após o caso *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.⁶² A autora reporta que alguns tribunais adotavam critérios próximos aos de *Mead*, outros adotavam critérios inspirados em *Barnhart* e outros simplesmente 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.

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”.⁶³ 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.⁶⁴

Em conclusão, a explícita “opção pela complexidade” da Suprema Corte americana gerou importantes consequências. A ambição pela precisão (i.e., incidência do modelo de controle *mais adequado* às circunstâncias do caso concreto) acabou

⁶² BRESSMAN, Lisa. How *Mead* has muddled Judicial Review of agency action. *Vanderbilt Law Review*, 58, p. 1443, 2005.

⁶³ *Wilderness Society*, 316 F.3d, 922 (9th Cir. 2003).

⁶⁴ *Krzalic v. Republic Title Co.*, 314 F.3d 875 (7th Cir. 2002). V. parágrafos 877-879 e 882. 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 essa espécie de deferência com *Skidmore*. Embora em ambos os casos a agência administrativa tenha a sua interpretação mantida e “vença”, a escolha entre aplicar as deferências de *Chevron* e *Skidmore* não é sem consequências. Sobre o tema, cf. BRESSMAN, Lisa. How *Mead* has muddled Judicial Review of agency action. *Vanderbilt Law Review*, 58, p. 1466-1467, 2005.

provocando dificuldades aplicativas nos tribunais inferiores. Disso 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.

2.2 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 essa orientação, iniciando o movimento que culminaria com a reforma simplificadora do seu teste contextualizado.

2.2.1 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. Nessa jurisdição, a superação da fase formalista (com a aplicação da teoria da questão jurisdicional) deu ensejo ao chamado teste pragmático e funcional.

Esse teste foi mencionado pela primeira vez no caso *Bibeault*,⁶⁵ em 1988, mas ganhou os seus contornos clássicos apenas nove anos depois, em *Pushpanathan*.⁶⁶ 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;⁶⁷ (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica;⁶⁸ (iii) a expertise específica da

⁶⁵ *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault* (1988) 2 SCR 1048.

⁶⁶ *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998) 1 SCR 982.

⁶⁷ A primeira fase 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, outras preveem explicitamente o direito de recurso ao Poder Judiciário. Numa terceira hipótese, a legislação específica silencia sobre o assunto. Seja qual for a disposição legislativa identificada, ela não importa a necessária adoção do modelo de controle ali estabelecido: constituirá apenas em um fator indicando um controle mais ou menos intenso – a ser sopesado com as demais fases do teste.

⁶⁸ A segunda fase do teste contextualizado canadense envolvia o “propósito da legislação e da disposição legislativa específica”. A jurisprudência costumava examinar se o papel que a legislação comete à autoridade se assemelha ou difere do papel tradicional cumprido pelos tribunais. Cf. *Barrie Public Utilities*. Veja também

autoridade administrativa em relação à questão sob controle, comparada com a expertise do tribunal controlador;⁶⁹ (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa.⁷⁰

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 dessas menções elogiosas, no entanto, sempre se prostraram críticas à complexidade do modelo.⁷¹ O enfoque contextualizado era acusado de ser pouco prático,⁷² excessivamente técnico,⁷³ custoso e demorado. Afirmava-se, ainda, que ele desviava a atenção dos juízes da questão essencial (o controle judicial em si) para uma questão secundária (a intensidade desse controle).

A Suprema Corte foi se mostrando progressivamente sensível a essas críticas a partir do início da década passada.⁷⁴ Essa progressão culminou com a reforma explícita do sistema no caso *Dunsmuir*, julgado em 2008. Em seu voto nesse caso, a Ministra Deschamps lamentava como “o processo de responder esta questão preliminar [relativa à intensidade do controle a ser aplicado] se torn[ara] mais complexo do que a determinação das questões substantivas que a Corte é chamada a resolver”.⁷⁵ A Corte reconhece que, do período pré-CUPE⁷⁶ até então, a jurisprudência passara

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1999). 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. Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998) 1 SCR 982, para. 36

⁶⁹ O terceiro passo do enfoque pragmático e funcional correspondia ao exame da expertise da autoridade controlada. Em Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998) 1 SCR 982, para. 33, 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 (i) identificar e caracterizar a expertise detida pela agência; (ii) comparar a sua própria expertise em relação à da agência; (iii) identificar a natureza da questão específica decidida pela agência em confronto com a sua expertise.

⁷⁰ 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. Assim, por exemplo, questões de direito ou relativas à competência da autoridade administrativa atraem um controle judicial não deferente; já questões técnicas ou de fato normalmente serão submetidas a um controle deferente.

⁷¹ JACOBS, Laverne. Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term – The Impact of *Dunsmuir*. *Supreme Court Law Review*, v. 43, n. 2d, p. 1-34, 2008. p. 8.

⁷² 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 (LAHEY, William; GINN, Diana. After the Revolution: being pragmatic and functional in Canada’s Trial Courts and Courts of Appeal. *Dal. L. J.*, 25, 2, p. 270-271, 2002).

⁷³ LOVETT, Deborah K. That Enigmatic Curial Deference and the Continuing and Most Curious Search for Legislative Intent — What to Do, What to Do?. *Can. J. Admin. L. & Prac.*, 17, 2004. p. 216.

⁷⁴ Ver, por exemplo, o manifesto do Ministro LeBel no caso *Toronto (City) v. CUPE*, Local 79 (2003) 3 SCR 77.

⁷⁵ *Dunsmuir v. New Brunswick* (2008) 1 SCR 190, dissensão, voto do J. Deschamps, para. 160.

⁷⁶ *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 v. New Brunswick (Liquor Corp.)* (1979) 2 SCR 227.

de um teste altamente formalista, artificial e facilmente manipulável (a teoria da questão jurisdicional), 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”.⁷⁷

Em outra passagem, a Corte qualifica o procedimento desejável como “coerente e funcional” (*coherent and workable*).⁷⁸ O teste é 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.⁷⁹

2.2.2 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. Uma primeira e menos significativa alteração promovida diz respeito ao nome do teste, que passa de “enfoque pragmático e funcional” para, simplesmente, “análise do modelo de controle”.⁸⁰ Os dois aportes mais relevantes são aqueles que veiculam um esforço de simplificação 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

A mudança mais significativa é sem dúvida a inserção de uma fase preliminar ao teste contextual. Essa 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. Nessa hipótese, nenhuma análise posterior é devida: basta usar o modelo de controle já identificado previamente. Caso esse 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. A introdução dessa 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 nessa fase preliminar, em adoção de manifestação jurisprudencial anterior.⁸¹

⁷⁷ *Dunsmuir v. New Brunswick* (2008) 1 SCR 190, para. 43.

⁷⁸ *Dunsmuir v. New Brunswick* (2008) 1 SCR 190, para. 32.

⁷⁹ BASTARACHE, Michel. Modernizing Judicial Review. *Can. J. Admin. L. & Prac.*, 22, p. 227-237, 2009.

⁸⁰ A Suprema Corte não oferece longas razões para a alteração, limitando-se a afirmar que a denominação anterior “talvez tenha confundido tribunais”. *Dunsmuir v. New Brunswick* (2008) 1 SCR 190, para. 63.

⁸¹ HECKMAN, Gerald. Substantive Review in Appellate Courts since *Dunsmuir*. *Osgoode Hall L. J.*, 47, p. 751-766, 2009.

Além da fase jurisprudencial preliminar, a reforma de *Dunsmuir* também promoveu o abandono do caráter fixo de cada uma das fases. A partir dessa decisão, os tribunais não são mais obrigados a repassá-las mecânica e automaticamente. Em *Khosa*,⁸² caso que consolidou e desenvolveu a reforma promovida por *Dunsmuir*, a Suprema Corte foi explícita neste sentido:

nem todos 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.⁸³

X X X

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 dessa multiplicidade nominal, no entanto, esses aspectos são em geral reconduzíveis aos critérios substanciais apresentados no primeiro parágrafo deste artigo.

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 esse 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.

⁸² Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa (2009) 1 SCR 339.

⁸³ Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa (2009) 1 SCR 339, para. 54. A alteração é questionável. 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 ele se reportasse 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 o 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.

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.

Isso 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 desse procedimento coincidem com os 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* adaptado. Por outro lado, corre o risco de não passar de idealismo e ser pouco operacional ou funcional.

Diante desse contexto, a decisão canadense de simplificar o teste contextualizado importa necessariamente uma limitação da “ambição de complexidade”. O reconhecimento dessa limitação não é exatamente inédito. Na prática, a contextualização sempre conheceu limites importantes.⁸⁴ No caso canadense, a doutrina criticava especialmente a ausência de considerações relativas à “importância da decisão para o administrado”.⁸⁵ 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.⁸⁶ No caso do teste pragmático e funcional, essas 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 parece ter muita relevância o exame da natureza política da questão trazida a juízo, ou análises relativas à forma de atuar da autoridade administrativa controlada. Essas

⁸⁴ Jared Craig, por exemplo, argumenta que o teste contextualizado canadense não é suficientemente flexível para absorver as peculiaridades das decisões municipais (v. CRAIG, Jared. *Defending City Hall after Dunsmuir*. *Alberta L. Rev.*, 46, p. 275-279).

⁸⁵ V., por exemplo, SOSSIN, Lorne; FLOOD, Colleen M. *The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law*. *U.T.L.J.*, 57, p. 581-596, 2007.

⁸⁶ 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.

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.⁸⁷ Assim, os 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.⁸⁸ Além disso, embora a expertise seja um fator bastante relevante, ela é entendida em um sentido institucional.⁸⁹ Assim, o que importa não é a experiência concreta e específica de cada um dos membros de uma autoridade administrativa, mas a capacitação institucional.⁹⁰ 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.⁹¹ Na sequência da jurisprudência, a análise da expertise se deu sempre no nível institucional.⁹²

Apesar dessas “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. Parece essencial apontar para a inexistência de

⁸⁷ SOSSIN, Lorne. Empty Ritual, Mechanical Exercise or the Discipline of Deference? Revisiting the Standard of Review in Administrative Law. *Advocates' Q.*, 27, p. 478-493, 2003.

⁸⁸ A literatura sugere que esse 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*. Cf. *Allentown Mack Sales & Services, Inc. v. NLRB*, 522 US 359, 376 (1998). Cf. PIERCE, Richard. *Administrative Law treatise*. 5. ed. New York: WoltersKluwer, 2010. p. 987.

⁸⁹ Essa 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. V. MACLAUHLAN, H. Wade. *Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?*. *University of Toronto Law Journal*, 36, p. 343-380, 1986.

⁹⁰ Em um caso decidido no ano 2000, a Corte americana do 7º Circuito deparou-se com decisão do *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 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. Cf. *Elliot v. Commodity Futures Trading Commission*, 202 F.3d 926 (7th Cir. 2000). 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 desses campos. Observaram, ademais, que cada uma das teorias arroladas pelo juiz do dissenso estavam submetidas à controvérsia na literatura especializada, não sendo as questões resolvíveis em termos de decisão correta ou incorreta. Sobre o tema, v. ainda FREEDMAN, James O. *Expertise and the Administrative Process*. *Admin. L. Rev.*, 28, p. 363-376, 1976.

⁹¹ *Union des Employés de Service, Local 298 v. Bibeault* (1988) 2 SCR 1048, para. 121-122.

⁹² Nesse sentido, v. LAHEY, William; GINN, Diana. *After the Revolution: being pragmatic and functional in Canada's Trial Courts and Courts of Appeal*. *Dal. L. J.*, 25, 2, p. 259-302, 2002.

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.

Conclusão

Em que medida o procedimento concreto de determinação da intensidade do controle *reflete e está aberto* à complexidade das decisões administrativas e da autoridade que a prolatou? 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 essa empresa se tornasse demasiadamente complexa e pouco operacional. Este artigo valeu-se de dois tipos extremos de procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial para examinar esse 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. Essas categorias cristalizam e veiculam uma específica ponderação dos critérios substanciais de natureza jurídica, complexidade técnica ou sensibilidade política de uma decisão administrativa. A partir dessa cristalização, no entanto, caberia aos tribunais apenas verificar a existência concreta de uma categoria, aplicando-lhe o modelo de controle judicial correspondente. Os méritos desse procedimento seriam a 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 essa 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 nelas 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 desse 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 desse 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 esses dois tipos de procedimentos reflete o embate caro à teoria do direito entre *formalismo* e *funcionalismo*.⁹³ O formalismo tem a oferecer uma suposta *simplicidade* de suas soluções. Baseia-se 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.⁹⁴ Alguns autores sugerem que os conceitos formais seriam preferidos pelos tribunais, habituados a manejá-los. Dá uma resistência de sua parte em transportar-se de um *bright-line world into a messy contingent one*.⁹⁵ 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*.⁹⁶ O fato é que a consagração do formalismo é tanto mais insustentável quanto mais complexo for o mundo ao qual ele se reporta. Nesse sentido, a complexização crescente da Administração Pública levaria a uma demanda progressiva pelo funcionalismo.⁹⁷

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.⁹⁸ Assim, a real questão que se põe a cada jurisdição não é

⁹³ Cf. WILLIS, John. Three Approaches to Administrative Law: the Judicial, the Conceptual and the Functional. *U.T.L.J.*, 1, p. 53-75, 1935/36.

⁹⁴ KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. *Oxford J. Legal Stud.*, 28, p. 409-418.

⁹⁵ LOUGHLIN, Martin. Procedural Fairness: A Study of the Crisis in Administrative Law Theory. *U.T.L.J.*, 28, p. 215-220, 1978. No mesmo sentido, v. DYZENHAUS, David. The logic of the rule of law: lessons from Willis. *U. Toronto L. J.*, 55, p. 691-696, 2005.

⁹⁶ DYZENHAUS, David; FOX-DECENT, Evan. Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada. *U.T.L.J.*, 51, p. 193-242, 2001.

⁹⁷ Assim, Wade MachLauchlan sugere que o formalismo é um método de *negação* do *Administrative State* (MACLAUCHLAN, H. Wade. Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?. *University of Toronto Law Journal*, 36, p. 343-350, 1986).

⁹⁸ MACLAUCHLAN, H. Wade. Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear?. *University of Toronto Law Journal*, 36, p. 343-345, 1986.

entre adotar um ou outro modelo extremo, mas o tanto de formalismo e de funcionalismo que pretendem – a exata medida da precisão 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, discricionariedade e avaliações técnicas complexas. Lamentavelmente, o curto período em que essa solução esteve em vigor (entre 2001-2004) não permitiu maiores possibilidades de análise sobre os 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 empreendido 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 simplificadoros ainda mais relevantes, ao descartar as propostas de conceder prevalência expressa para um dos fatores ou de estabelecer algumas presunções relativas.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo. Entre o *prêt-à-porter* e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 9-43, jan./mar. 2016.
