

a adoção deste procedimento. Assim, o Poder Judiciário toma a decisão que considera mais adequada, mas a atribui ao legislador, que possui maior *pedigree* democrático.¹⁰⁵

2. A legitimação através do processo de escolha da intensidade

O item I deste capítulo cuidou de um método *indireto* de legitimação da determinação da intensidade do controle judicial: o recurso à retórica da intenção do legislador. Este item cuida de um método alternativo: a legitimação da escolha da intensidade do controle judicial pela via do processo. Trata-se de estruturar esta escolha em regras procedimentais, de modo a lhe conferir maior objetividade e transparência. A legitimidade da escolha decorreria da eliminação da arbitrariedade resultante deste processo decisório estruturado.

Note-se que se trata de um método de legitimação bastante diverso daquele estudado no item I. Ali cuidava-se de uma espécie de legitimação *ad personam*, por assim dizer. O argumento era: a decisão é legítima porque foi tomada por uma instituição com fortes credenciais democráticas. Interessava o *autor* da decisão. Daí a ansia dos tribunais em atribuir a aplicação de um modelo de controle judicial a uma suposta intenção do legislador. A persuasão de uma audiência de que a intensidade do controle ao final aplicada é aquela que teria sido desejada pelo legislador é uma forma de tornar esta escolha politicamente aceitável. No caso do método de legitimação estudado neste item a lógica é diversa. Pretende-se legitimar a escolha não pelas características da instituição que a tomou, mas pelas peculiaridades do

105. Neste sentido, vale repetir a passagem de Aharon Barak, ex-próprio ex-Ministro da Suprema Corte de Israel: "I giudici tendono a nascondere l'esistenza della discrezionalità giudiziaria. 'Ci limitiamo a dichiarare ciò che il Diritto è - non siamo noi a crearlo', è un motto comune in molti giudizi. I giudici temono che la fiducia pubblica nella volontà giudiziaria possa risentirne, se l'opinione pubblica dovesse scoprire la verità" ("La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della Giustizia", *Politica del Diritto* 1/15, ano XXXIV, março 2003). Para Wade MacLauchlan, "at all levels of decision-making there is an elaborate denial of responsibility. This is true of the exercise of statutory interpretation, whereby the choice of outcome is attributed to the legislature, even in the case of a seventy-year-old, patently ambiguous provision. (...) In the end one is left with the impression of an elaborate and expensive regime in which parties affected by the process make arguments about statutory interpretation but do not address what they really want or expect from the process" ("Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably hear?" (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 349-350).

processo decisório. A decisão é aceitável *porque foi tomada* de uma forma tal que limita o arbítrio.

A legitimação pelo processo pode ser cogitada tanto na hipótese em que a escolha da intensidade do controle judicial decorre do uso de categorias formais (item 2.1) como na hipótese em que ela resulta da aplicação de um teste contextualizado de ponderação de múltiplos fatores (item 2.2).

2.1 *A legitimação através do processo no uso de categorias formais*

O capítulo anterior apresentou o procedimento de determinação da intensidade do controle judicial através do uso de categorias formais. Nestes casos os tribunais trabalham com estruturas lógicas compostas normalmente por duas ou três categorias formais, cada uma delas ligadas a um controle intenso ou deferente. A tarefa dos tribunais consiste na *identificação* da hipótese que se verifica no caso concreto, com a aplicação "automática" da intensidade do controle a ela correspondente. Em teoria, este sistema funcionaria de forma silogística e simples: à hipótese "X" se aplica um controle não deferente; à hipótese "Y" se aplica um controle deferente.

Neste capítulo o uso de categorias formais tem relevância, porque poderia constituir uma forma de legitimação das decisões dos tribunais a propósito da específica intensidade do controle judicial a ser aplicado. Esta legitimação decorreria principalmente do fato de que as categorias formais veiculariam regras *prévias* e relativamente *objetivas* (item 2.1.1). Os históricos jurisprudenciais de Estados Unidos e Canadá, no entanto, sugerem que estes esforços de aprisionar os tribunais a fórmulas prévias têm eficácia bastante limitada – e, portanto, constituem mecanismos imperfeitos de legitimação da decisão relativa à intensidade do controle judicial (item 2.1.2).

2.1.1 *A "objetivização" do procedimento como fator de sua legitimação*

A legitimação resultante do uso de categorias formais decorreria principalmente do fato de que as categorias formais veiculariam regras *prévias* e relativamente *objetivas*. Estas circunstâncias evitariam que a intensidade do controle judicial fosse determinada por *casuismos* ou *subjetivismos* dos tribunais. O raciocínio é razoável. Imagina-se que, ao forçar os tribunais a trabalhar com estruturas mais simples, diminui-se sua margem de manobra. Manejando menos variáveis eles teriam menor autonomia para *influenciar* a intensidade do controle a ser aplicado, em função de suas preferências pes-

soais. Estas circunstâncias tornariam esta decisão mais impessoal e previsível – e, por isso mesmo, mais legítima. Aliás, aceitando-se estas premissas, talvez se deva falar, neste caso, em *identificação* da intensidade judicial, e não em sua *determinação*.

Como também já foi visto no capítulo anterior,¹⁰⁶ note-se que, embora o uso de categorias formais retire dos tribunais o poder de ponderação autônoma, caso a caso, dos critérios expostos na Primeira Parte deste livro, isto não significa que *nenhuma* ponderação seja realizada, em nenhum momento. Há – isto, sim – uma ponderação realizada no momento da criação das categorias formais. Vincula-se a cada uma delas um tipo de controle. Dependendo da sua natureza, seu atrelamento a um controle não deferente ou limitado revela a existência de uma decisão prévia, que envolve uma ponderação específica dos critérios substanciais tratados na primeira parte do trabalho. Neste sentido, as categorias formais *cristalizam e veiculam* escolhas e ponderações de critérios substanciais que guiarão a determinação da intensidade do controle. Operadas estas ponderações prévias e relativamente abstratas, haveria (teoricamente) pouco espaço para subjetividades na sua aplicação – e é precisamente daí que decorreria a legitimidade da determinação da intensidade do controle judicial.

2.1.1.1 A teoria da questão preliminar no Direito Canadense

Tome-se o exemplo da teoria da questão preliminar no Direito Canadense. Em sua compreensão mais pura, ela importa uma espécie de “objetivização” da decisão relativa à intensidade do controle judicial. Primeiro, porque, na sua aplicação, apenas uma circunstância é relevante para a definição desta intensidade: o fato de a decisão controlada incluir, ou não, uma consideração da autoridade administrativa a propósito da sua própria competência.¹⁰⁷ Os tribunais estão “isolados” dos demais aspectos (ainda que eventualmente relevantes) da decisão controlada. Segundo, porque as específicas intensidades a serem aplicadas em cada uma destas hipóteses também já estão prefiguradas. Não cabe aos tribunais ponderar a propósito de qual modelo de controle aplicar às questões efetivamente jurisdicionais.

106. V. a “Introdução” ao Capítulo I desta Segunda Parte.

107. H. Wade MacLauchlan, “Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 366.

2.1.1.2 A simplificação da doutrina *Chevron* nos Estados Unidos

A mesma circunstância pode ser apontada na simplificação pretendida pela doutrina *Chevron*. Adotando seu teste bifásico, caberia aos tribunais *unicamente* avaliar se a legislação pertinente possui uma resposta clara ou é ambígua em relação à questão trazida a juízo. No primeiro caso aplicar-se-ia um controle não deferente; no segundo caso, um controle deferente. Ao menos nesta compreensão mais pura não haveria espaço, no âmbito da doutrina *Chevron*, para ponderações de outra ordem. Esta circunstância aportaria à determinação da intensidade do controle judicial *objetividade e previsibilidade*.

A propósito, o aumento da previsibilidade da jurisprudência relativa à intensidade do controle é destacado na doutrina americana como um dos fatores que levaram à adoção da *Chevron doctrine*. Já se disse que a *orientação de deferência* para a administração pública não é exatamente a novidade mais relevante trazida pela decisão da Suprema Corte.¹⁰⁸ *Chevron* não inaugura uma era de deferência antes inexistente, como é o caso da decisão de *CUPE* no Canadá, em 1979. Repita-se: antes de *Chevron* muitos casos já haviam aplicado esta deferência, inclusive com razões substanciais bastante parecidas. O problema é que também há registro abundante de decisões que aplicavam um controle não deferente às interpretações legislativas das autoridades administrativas americanas. Alguns casos defendiam explicitamente a possibilidade de substituição judicial do juízo administrativo em questões que envolviam o sentido de um termo legislativo. Esta incerteza gerava insegurança jurídica e, mesmo, aumento da litigância.

Neste sentido, *Chevron* busca inaugurar uma era de maior coerência, consistência e previsibilidade jurisprudencial¹⁰⁹ – e isto é feito precisamente através do isolamento dos tribunais das circunstâncias do caso concreto. Afinal, a partir de *Chevron* não é mais dado aos tribunais ponderar por si sós estas circunstâncias para determinar a intensidade do controle judicial.

108. V., por exemplo, o item 1.1.2 do Capítulo I desta Segunda Parte ou o item 1.2.1.2.2.1 acima.

109. Richard J. Pierce Jr. noticia que na 2ª edição de seu *Tratado de Direito Administrativo*, publicada em 1984, constava o seguinte relato da jurisprudência da época: "The Court (...) substitutes judgments in some cases and uses the reasonableness in other cases, without providing any guide as to what actuates its choices (...). It has consistently kept the scope of review unpredictable, and for that reason the volume of litigation has been large" (*Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., p. 155). Referindo, ainda, este período de incertezas pré-*Chevron*, v.: Stephen Breyer, "Judicial review of questions of law and policy", 38 *Admin. L. Rev.* 363, 365-367 (1986); Cass R. Sunstein, "Law and administration after *Chevron*", cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2082.

Basta-lhes identificar a existência ou a inexistência de ambiguidades legislativas.¹¹⁰

Os exemplos das teorias formalistas que caracterizaram a jurisprudência americana e a canadense revelam a razão pela qual elas poderiam ser compreendidas como mecanismos legitimadores da decisão de determinação da intensidade do controle judicial. Uma vez que o uso de categorias formais enquadra e limita a autonomia dos tribunais, seria possível presumir que os problemas de legitimidade desta determinação seriam reduzidos. Em teoria, nestas jurisdições a intensidade do controle seria identificada de forma objetiva, simples e previsível, não havendo espaço para arbitrios dos tribunais. Sob um certo ângulo, a intensidade do controle judicial lhes seria *dada* pelas circunstâncias – não lhes caberiam ponderações autônomas.

2.1.2 *Limites do método de legitimação através do uso de categorias formais*

Sucede que um exame mais atento da teoria e da prática destes mecanismos desencoraja otimismo a este respeito. Do ponto de vista teórico, segue havendo um problema de legitimidade relativo à própria criação das categorias formais e das opções que elas veiculam (item 2.1.2.1). Do ponto de vista prático, o histórico jurisprudencial dos Países estudados demonstra a ineficiência destes mecanismos formais como instrumentos de limitação da autonomia dos tribunais (item 2.1.2.2.).

2.1.2.1 Limite teórico: a questão da legitimidade da criação das categorias formais

Do ponto de vista teórico, não se pode perder de vista que os responsáveis pela criação destas categorias formais são, na maioria das vezes, os

110. Pesquisas empíricas realizadas alguns anos após *Chevron* relatavam uma drástica redução nas menções constantes nas decisões dos tribunais inferiores aos múltiplos fatores que eram relevantes antes de *Chevron* (v. Orin S. Kerr, "Shedding light on Chevron: an empirical study of the Chevron doctrine in the U.S. court of appeals", 15 *Nat'l J. on Reg.* 1 (1998); Thomas Merrill, "Judicial deference to Executive precedent", cit. 101 *Harv L. J.* 969, 981-982). A circunstância poderia sugerir o sucesso da doutrina *Chevron* em enquadrar as considerações dos tribunais para determinar a intensidade do controle judicial. Como o capítulo anterior demonstrou e a sequência deste capítulo demonstrará, no entanto, parece ter havido apenas uma restrição no *discurso jurídico* – diversos fatores seguem sendo considerados no âmbito da discussão relativa à *ambiguidade* da legislação em questão.

próprios tribunais. Assim, a teoria da questão preliminar, a doutrina *Chevron* e os conceitos de *discrecionariiedade técnica* e *avaliação técnica complexa* são obras dos tribunais canadenses, americanos e italianos. E, se é assim, há um evidente problema de legitimação *também relativo a estas criações*. Sob um certo ângulo, a criação de categorias formais *desloca no tempo* o problema de legitimidade: se as determinações da intensidade do controle judicial em cada caso concreto passam a ser menos problemáticas, há um problema de justificação prévio, concernente ao momento da criação das categorias formais.

Até se poderia admitir que o mecanismo das categorias formais *reduz* o problema da legitimidade, na medida em que estas decisões prévias tendem a ser menos sensíveis, justamente porque mais abstratas. Com efeito, sendo elas relativamente dissociadas das circunstâncias do caso concreto, então, haveria um risco menor de manipulação casuística realizada pelos tribunais. No entanto, ainda que se admita que o problema da legitimidade é *reduzido*, ele certamente não é *eliminado*.

Assim, voltando os olhos à teoria da questão jurisdicional, por que considerar relevante para fins de determinação da intensidade do controle judicial apenas o fato de a decisão controlada versar ou não sobre aspectos relativos aos próprios limites da competência? Por que ignorar os demais aspectos eventualmente relevantes da decisão controlada ou da autoridade administrativa que a prolatou? Pensando na doutrina *Chevron*, por que apenas a clareza ou a ambiguidade do texto deveriam ser relevantes? E por que se deveria atribuir às autoridades administrativas, e não aos tribunais, com sua expertise jurídica, a solução de ambiguidades legislativas? No que concerne às avaliações técnicas complexas, por que devem elas escapar também do escrutínio judicial mais próximo, se já escapam largamente do escrutínio político?

Que fique claro: todas estas decisões são certamente possíveis e justificáveis, mas elas não são as *ótimas* possíveis.¹¹³ Elas veiculam uma opção de privilegiar uma dentre as finalidades conflitantes do direito administrativo. Por isto mesmo, elas terminam por realizar ou fomentar um estado de coisas específico, com impactos relevantes na sociedade. Além disso, elas produzem consequências relevantes também no que concerne à extensão dos poderes dos próprios tribunais. Dai surge a pergunta essencial: deveria, mesmo, esta decisão caber aos tribunais? E, se couber, como eliminar as dúvidas relativas à sua legitimidade?

113. V., a propósito, todo o Capítulo II da Primeira Parte.

2.1.2.2 Limite prático: a ineficiência dos esforços de redução da autonomia judicial

A análise do longo histórico jurisprudencial de Canadá e Estados Unidos demonstra que a existência de categorias formais não inibe a introdução de considerações a elas alheias. Dito de outro modo: a autonomia judicial não é eficientemente limitada por este mecanismo.

2.1.2.2.1 A deturpação do conceito de questão preliminar no Canadá – Tome-se, em primeiro lugar, o exemplo do Canadá. Como já se disse, nesta jurisdição os tribunais utilizavam, até a década de 1970, um sistema binário para a determinação da intensidade do controle, baseado na teoria da “questão preliminar”, também chamada de “questão jurisdicional”. Na concepção original ela correspondia a uma questão que atinasse aos limites da competência (jurisdição) da autoridade administrativa. Por causa de sua sensibilidade jurídica, estas questões mereciam controle judicial intenso, ao passo que as demais questões, chamadas de “administrativas” (aquelas relacionadas ao mérito ou à substância da decisão administrativa), mereciam deferência judicial.

A prática demonstrou que os tribunais passaram a adotar uma compreensão bastante extensa do que seria uma questão jurisdicional, afastando-se da sua concepção original.¹¹² Ao assim proceder, ampliavam seus próprios poderes de revisão e aplicavam sobre as decisões da administração um controle frequentemente intenso.¹¹³

112. Brian Langille sustenta a impossibilidade de diferenciar entre questões jurisdicionais ou não jurisdicionais: “Part of the charm of the idea of ‘jurisdiction’ is that it appears to involve a logically distinct type of question as to whether a decision-maker is exercising a power it possesses, or is deciding a case which it has the power to decide. It appears so clear that there is a distinction between our magistrate hearing a case of theft under \$200, and doing a poor job of it, and on the other hand trying to hear a case she is not empowered to hear – for example a case of theft over \$200. While there is a distinction here, the distinction is a statement of a conclusion. And the process of reasoning leading to that conclusion is no different than the process of reasoning involved in any interpretation of the governing statute. It is all interpretation. And no significance in the real world attaches to the fact that a tribunal makes a ‘jurisdictional mistake’ as opposed to a mistake within its jurisdiction in issuing, for example, a cease and desist order. In either case it simply ‘exceeds’ its powers and does something it was not ‘really’ empowered to do – issue an order against a ‘innocent’ party. The bottom line is the same” (“Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), 17 *R. G. D.* 169, 205). No mesmo sentido, v.: Cass R. Sunstein, “Law and administration after Chevron”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2097-2098.

113. Para um longo relato sobre os testes que foram historicamente aplicados para a identificação de uma questão jurisdicional, v.: Wade MacLauchlan, “Judicial

O ponto mais alto desta realidade ocorreu no caso *Anisminic*, julgado pela *House of Lords* em 1969.¹¹⁴ Ali se deu a entender que seria *ultra vires*, e levaria à perda de jurisdição (*errors leading to loss of jurisdiction*), qualquer decisão em que a autoridade administrativa (i) perguntou-se a questão errada, (ii) levou em consideração fatores irrelevantes ou (iii) ignorou fatores que deveria ter considerado. Em qualquer destes casos incidiria controle judicial não deferente, mesmo quando houvesse disposição legislativa afastando o controle judicial (as chamadas "cláusulas privativas").

Esta compreensão bastante ampla da questão jurisdicional foi seguida por várias decisões dos tribunais canadenses no início dos anos 1970.¹¹⁵ Ela revelava, no entanto, uma deturpação do conteúdo original da teoria da questão preliminar e uma sua expansão significativa. No célebre caso que inaugurou a era da autorrestrição judicial no Canadá (*CUPE*, de 1979) o entendimento foi criticado. Apesar de admitir a dificuldade em determinar se uma questão possui, ou não, natureza jurisdicional, a Suprema Corte observou que os tribunais não deveriam "precipitar-se para rotular de jurisdicional" uma questão que duvidosamente o fosse.¹¹⁶ No mesmo sentido, em uma decisão de 1991 a Suprema Corte observou, ironicamente, que a *House of Lords* havia estabelecido uma definição de questão jurisdicional

review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?" (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 369-371. Como conclusão, o autor afirma que "as a basis for the exercise of judicial review of administrative interpretations of law, jurisdiction is not particularly useful, primarily because it lacks objective standards for either intervention or deference. In reality the issue is left to be resolved on the basis of the emphasis of the reviewing court or judge. Commentators who have looked beyond the doctrine on this question to consider the practical consequences for administration of judicial review based on jurisdiction have been uniformly critical of the exercise. Courts are accused of imposing their own substantive views on administrative decisions by simply labelling questions as jurisdictional".

114. *Anisminic versus Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 AC 147, [1969] 2 WLR 163. Sobre o caso *Anisminic*, v.: David Dyzenhaus, "Disobeying Parliament? Privative clauses and the rule of law", cit., in R. W. Bauman e T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*, p. 505; Ian Holloway, "A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon" (1993), cit., 22 *Man. L. J.* 28, 45.

115. V., por exemplo: *Metropolitan Life Insurance Co. versus International Union of Operating Engineers*, [1970] SCR 425; *Bell versus Ontario (Human Rights Commission)*, [1971] SCR 756.

116. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227, at. 233: "The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so".

tão ampla que incluía qualquer questão envolvendo a interpretação de uma lei.¹¹⁷

2.1.2.2.2 A curiosa compreensão da "ambiguidade" nos Estados Unidos – A jurisprudência americana também ilustra a afirmação de que o uso de estrutura simples seria ineficiente no que concerne à finalidade de reduzir a liberdade e controlar a autonomia dos tribunais. Como já foi visto, nesta jurisdição, a partir de 1984 e ao menos até as decisões da Suprema Corte nos casos *Christensen* e *Mead* em 2001, os tribunais deveriam aplicar o teste binário estabelecido em *Chevron*. Na hipótese em que constatassem a existência de ambiguidade legislativa sobre a questão específica trazida a juízo, deveriam deferir para a decisão da administração – que seria anulada apenas em caso de irrazoabilidade (ou impermissibilidade). O teste *Chevron*, assim, estabelece uma espécie de "dever simples" para os tribunais: para determinar a intensidade do controle judicial a ser aplicado, bastar-lhes-ia examinar se a legislação relevante aporta, ou não, uma resposta clara para a questão específica trazida a juízo para controle.

Sucedo que a prática jurisprudencial dista bastante desta diretriz teórica. O problema é que a identificação de uma ambiguidade legislativa está longe de ser um procedimento previsível.¹¹⁸ De fato, não há um teste bem definido e imutável para proceder a esta identificação. Na prática, os tribunais aplicam um leque de mecanismos amplo e variável, que envolve, por exemplo: (i) o exame do texto da lei; (ii) a utilização de definições de dicionário; (iii) a utilização dos chamados cânones de interpretação; (iv) a análise da estrutura da lei; (v) o exame do propósito ou intenção legislativa; (vi) o exame da história legislativa.¹¹⁹ A imprevisibilidade do resultado final

117. *Canada (Attorney General) versus Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 SCR 614 at. 644, [1991] SCJ 19: "The House of Lords set forth a definition of jurisdictional error that was so broad as to include any question involving the interpretation of a statute". Em sentido semelhante, William Wade afirma que a decisão "comes perilously close to saying that there is jurisdiction if the decision is right, but none if it is wrong" ("Constitutional and administrative law aspects of the Anisminic case" (1969), 85 *Law Q. R.* 198, 211).

118. Para uma longa crítica à imprevisibilidade de *Chevron*, v.: William R. Andersen, "Against *Chevron* – A modest proposal", cit., 56 *Admin. L. Rev.* 957, 961.

119. Esta lista não é exaustiva. Para além dos procedimentos citados acima, as cortes se valem de outros métodos mais gerais para identificar uma "clara intenção legislativa" que eliminaria a ambiguidade autorizadora da deferência judicial. Um destes métodos é o exame do comportamento do Congresso antes ou depois da elaboração da lei em exame, para tentar determinar o sentido da lei numa espécie de contexto "temporal" ou "comportamental". O caso *FDA versus Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000), pode ser usado para ilustrar esta realidade. Tra-

decorre tanto da multiplicidade de mecanismos como de sua variedade e complexidade. Com efeito, a utilização de alguns destes mecanismos pode levar a um resultado, enquanto a utilização de outros levaria ao resultado contrário. Além disso, mesmo tomando-se cada um dos mecanismos individualmente e isoladamente, ainda assim é difícil prever o resultado final.

Assim, seria possível imaginar que a utilização de definições de dicionário levasse sempre a um resultado preciso no que concerne à ambiguidade ou clareza de um termo legislativo.¹²⁰ A prática, no entanto, revela o fenômeno do *dictionary shopping*:¹²¹ a busca por cada uma das partes de dicionários cujas definições favoreçam sua tese.¹²² Do mesmo modo, os demais

ta-se de caso em que se analisou a repentina mudança de interpretação da FDA sobre a amplitude de sua própria competência. A partir de 1996 a FDA passou a entender que a regulação do tabaco estava sob sua jurisdição, na medida em que a nicotina consistia em "droga", no sentido usado pelo *Food, Drug and Cosmetic Act*/FDCA. Com efeito, esta lei considerava droga qualquer "artigo [que não fosse comida] que visasse a afetar a estrutura ou qualquer função do corpo". A nova interpretação constituía inovação clara: a própria FDA já havia se recusado a regular o tabaco anteriormente. Valendo-se desta nova compreensão relativa à sua própria competência, a FDA emitiu regulações que visavam a restringir a comercialização e a distribuição de cigarros para crianças e adolescentes. As regulações foram impugnadas judicialmente, e terminaram na Suprema Corte. A Corte, então, observou que "o sentido de uma lei também pode ser afetado por outras leis, particularmente quando o Congresso se manifestou subsequentemente e mais especificamente sobre o tópico em questão". Analisaram-se outras leis relacionadas ao tabaco e promulgadas após o FDCA, concluindo que o Congresso claramente excluía a regulação do tabaco da jurisdição da FDA. Particularmente importante foi considerada a *inacção* do Congresso, como evidência de que a regulação do tabaco estava fora da jurisdição da FDA. Com efeito, a Corte observou que em diversas oportunidades o Congresso rejeitara propostas legislativas que teriam ampliado a competência da FDA neste sentido. A rejeição de promulgar tais leis foi considerada um indicativo de que a competência da FDA não poderia ser interpretada para incluir estas atribuições.

120. O uso de definições de dicionários é bastante polêmico. Sobre o tema, v.: William Eskridge, "The new textualism", 37 *UCLA L. Rev.* 621 (1990); e *Dynamic Statutory Construction*, Cambridge, Harvard University Press, 1994; Cass Sunstein, "Justice Scalia's democratic formalism", 107 *Yale L. J.* 529 (1997).

121. Ellen Aprill, "The law of the word: dictionary shopping in the Supreme Court", 30 *Ariz. St. L. J.* 275 (1988). V. também "Looking it up: dictionaries and statutory interpretation" (Note), 107 *Harv. L. Rev.* 1437 (1994).

122. O caso mais curioso a este respeito talvez seja *MCI Telecommunications Corp. versus AT&T*, 512 U.S. 218 (1994). Tratava-se de controle judicial de regulação emitida pela *Federal Communications Commission*/FCC, com base no *Communications Act* de 1934. Esta lei dispunha que as empresas prestadoras do serviço de telecomunicação de longa distância deveriam notificar previamente a Comissão sobre as tarifas a serem cobradas dos consumidores para a prestação de determinados serviços. A mesma lei autorizava a Comissão a "modificar" (em inglês,

procedimentos levam a resultados bastante incertos. É o caso da "análise do propósito da legislação pertinente",¹²³ No próprio caso *Chevron*, tanto a Corte de Apelações como a Suprema Corte se valeram deste exame. Os resultados a que chegaram foram divergentes: enquanto a Corte de Apelações deu ênfase ao objetivo legislativo de melhoria das condições de poluição do ar, a Suprema Corte observou que, no esquema da lei, este objetivo deveria ser atingido sem compromisso do progresso econômico.¹²⁴

modify) esta regra. Com base nesta disposição, a FCC emitiu regulação dispondo que apenas a AT&T (prestador dominante e mais antigo dos serviços de telefonia de longa distância) possuía de fato a obrigação de notificar as tarifas que adotaria. As demais prestadoras estavam isentas desta obrigação. A questão concreta levada a juízo centrava-se na interpretação da expressão *modify any requirement*, no § 203(b) (2) da lei. A posição da maioria da Suprema Corte é no sentido de que a lei autorizou a FCC a proceder tão somente a "alterações moderadas" no esquema da lei, já que a palavra *modify* tem estritamente este sentido. Mencionou-se, inclusive, que o prefixo "mod" indicaria esta moderação. Para chegar a esta conclusão, o Ministro-Relator Antonin Scalia analisou diversos dicionários, descartando o uso do *Webster's Third New International Dictionary*, único que incluía entre suas definições do termo *modify* a promoção de "alterações importantes". Scalia observa que este *Dicionário* é descritivo e, segundo ele, promove usos errados e coloquiais da linguagem como corretos. Ele privilegia o uso de *Webster's Second*, que tem natureza prescritiva. A conclusão é no sentido de que a regulação emitida pela Comissão foi além da eventual ambiguidade existente na lei – e, portanto, deveria ser anulada.

123. Keith Werban menciona as dificuldades genéricas de se falar em *propósito da legislação*: "The legal process advocacy of purposive statutory interpretation has been undermined in recent years not only by a skepticism of judicial interpretive competence, but also by increasing doubts about the legislative process. Legal process theory deems all law, including statutes, to serve intelligible, rational, public-regarding purposes. Public choice scholarship, which has gained increased acceptance among legal theorists in recent years, profoundly challenges that assumption" ("The neoclassical revival in administrative law", cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 615).

124. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 847 (1984). O exame do "propósito da legislação pertinente" é também problemático, na medida em que os tribunais tendem a extrapolar a finalidade genérica da lei, trazendo-a para uma questão específica – sendo que o que o *Step One* do teste de *Chevron* deve examinar é se a lei provê uma resposta clara para a *questão específica* trazida aos autos. Tome-se, a propósito, o caso *Yellow Transportation, Inc. versus Michigan*, 537 U.S. 36 (2002). Tratava-se de controle judicial de regras promulgadas pela *Interstate Commerce Commission* a propósito de acordos de reciprocidade entre Estados para taxas cobradas de companhias de transporte interestadual. Uma lei de 1991 estabelecia como taxa máxima aquela que tinha sido coletada ou cobrada em 15.11.1991, mas não se manifestava sobre o efeito desta regra para acordos de reciprocidade negociados antes de 1991. Afirmou a Suprema Corte, em seu julgamento: "Although [the Michigan Supreme Court] acknowledged that ISTEPA is silent with respect to reciprocity agreements, the court nonetheless concluded that the fee-cap provision mandates that those agreements have no bearing in the determi-

Entretanto, são particularmente fluidos e polêmicos dois dos mecanismos mencionados acima: o exame da *história legislativa* e o uso dos *cânones de interpretação*. Ambos albergam procedimentos complexos e muito variados, levando a resultados bastante incertos.

2.1.2.2.1 *A polêmica análise da "história legislativa"*: Extremamente polêmica, a análise da "história legislativa" (*legislative history*) consiste no exame do conjunto de documentos que registram as discussões havidas no Congresso antes da promulgação de uma lei.¹²⁵ O objetivo é identificar

nation of what fee a State 'collected or charged' as of November 15, 1991". A Suprema Corte americana, então, concluiu que a Suprema Corte de Michigan extrapolara o propósito genérico da lei, para concluir que ela possuía clara resposta na específica questão relativa aos acordos de reciprocidade. Segundo a Suprema Corte americana, a Suprema Corte de Michigan deveria ter admitido que a lei era ambígua, passando a avaliar apenas a razoabilidade (permissibilidade) da interpretação da agência. Neste mesmo sentido, v. as críticas do Ministro Antonin Scalia em seu dissenso à decisão da Suprema Corte no caso *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 726 (1995): "I thought we had renounced the vice of 'simplistically (...) assum[ing] that whatever furthers the statute's primary objective must be the law'. (...). Deduction from the 'broad purpose' of a statute begs the question if it is used to decide by what means (and hence to what length) Congress pursued that purpose; to get the right answer to that question there is no substitute for the hard job (or in this case, the quite simple one) of reading the whole text. 'The Act must do everything necessary to achieve its broad purpose' is the slogan of the enthusiast, not the analytical tool of the arbiter".

125. A discussão relativa à história legislativa aparta na doutrina americana os chamados "intencionalistas" e "textualistas". Enquanto os primeiros buscam a "real intenção do Congresso", os segundos se contentam com a identificação da intenção extraível do texto. Por força de seu enfoque mais interessado na real intenção por detrás do texto da lei, os intencionalistas lançam mão de recursos normalmente refutados pelos textualistas. Assim, os intencionalistas entendem que o exame da história legislativa é fundamental para que se possa discernir a real intenção do Congresso. Muitas vezes chegam a ignorar o texto efetivamente promulgado, por ele não ter traduzido corretamente a regra que o Congresso quis passar. Os textualistas, contrariamente, acham que a real intenção do Congresso é irrelevante, e que a tarefa das Cortes é interpretar o texto promulgado da lei.

A discussão a propósito do método mais adequado de interpretação legislativa tem consequências práticas muito relevantes. Para os intencionalistas só haverá ambiguidade se a intenção do Parlamento não puder ser identificada mesmo após pesquisa da história legislativa. O intencionalismo predomina nas cortes americanas. Por essa razão, não é raro que se promovam pesquisas para determinar as razões que levaram à positivação de determinada norma. Um importante institucionalista na Suprema Corte é Stephen Breyer, professor de Direito Administrativo da Universidade Harvard (cf., a propósito, Stephen Breyer, "On the uses of legislative history in interpreting statutes", 65 *S. Cal. L. Rev.* 845 (1992), onde elenca cinco razões para recorrer à história legislativa). O Ministro Stevens, responsável pela relatoria do caso

a "resposta clara" da lei à questão trazida a juízo – caso em que não haveria ambiguidade legislativa, e, portanto, estaria afastado o controle judicial deferente. Não é claro, no entanto, *quais documentos legislativos* devem ser analisados ou quais devem prevalecer sobre os demais em caso de dúvidas ou contradições. Assim, diferentes análises da história legislativa levam frequentemente a resultados opostos.

Chevron, foi outro importante intencionalista. Em *Chevron* ele começa examinando a redação da lei em questão, mas também leva em consideração relatórios de comissões legislativas e discursos de parlamentares para chegar ao sentido da lei. A lei e a intenção legislativa só foram consideradas ambíguas após este recurso à história legislativa.

Entre os importantes textualistas estão os Ministros Scalia e Thomas, responsáveis por uma guinada textualista da Suprema Corte nos últimos anos (v., por exemplo: Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1998). O textualismo propugna a atenção exclusiva ao texto finalmente promulgado da lei, descartando o recurso a documentos outros, como relatórios das comissões parlamentares ou transcrições de discursos de parlamentares contemporâneos à discussão legislativa que levou à adoção do texto. Dai se preocuparem fundamentalmente com a análise do texto, da estrutura da lei, e o uso de dicionários, por exemplo. Há, de todo modo, diversos tipos de textualistas. Os textualistas pragmáticos, como Adrian Vermeule, professor da Universidade Harvard, acreditam que as Cortes não são institucionalmente adaptadas para interpretar a história legislativa (documentos não propriamente legislativos) – as agências o seriam um pouco mais. Já, os textualistas mais fundamentalistas acreditam que o recurso à história legislativa leva a problemas constitucionais. É que este recurso ofenderia o bicameralismo (já que as considerações dos relatórios parlamentares, por exemplo, não são votadas nas duas Câmeras), terminando por elevar a *status* legislativo documentos que não possuem esta natureza.

Uma questão adicional e interessante sobre o recurso à história legislativa é a seguinte: ainda que se adote a opção dos intencionalistas, deve-se usar o recurso à história legislativa sempre, ou só quando a interpretação exclusiva do texto legislativo for ambígua? Porque às vezes poderá parecer que o texto não é ambíguo, mas o recurso à história legislativa demonstrará que a clareza é apenas relativa.

No caso *Barnhart versus Sigmon Coal Co. Inc.*, 534 U.S. 438 (2002), em que se considerava a interpretação do *Coal Industry Retiree Health Benefit Act of 1992*, o Ministro Thomas, Relator da decisão da maioria, entendeu que o recurso à história legislativa era desnecessário, uma vez que o texto legislativo era claro. Curiosamente, no entanto, discursos de dois senadores davam a entender que a intenção legislativa era outra. O Ministro Thomas sustentou, então, que os discursos de dois senadores "cannot amend the clear and unambiguous language of a statute" (at. 456-457).

Em *Public Citizen versus Department of Justice*, 491 U.S. 440 (1989), a maioria citou alguns elementos da história legislativa que levavam a crer que o Congresso não pretendia o que a literalidade do texto sugeria. Os ministros do dissenso criticaram esta orientação, sustentando que a maioria estaria usando a análise da *legislative history* para "substitute their personal predilections for the will of Congress".

Considere-se o caso *Babbitt versus Sweet Home*, decidido pela Suprema Corte em 1995.¹²⁶ Discutia-se a interpretação de uma disposição do *Endangered Species Act* segundo a qual seria ilegal “pegar” (no Inglês, *take*) espécies animais ameaçadas de extinção. A própria lei definia “pegar” como “fustigar, fazer mal, perseguir, caçar, atirar, ferir, matar, pegar em armadilha, capturar, coletar” (*harass, harm, pursue, hunt, shoot, wound, kill, trap, capture, collect*). O Secretário do Interior foi além, incluindo na definição de “fazer mal” (*harm*) as ações de “modificação ou degradação importante do habitat, as quais de fato matam ou danificam a vida selvagem” (*significant habitat modification or degradation where it actually kills or injures wildlife*). Esta interpretação foi questionada judicialmente por pessoas e entidades dependentes da indústria de produtos florestais. O argumento era o de que o Congresso não pretendia incluir a “modificação do habitat” no conceito de “pegar”.

Ao final de sua longa análise, a Suprema Corte decidiu manter a interpretação do Secretário do Interior, julgada permissível diante da ambiguidade legislativa. Um dos mecanismos utilizados para identificar esta ambiguidade geradora da deferência judicial foi a história legislativa. Claramente, no entanto, a Suprema Corte operou uma cuidadosa seleção dos elementos da história legislativa a que atribuiu relevância. Assim, usou uma declaração genérica de um relatório do Senado em que se afirmava que o Congresso pretendia que o termo “pegar” incluísse todas as ações deliberadas que fossem prejudiciais aos animais em extinção. Por outro lado, ignorou um outro elemento que parecia mais claro em sentido da tese contrária: a versão final da lei eliminara um trecho da versão preliminar que continha entre as definições de “pegar” “a destruição, modificação ou redução do habitat” de peixes e animais selvagens.¹²⁷

126. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687 (1995).

127. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 705 (1995): “The definition of ‘take’ that originally appeared in S. 1983 differed from the definition as ultimately enacted in one other significant respect: it included ‘the destruction, modification, or curtailment of [the] habitat or range’ of fish and wildlife. (...) Respondents make much of the fact that the Commerce Committee removed this phrase from the ‘take’ definition before S. 1983 went to the floor. (...) We do not find that fact especially significant. The legislative materials contain no indication why the habitat protection provision was deleted”. Em dissensão, o Ministro Antonin Scalia criticou duramente este *cream skimming* operado pela Suprema Corte nos elementos da história legislativa: “Second, the Court maintains that the legislative history of the 1973 Act supports the Secretary’s definition. (...) Even if legislative history were a legitimate and reliable tool of interpretation (which I shall assume in order to rebut the Court’s claim); and even if it

O exemplo mostra como a análise da história legislativa é manipulável, pelo quê leva a resultados incertos e frustra o objetivo de redução da autonomia dos tribunais e controle da sua atividade.

2.1.2.2.2 *Os cânones de interpretação: multiplicidade e indeterminação*: No mesmo sentido pode-se fazer referência aos chamados “cânones de interpretação” (*canons of construction*). Trata-se de regras de interpretação que funcionam como guias do sentido das disposições legislativas. Os cânones de interpretação são usados naturalmente para identificar o que é “realmente ambíguo”. Sua utilização é inevitável – qualquer interpretação de qualquer texto requer pressuposições mínimas.¹²⁸ E os cânones são, precisamente, elaborações mais ou menos profundas destas pressuposições. Não há, afinal, ambiguidade em abstrato, mas num contexto jurídico e social. Este contexto pode afastar algumas interpretações e levar a “um único significado possível” – o qual, por isto mesmo, não seria ambíguo.¹²⁹

could appropriately be resorted to when the enacted text is as clear as this. (...) here it shows quite the opposite of what the Court says. I shall not pause to discuss the Court's reliance on such statements in the Committee Reports as “[t]ake' is defined (...) in the broadest possible manner to include every conceivable way in which a person can 'take' or attempt to 'take' any fish or wildlife”. (...). This sort of empty flourish – to the effect that ‘this statute means what it means all the way’ – counts for little even when enacted into the law itself. (...). Much of the Court's discussion of legislative history is devoted to two items: first, the Senate floor manager's introduction of an amendment that added the word ‘harm’ to the definition of ‘take’, with the observation that (along with other amendments) it would ‘help to achieve the purposes of the bill’; second, the relevant Committee's removal from the definition of a provision stating that ‘take’ includes ‘the destruction, modification or curtailment of [the] habitat or range’ of fish and wildlife. (...). The Court inflates the first and belittles the second, even though the second is on its face far more pertinent. But this elaborate inference from various pre-enactment actions and inactions is quite unnecessary, since we have direct evidence of what those who brought the legislation to the floor thought it meant – evidence as solid as any ever to be found in legislative history, but which the Court banishes to a footnote. (...). Both the Senate and House floor managers of the bill explained it in terms which leave no doubt that the problem of habitat destruction on private lands was to be solved principally by the land acquisition program of 1534, while 1538 solved a different problem altogether – the problem of takings” (*Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 726 (1995)).

128. Cass R. Sunstein, “Beyond the republican revival”, 97 *Yale L. J.* 1539 (1987-1988).

129. Naturalmente, aqui também surge a questão sobre se pode ocorrer o inverso: disposições aparentemente claras tornarem-se ambíguas quando lidas em atenção a cânones interpretativos. A este propósito, considere-se o caso *Public Citizen versus Young*, 831 F2d 1108 (DC Cir. 1987). Nele a Corte do DC Circuit teve que enfrentar

O fato é que não existe um rol definido e preciso dos cânones a serem usados. A consequência deste fato é que é possível aos tribunais atingir virtualmente qualquer resultado a partir do seu uso.¹³⁰ Adicione-se que, mesmo quando se toma um cânnon específico, o resultado de sua aplicação sobre determinado caso pode ser controverso. Para ilustrar esta afirmação, volte-se ao caso *Babbitt versus Sweet Home*, citado acima. Cuidava-se do verbo “pegar” (*to take*), contido em legislação de proteção a espécies animais em extinção. A própria lei definia “pegar” mediante 10 outros termos: “fustigar, fazer mal, perseguir, caçar, atirar, ferir, matar, pegar em armadilha, capturar, coletar” (*harass, harm, pursue, hunt, shoot, wound, kill, trap, capture, collect*). O Secretário do Interior definiu um deles, “fazer mal” (*to harm*), como uma ação que incluiria “modificação ou degradação importante do habitat, as quais de fato matam ou danificam a vida selvagem”.

A Suprema Corte valeu-se do cânnon *noscitur a sociis* para embasar seu posicionamento de permissibilidade da interpretação administrativa. Este cânnon determina que um termo tira seu sentido a partir da análise das palavras que o acompanham. Ou seja: corresponde a um mandamento de atenção ao “contexto legislativo”, ou contexto do termo na redação da lei. Eis o raciocínio da Suprema Corte a partir deste cânnon: a menos que o termo *harm* incluísse ações indiretas assim como diretas, o termo teria qualquer significado específico que não estivesse já referido através das palavras vizinhas da lei. Ou seja: ou se entende que *harm* deve incluir ações indiretas, ou não havia razão para ter incluído este termo, já que ele apenas duplicaria o sentido das demais palavras. Como o legislador não usa pala-

questão sobre interpretação de uma cláusula relativa ao uso de colorantes (“Delaney Clause”). A questão principal era se a FDA poderia aplicar uma “exceção de *minimis*” para esta disposição legislativa, deixando de vetar colorantes quando o risco de câncer por eles causado fosse mínimo ou trivial. O cânnon aqui seria o *de minimis non curat lex* (“a lei não cuida de miudezas”), voltado a promover a racionalidade no Direito e evitar regulações custosas quando o risco a ser evitado é mínimo. A disposição legislativa, no entanto, era clara, e impedia o uso de qualquer colorante. Por esta razão, a Corte rejeitou a interpretação da Agência, negando-lhe a possibilidade de aplicação de uma exceção *de minimis*. Sobre o tema, v.: Cass R. Sunstein, “Beyond the republican revival”, cit., 97 *Iale L. J.* 1539.

130. Neste sentido, Karl N. Llewellyn afirmava, em influente estudo, que os cânones de interpretação são mutuamente contraditórios, e, portanto, de pouco valor para guiar a decisão judicial (“Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed”, 3 *Yale L. Rev.* 395, 401-406 (1950)). Para uma visão mais recente e mais otimista, cf. William N. Eskridge, Jr., “Public values in statutory interpretation”, 137 *U. Pa. L. Rev.* 1007 (1989); o Geoffrey P. Miller, “Pragmatics and the maxims of interpretation”, 1990 *Wix. L. Rev.* 1139.

bras vãs – máxima que é uma derivação do cânon *nosctur a sociis* –, seria preciso entender que estão incluídas também ações indiretas, entre as quais a modificação do habitat.¹³¹

Em dissenso, o Ministro Antonin Scalia questiona a própria procedência desta máxima, observando que longas listas legislativas *frequentemente* veiculam sobreposição de conceitos. Além disso, afirma que, no caso concreto, sua aplicação prova demais, na medida em que seguiria havendo justaposição entre dois outros termos (*trap e capture*).¹³² Scalia oferece, então, duas formas alternativas de utilizar no caso o cânon *nosctur a sociis*.¹³³ De acordo com a primeira, as demais nove definições de “pegar” (*take*) que a lei traz cabem perfeitamente no sentido ordinário da palavra – apenas a definição sugerida pela maioria (no sentido de incluir ações indiretas) não cabe.¹³⁴ De acordo com a segunda alternativa, as nove outras definições legislativas de “pegar” correspondem a condutas *afirmativa e intencionalmente dirigidas* contra um animal. Assim, também *harm* teria que ser interpretado nestes sentidos; dentro dos limites ordinários da palavra “pegar” e correspondendo a uma conduta intencionalmente dirigida contra um animal – não é este o caso em toda modificação danosa do habitat.¹³⁵

131. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 702 (1995); “Moreover, unless the statutory term ‘harm’ encompasses indirect as well as direct injuries, the word has no meaning that does not duplicate the meaning of other words that 3 uses to define ‘take’. A reluctance to treat statutory terms as surplusage supports the reasonableness of the Secretary’s interpretation. (...) The statutory context of ‘harm’ suggests that Congress meant that term to serve a particular function in the ESA, consistent with but distinct from the functions of the other verbs used to define ‘take’. The Secretary’s interpretation of ‘harm’ to include indirectly injuring endangered animals through habitat modification permissibly interprets ‘harm’ to have ‘a character of its own not to be submerged by its association’”.

132. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 721 (1995).

133. Adicione-se que a Corte de Apelação já havia extraído um outro (quarto) raciocínio para o caso a partir do mesmo cânon. Entendera que todos os demais nove termos que acompanham *harm* incluíam o uso de força, pelo que também *harm* deveria ser entendido neste sentido. Como a modificação do habitat não implica necessariamente o uso de força, esta ação não se incluiria no sentido de *harm* pretendido pelo Congresso – e, portanto, a interpretação do Secretário do Interior seria inválida.

134. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 719 (1995).

135. *Babbitt versus Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon*, 515 U.S. 687, 719-720 (1995); “The Court points out that several of the words (‘harass’, ‘pursue’, ‘wound’, and ‘kill’) ‘refer to actions or effects that do not require direct applications of force’. Ante, at, 13 (emphasis added). That is true enough, but

O provocativo dissenso do Ministro Antonin Scalia demonstra como, mesmo partindo de um cânon de interpretação específico, há espaço de sobra para os tribunais imporem o resultado que lhes interessa.

2.1.2.2.2.3 Reflexões sobre o caso americano: Em resumo, a aplicação prática do primeiro passo do teste de *Chevron* extrapola em muito a mera "identificação de ambiguidades legislativas". Ao empregarem (e exaurirem) os métodos de interpretação legislativa, os tribunais têm a possibilidade de esvaír-se dos grilhões que o teste parecia impor à sua autonomia. Este uso extensivo (e excessivo) dos métodos de interpretação legislativa foi iniciado na decisão da Suprema Corte no caso *Cardoza-Fonseca*, em 1987, três anos após *Chevron*.¹³⁶ Entre outros procedimentos, ali se fez uso de cânones de interpretação ("expressões diferentes não podem ser interpretadas igualmente") e se promoveu uma longa análise da história legislativa.¹³⁷ Em voto concordante, mas crítico, o Ministro Antonin Scalia sustentou que a exaustão dos métodos de interpretação no Passo 1 de *Chevron* não é uma forma de interpretação deste teste, mas uma forma de promover a sua "evisceração".¹³⁸ Para Scalia o procedimento extrapola seriamente o objetivo original do Passo 1 de *Chevron*.

force is not the point. Even 'taking' activities in the narrowest sense, activities traditionally engaged in by hunters and trappers, do not all consist of direct applications of force; pursuit and harassment are part of the business of 'taking' the prey even before it has been touched. What the nine other words in 1532(19) have in common – and share with the narrower meaning of 'harm' described above, but not with the Secretary's ruthless dilation of the word – is the sense of affirmative conduct intentionally directed against a particular animal or animals".

136. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987). Eis os fatos mais relevantes deste caso: até 1980 um estrangeiro poderia pedir para ter seu processo de deportação interrompido nos Estados Unidos apenas quando fosse *more likely than not that the alien would be subject to persecution* no seu País de origem. Em 1980 a legislação foi reformada, autorizando o pedido de asilo no caso em que o estrangeiro tivesse um *well founded fear of persecution*. O INS interpretou a segunda locução como tendo o mesmo significado da primeira, e esta interpretação foi contestada judicialmente.

137. Tão inesperada foi a extensa análise promovida pela Suprema Corte, que inúmeros autores chegaram a supor que a decisão de *Cardoza-Fonseca* significaria a inaplicabilidade do teste de *Chevron* para questões puras de Direito. Hoje em dia a compreensão prevalente é diversa, no sentido de que o caso foi decidido com base no Passo 1 do teste de *Chevron*.

138. *INS versus Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 454 (1987): "The Court first implies that courts may substitute their interpretation of a statute for that of an agency whenever, 'employing traditional tools of statutory construction', they are able to reach a conclusion as to the proper interpretation of the statute. Ante, at. 446. But

Naturalmente, os riscos à integridade da doutrina *Chevron* em função deste compreensão que os tribunais vêm adotando para o Passo 1 de *Chevron* não escapam à doutrina americana. Richard Pierce observa que, se for permitido aos tribunais utilizar qualquer combinação dos métodos de interpretação, poucos casos serão examinados no Passo 2 de *Chevron*. Afinal, os métodos de interpretação foram criados precisamente para resolver questões interpretativas, e não para identificar ambiguidades.¹³⁹ Para Pierce, "é a própria indeterminação dos 'métodos tradicionais' que dá aos juízes a discricionariedade para tomar decisões sobre políticas públicas através do processo de interpretação legislativa. O propósito do teste de *Chevron* é colocar as decisões relativas a políticas públicas nas mãos das agências, politicamente responsáveis, para as quais o Congresso delegou este poder, e não [colocá-las] nas mãos de juízes politicamente irresponsáveis".¹⁴⁰

Em um conhecido artigo o Professor Adrian Vermeule sustenta que todos os métodos tradicionais de interpretação legislativa são imperfeitos,

this approach would make deference a doctrine of desperation, authorizing courts to defer only if they would otherwise be unable to construe the enactment at issue. This is not an interpretation but an evisceration of *Chevron*". Scalia discordou apenas da fundamentação da decisão. Ele concorda que o *plain meaning* das duas disposições diferentes e a estrutura da lei claramente demonstram que elas não podem ser interpretadas de forma semelhante. Scalia é contrário principalmente à investigação exaustiva da história legislativa promovida pela Corte. Ele afirma que o problema com esta análise excessiva não é apenas que ela é "gratuita" ou desnecessária, tendo em vista que a redação legislativa era, já em si, claríssima. O problema principal para ele é que a Corte poderia estar passando a mensagem de que esta análise longa e exaustiva seria sempre necessária ou apropriada, ainda quando a redação fosse clara (cf. *INS versus Cardona-Fonseca*, 480 U.S. 421, 453 (1987)).

139. Richard Pierce, *Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., p. 239: "The 'traditional tools' are necessarily designed to allow a court to adopt a construction of a statute no matter how ambiguous the statute might be".

140. Richard Pierce, *Administrative Law Treatise*, cit., 5ª ed., pp. 228 e 237: "There is no single set of 'traditional tools of statutory construction'. Rather, there are many such tools. As a result, judges can support widely differing constructions by applying different tools or even by applying the same tools in different ways (...). If reviewing courts are free to use any combination of the 'traditional tools of statutory construction' they choose in the process of applying *Chevron* Step One, few if any cases will reach *Chevron* Step Two. It is the very indeterminacy of the 'traditional tools' that gives judges the discretion to make policy decisions through the process of statutory construction. The purpose of the *Chevron* test is to place policy-making in the hands of the politically accountable agencies to which Congress has delegated that Power, rather in the hands of politically unaccountable judges. The Court should restate Step One of *Chevron* in simple, commonsense terms".

indeterminados e provavelmente levarão a resultados imprecisos.¹⁴¹ Além disso, a utilização de todos eles exige um esforço enorme dos tribunais, sendo este esforço muitas vezes superior aos benefícios dele advindos no que concerne à determinação da "resposta correta" para a questão interpretativa. A partir destas premissas, a sugestão de Vermeule é a de promover um processo interpretativo simplificado, com a utilização de métodos, poucos e simples. Até porque o trabalho da corte no primeiro passo de *Chevron* não é resolver as ambiguidades da legislação, mas apenas identificá-las.

O fato é que a multiplicidade de mecanismos utilizados pela jurisprudência americana no Passo 1 de *Chevron* leva à manutenção da imprevisibilidade e da subjetividade na determinação da intensidade do controle que será aplicada.



Estas notícias dos casos americano e canadense permitem diversas reflexões importantes no que concerne à relação entre a utilização de categorias formais e o controle da autonomia dos tribunais. A primeira observação é a de que estes relatos jurisprudenciais parecem desautorizar a tese examinada nesta parte do capítulo, de que o uso de categorias formais permitiria maior controle da autonomia judicial e, portanto, seria apto a consagrar a legitimidade das decisões dos tribunais a propósito da intensidade do controle judicial. Teoricamente coerente e interessante, esta tese parece não se sustentar na prática. Tanto nos Estados Unidos como no Canadá os tribunais se esvaíram dos limites teóricos ou originais das estruturas simplificadoras, nelas inserindo operações que terrainavam por deturpar ou ampliar significativamente a extensão dos seus poderes.

Note-se, ainda, que a prática demonstra que a ação judicial tem ultrapassado até mesmo o efeito inibitório causado pelos *limites nominais* das teorias a serem aplicadas. Com efeito, a extensão que os tribunais realizaram de seus próprios poderes não significara apenas a desconSIDERAÇÃO das feições originais das teorias relevantes, mantendo-se nos vagos limites do que se poderia considerar *ambíguo* ou *questão jurisdiccional*. As questões às quais se aplicou controle não deferente dificilmente poderiam ser consideradas *ambíguas* ou *jurisdicionais*, ainda que se desconSIDERASSEM os lindes históricos das teorias e se atentasse apenas para o significado comum destas duas expressões. Em resumo: nem os limites históricos nem os limites nominais (literais) parecem inibir a ação judicial.

141. Adrian Vermeule, "Interpretive choice", 75 *N. Y. U. L. Rev.* 74 (2000).

No mais, o fato de que a deturpação ou expansão da teoria tenha se dado sempre em direção a um controle judicial mais amplo — na direção, portanto, da ampliação dos poderes jurisdicionais — sugere a correção da tese proposta pela Escola de *Public Choice* citada na "Introdução" deste capítulo. Dada a um agente público ou a uma instituição pública a função de estabelecer os limites de seus próprios poderes, eles tenderão a ampliá-los. Tanto nos Estados como no Canadá a jurisprudência evoluiu em direção à ampliação da intensidade do controle, para além das feições teóricas originais.

Parece ineficiente, portanto, a utilização do mecanismo das categorias formais como instrumento de legitimação das decisões relativas à intensidade do controle judicial.¹⁴²

2.2 *A legitimação através da estruturação da motivação dos tribunais*

Desfeita a ilusão do aprisionamento dos tribunais em estruturas simples, há uma alternativa alvissareira para legitimar sua escolha relativa à intensidade do controle que exerce sobre a administração. Trata-se de investir no reforço do dever de motivação, e principalmente na *estruturação do iter argumentativo* que deve ser seguido pelos tribunais para justificar sua escolha. Diferentemente do que ocorre na alternativa de legitimação, que envolve o uso de categorias formais, na hipótese doravante estudada podem os tribunais considerar *diretamente* os aspectos substanciais das decisões administrativas controladas. Ao invés de atuar por meio de categorias formais, cabe-lhes acessar as características do caso concreto. O mecanismo legitimador consiste não mais no afastamento dos tribunais da complexidade do caso concreto, mas na estruturação de sua argumentação correspondente.

Mecanismo legitimador semelhante tem sido empregado por tribunais de várias jurisdições no momento da aplicação do chamado "princípio da proporcionalidade". Sob influência da jurisprudência alemã, a aplicação deste princípio frequentemente vem articulada em três fases. Para que uma medida pública que limita direitos fundamentais seja considerada proporcional, ela teria que ser (i) adequada, (ii) necessária e (iii) proporcional em

142. Keith Werhan chega a ir na direção contrária, para sugerir que, ao invés de enquadrar os tribunais, as teorias formalistas facilitam a manipulação ("The neoclassical revival in administrative law", 44 *Admin. L. Rev.* 567, 572-573). Esta parece ser a opinião também de David Dyzenhaus ("The politics of deference: judicial review and democracy", cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 298).

sentido estrito.¹⁴³ Este estrutura trifásica visa a conferir maior consistência e objetividade a este princípio jurídico de conteúdo relativamente ambíguo. Por sua força, os tribunais são levados a referir-se a cada uma destas fases e aos questionamentos a elas relativos – do que resultam a aplicação mais racional do princípio e a redução das possibilidades de arbítrio judicial. A partir do estabelecimento desta estruturação argumentativa trifásica, não se considera mais adequadamente motivada a decisão judicial que anular uma medida pública por “desproporcionalidade” sem passar por este *iter* argumentativo preestabelecido.

No caso da decisão judicial a propósito da intensidade do controle aplicado sobre a ação administrativa, as duas formas principais por meio das quais ela poderia ser estruturada são a previsão dos fatores relativos ao caso concreto que devem ser sopesados (item 2.2.1) e a previsão de regras relativas à sua interação (item 2.2.2). Lamentavelmente, as jurisdições estudadas para a elaboração deste trabalho raras e limitadamente têm recorrido a estas estratégias de legitimação.

2.2.1 *A raridade da estruturação argumentativa polifásica no teste contextualizado*

As jurisdições que atribuem aos tribunais o poder de escolher a intensidade do controle judicial mediante ponderação *direta* dos aspectos

143. A *adequação* é um juízo a respeito da conformidade dos meios escolhidos para o fim desejado. Em outras palavras: a medida é adequada quando possui aptidão para a prossecução dos fins nela invocados. A *inadequação* é característica dos meios que não produzem ou fermentam o resultado esperado nem contribuem para sua realização. Em sua acepção “necessidade”, o dever de proporcionalidade importa que, dentre os meios semelhante-mente adequados para a consecução da finalidade pretendida, o Poder Público deverá escolher aquele que imponha *menor violação de direitos e princípios fundamentais*. A *necessidade* é a propriedade da restrição que indica ter sido ela imposta na exata medida daquilo que era exigido para a produção do resultado esperado. Uma medida desnecessária é uma medida que violou mais profundamente os direitos de terceiros do que seria exigível para a realização do fim visado. O último dos exames inerentes à verificação da proporcionalidade de uma medida estatal diz respeito à sua *proporcionalidade em sentido estrito*. Com esta exigência se pretende que as vantagens sociais decorrentes do ato devem superar as desvantagens dele decorrentes. Sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito contrapõem-se a relevância do fim visado com a medida e a intensidade da restrição que ela provoca. Assim, uma medida pode estar apta a realizar os fins desejados com a menor violação de direitos possível mas ser, ainda assim, inconstitucional, porque a restrição de direitos por ela operada supera em relevância o resultado a ser obtido. Sobre o tema o autor já se pronunciou mais profundamente em trabalho anterior (Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições Regulatórias à Concorrência*, Belo Horizonte, Fórum, 2009).

da decisão administrativa controlada (e não através de categorias formais) devem enfrentar um dilema posterior relativo à estrutura desta decisão. Os fatores ponderados pelos tribunais são fixos e preestabelecidos, ou livres e variáveis? Há um *iter* a ser obrigatoriamente seguido pelos tribunais, ou estão eles livres para recorrer aos fatores que julgarem mais relevantes no caso concreto?

Ao menos em teoria, a opção por fatores variáveis tem alguns benefícios relativos à redução do custo e da complexidade do procedimento de determinação da intensidade do controle judicial. De um lado, evita-se que os tribunais precisem promover exames desnecessários (sem relevância para o caso concreto) ou repetitivos. De outro lado, poupa os tribunais de análises longas e complexas para a mera determinação da intensidade do controle a ser aplicado, as quais chegam por vezes a consumir mais esforços do que o próprio controle em si.

As razões pró-fatores fixos, no entanto, parecem ser ainda mais convincentes. Além disso, elas são particularmente relevantes no contexto das preocupações com a legitimidade da decisão relativa à intensidade do controle judicial. Em primeiro lugar, a previsão de um *iter* constante a ser seguido pelos tribunais permite seu maior e mais efetivo controle. O uso de fatores fixos e imutáveis garante de fato uma maior transparência no procedimento de determinação da intensidade do controle judicial. Os juízes são levados a se reportar a cada uma das questões que, previamente, foram julgadas relevantes para a identificação do controle sob medida. Neste sentido, é-lhes bastante mais difícil manipular o resultado desta incumbência – não poderão fazer referências apenas aos fatores que apontem a conveniência de um controle forte ou fraco, a favor de suas próprias convicções pessoais.¹⁴⁴ A redução da liberdade dos juízes através da fixação de fatores se traduz em aumento da imparcialidade e da transparência das determinações judiciais.

Ao mesmo passo, a previsão de fatores fixos garante a maior eficiência do procedimento de contextualização da decisão administrativa controlada. A obediência dos juízes ao *iter* previamente estabelecido implica que eles enfrentarão as *questões consideradas apropriadas* para

144. Jeff A. King observa que a adoção dos testes contextualizados implica maior liberdade para os magistrados, que sopesarão diretamente as circunstâncias do caso concreto ("Institutional approaches to judicial restraint", 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 438). Neste contexto, a estruturação do *iter* a ser por eles seguido reduz os riscos de manipulação das variáveis a serem ponderadas.

a identificação da intensidade adequada do controle.¹⁴⁵ Neste sentido, a previsão dos passos fixos é um mecanismo institucional de canalização das discussões relevantes. Por isto mesmo, não é totalmente problemático que alguns passos do teste fixo se sobreponham ou levem os juizes a considerações semelhantes. É que, de um lado, uma mesma análise pode ser feita por diferentes ângulos (caso, por exemplo, da expertise e do propósito da autoridade no teste pragmático e funcional). De outro, o essencial é que as questões sejam enfrentadas.

Na prática das jurisdições estudadas, contudo, a opção prevalecente tem sido a de deixar os tribunais livres de esquemas argumentativos preestabelecidos (item 2.2.1.2).¹⁴⁶ Com efeito, a opção de estabelecer fatores fixos aos quais os tribunais devem se reportar ocorreu apenas no Canadá, e por um período relativamente curto, entre 1998 e 2008 (item 2.2.1.1).

2.2.1.1 A opção temporária canadense pelos fatores fixos

Nos anos seguintes ao abandono do formalismo da teoria da questão preliminar, no caso *CUPE*, em 1979, os tribunais canadenses aplicavam um teste contextualizado, mas ainda não bem sistematizado e sem fatores fixos. A própria Suprema Corte ainda era vacilante. O caso *Bibeault*,¹⁴⁷ julgado em 1988, é extremamente relevante, por ser o primeiro a fazer referência ao enfoque pragmático e funcional, de cunho contextual, que deveria ser adotado pelas cortes para identificar o modelo de controle judicial sobre as decisões das agências administrativas. O enfoque pragmático e funcional é já enunciado em todos os seus passos, mas ainda de forma descompromissada: não há uma aplicação passo a passo. A Suprema Corte afirma que a “análise formalista” que caracteriza a teoria da questão preliminar ou colateral deve ser substituída por uma análise que envolve a determinação da competência da agência. Para fazer isso – explica a Corte –, deve-se examinar não apenas a redação dos textos normativos, mas também (i) o propósito da legislação que cria a agência, (ii) a razão de sua existência, (iii) a área de expertise dos seus membros e (iv) a natureza da questão por

145. William R. Andersen, “Against Chevron – A modest proposal”, cit., 56 *Admin. L. Rev.* 957, 971.

146. Para um argumento de que o estabelecimento de passos fixos pode comprometer o contextualismo e o realismo do procedimento de definição da intensidade do controle judicial, v.: Trevor R. S. Allan, “Human rights and judicial review: a critique of ‘due deference’” (2006), 65 *Cambridge Law Journal* 671-695.

147. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048. Sobre os fatos deste caso, v. o item 1.2.1.1.1 do Capítulo I da Primeira Parte.

ela decidida.¹⁴⁸ A Suprema Corte ainda explicita as vantagens deste enfoque pragmático e funcional.¹⁴⁹

A aplicação não sistematizada do teste contextualizado prosseguiu em casos posteriores. Em dissenso ao caso *Mossop*, em 1993, a Ministra L'Heureux-Dubé aplica um enfoque contextual, inspirado no teste pragmático e funcional sugerido pelo Ministro Beetz no caso *Bibeault*. Os passos deste teste, a esta altura da jurisprudência, ainda não estão totalmente consolidados. Ela sugere os seguintes: (i) o exame da legislação; (ii) as características da autoridade administrativa; e (iii) a natureza do problema sob escrutínio – embora admita que a lista não é exaustiva.¹⁵⁰ Do mesmo modo, em *Pezim* (1994) a Corte faz referência ao “enfoque pragmático e funcional” referido em *Bibeault*, mas não há uma aplicação passo a passo dos fatores ali expostos. Para chegar ao modelo de controle apropriado a Corte examina quatro fatores um pouco distintos daqueles enunciados anteriormente: (i) a natureza da lei relevante; (ii) os princípios do controle judicial; (iii) o papel da autoridade administrativa; (iv) a específica questão de direito.

148. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 121-122: “However, by limiting the concept of the preliminary or collateral question and by introducing the doctrine of the patently unreasonable interpretation, this Court has signalled the development of a new approach to determining jurisdictional questions. The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. (...). At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal”.

149. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 123-126: “This development seems to me to offer three advantages. First, it focuses the Court's inquiry directly on the intent of the legislator rather than on interpretation of an isolated provision. (...) Second, a pragmatic or functional analysis is better suited to the concept of jurisdiction and the consequences that flow from a grant of powers. (...) The third and perhaps the most important of the reasons why a pragmatic or functional analysis seems more advantageous is that it puts renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts. When an administrative tribunal exceeds its jurisdiction, the illegality of its act is as serious as if it had acted in bad faith or ignored the rules of natural justice. The role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection (...). Yet, the importance of judicial review implies that it should not be exercised unnecessarily, lest this extraordinary remedy lose its meaning”.

150. *Mossop versus Canada (Attorney-General)*, [1993] 1 SCR 554, para. 81-84.

Southam (1997) foi a primeira decisão em que a Suprema Corte aplicou de forma realmente sistemática o enfoque pragmático e funcional. Assim, examinou separadamente os seguintes fatores: (i) a existência de um direito a recurso; (ii) a natureza da questão sob exame; (iii) o propósito da legislação relevante; (iv) a expertise da autoridade administrativa.¹⁵¹ Entretanto, apenas um ano depois, no caso *Pushpanathan*, o teste sistematizado passa a ser visto como necessariamente aplicável pelos tribunais.¹⁵² Ali foram confirmados e explicados os quatro passos clássicos do teste, seguidos de forma consistente nos anos seguintes: (i) a presença de disposições específicas relativas à disponibilidade do controle na legislação relativa à autoridade sob controle; (ii) o propósito da legislação e da disposição legislativa específica; (iii) a expertise específica da autoridade administrativa em relação à questão sob controle, comparada com a expertise da corte controladora; (iv) a natureza da questão decidida pela autoridade administrativa.¹⁵³ A tarefa dos tribunais consistia em proceder ao exame destes quatro fatores, um a um, sopesá-los autonomamente e identificar, com base neles, o modelo de controle judicial aplicável.

2.2.1.2 A opção majoritária pelos fatores variáveis

É bastante rara, no entanto, esta opção por uma estrutura fixa, que exige dos tribunais que passem por passos preestabelecidos até chegar a uma decisão relativa à intensidade do controle judicial. Mesmo no Canadá sua adoção durou apenas uma década (entre 1998 e 2008). No caso *Dunsmuir* ela foi abandonada pela Suprema Corte sob o argumento de que causava complexidade e custos desnecessários (item 2.2.1.2.1). A reforma aproxima o Direito Canadense dos modelos aplicados nos Estados Unidos e na França. A diferença entre estas duas últimas jurisdições está em que, enquanto os Estados Unidos adotaram o teste polifásico livre apenas no período pré-*Chevron* e pós-*Mead* (item 2.2.1.2.2), na França a liberdade de ponderação

151. Em *Southam* já há declarações importantes sobre: (i) a expertise ser o fator mais relevante; (ii) a existência de um direito de recurso como fator superável; (iii) o critério de precedência para identificar uma questão de direito; (iv) a confusão entre os passos de expertise e propósito da legislação; (v) a análise da composição do tribunal como reveladora da expertise; (vi) a necessidade de autocontenção, para não ceder às tentações de controlar decisão razoável, embora questionavelmente correta; (vii) o balanceamento de fatores é tarefa que cabe à autoridade.

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

153. O conteúdo de cada um destes passos foi especificado no item 2.5.1.1 do capítulo anterior.

dos aspectos relevantes do caso concreto é uma opção historicamente consistente (item 2.2.1.2.3).

2.2.1.2.1 O abandono dos fatores fixos no Canadá – No julgamento do caso *Dunsmuir*, em 2008, a Suprema Corte canadense promoveu importante reforma do sistema de controle judicial da administração pública. Ao que mais interessa nesta parte do capítulo, é preciso sinalizar que os passos do novo teste contextualizado não são mais fixos. Com efeito, a Suprema Corte admitiu que alguns deles podem ser determinantes, dispensando a ponderação com os demais. A afirmação não é muito desenvolvida ou explicada, mas uma passagem sugere que este seria o caso de questões de fato ou decisões envolvendo discricionariedade ou política pública, que determinariam a aplicação de um modelo de controle de razoabilidade.¹⁵⁴ Para outras questões, mais jurídicas e genéricas, também parece ser sugerido que há uma aplicação automática, mas do modelo de correção. Assim se passa com: (i) questões jurídicas “gerais”; (ii) questões jurídicas “importantes para o sistema jurídico como um todo” e que constituam o núcleo da administração da Justiça (como a coisa julgada); (iii) questões jurídicas fora da área de expertise da autoridade; (iv) questões relativas a conflito de competência entre autoridades administrativas.¹⁵⁵

Em *Khosa*, caso que consolidou e desenvolveu a reforma promovida por *Dunsmuir*, a Suprema Corte foi explícita na desnecessidade de considerar todos os fatores do teste contextual, embora ainda não tenha dado grandes indicações sobre quais deles deveriam ser tidos como prevaletentes.¹⁵⁶ Afirmou a Corte que “nem todos os fatores serão relevantes para todos os casos. Um enfoque contextualizado é exigido. Os fatores não precisam ser tomados como um item de uma *checklist* de critérios que precisam ser individualmente analisados, categorizados e balanceados em cada caso para determinar se a deferência judicial é apropriada ou não. O que se exige é uma avaliação geral”.¹⁵⁷

2.2.1.2.2 EUA: a inexistência de fatores fixos nos testes pré-Chevron e pós-Mead – A inexistência de fatores fixos é a marca de todos os procedimentos contextualizados já usados na jurisprudência americana para a definição da intensidade do controle judicial.

154. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 53.

155. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 60-61.

156. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339.

157. *Canada (Citizenship and Immigration) versus Khosa*, [2009] 1 SCR 339, para. 54.

A primeira referência pode ser a *Skidmore*,¹⁵⁸ caso da década de 1940, em que a Suprema Corte determinou que os tribunais devem levar em consideração a interpretação da administração sobre a legislação que lhe é pertinente, adotando-a “na medida de sua persuasão”.¹⁵⁹ Com o passar dos anos a Suprema Corte fez inúmeras referências à tal doutrina *Skidmore*, sempre destacando fatores que deveriam ser levados em consideração para “medir a persuasão” da interpretação adotada pela autoridade administrativa. Entre estes fatores podem ser citados os seguintes:¹⁶⁰ (i) a consistência com posicionamentos anteriores – maior deferência judicial é devida no caso de interpretações de longa duração;¹⁶¹ (ii) a contemporaneidade da interpretação – dá-se mais peso a interpretações adotadas contemporaneamente à promulgação da lei do que àquelas adotadas posteriormente;¹⁶² (iii) aprovação implícita do Congresso por inércia – presume-se que o Congresso conheça a interpretação das agências e que a derrube por via de reforma legislativa, quando com ela discordar;¹⁶³ (iv) a expertise da agência – as interpretações em áreas mais técnicas ou complexas merecem maior deferência, enquanto interpretações de agências que estejam fulcradas exclusivamente em materiais de interpretação jurídica (texto legislativo, história legislativa, precedente judicial) autorizam maior intervenção judicial;¹⁶⁴ (v) formalidade procedimental e deliberação – quanto mais formal e cheia de cuidados procedimentais e mais aberta à participação tenha sido a decisão

158. *Skidmore versus Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

159. Sobre a deferência *Skidmore*, v. o item 1.5.2.2.3 do capítulo anterior.

160. Segue-se aqui a sistematização de John F. Duffy e Michael Herz (eds.), *A Guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago, ABA Publishing, 2005, Capítulo 5.

161. A Suprema Corte deferiu em *Barhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 220 (2002), e *EEOC versus Associated Dry Goods Corp.*, 449 U.S. 590, 600 n. 17 (1981) para interpretações longevas da administração, mas recusou como não persuasiva uma interpretação que contrastava com posicionamento anterior da agência em *Gen. Elec. Co. versus Gilber*, 429 U.S. 125, at. 142-143 (1976).

162. Cf.: *EEOC versus Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244, 257 (1991); e *Udall versus Tallman*, 380 U.S. 1, 16 (1965).

163. A inferência relativa à aquiescência do Congresso é ainda mais forte quando o Congresso reformou a legislação mas não mexeu na parte relevante à interpretação da agência. Assim: *Bob Jones Univ. versus United States*, 461 U.S. 54, 599 (1983); *SEC versus Sloan*, 436 U.S. 103, 120-21 (1978).

164. Trata-se de fator decisivo na própria decisão de *Skidmore*. V. também: *Aluminum Co. of Am. versus Central Lincoln People's Util. Dist.*, 467 U.S. 380, 390 (1984); *E. I. du Pont de Nemours & Co. versus Train*, 430 U.S. 112, 134 (1977); *Christensen versus Harris County*, 529 U.S. 576, 597 (2000).

da agência, maior o peso que lhe deve ser atribuído.¹⁶⁵ Entretanto, jamais se entendeu que estes fatores tivessem que ser examinados todos, um a um, pelos tribunais.

Com o julgamento da Suprema Corte no caso *Chevron* o precedente de *Skidmore* parecia ter perdido a relevância. De acordo com uma interpretação bastante difundida e já mencionada algumas vezes neste trabalho, *Chevron* teria substituído o teste contextualizado por uma presunção de que a deferência seria devida nos casos em que a agência interpretasse uma legislação ambígua. No entanto, em 2001, no julgamento do caso *Mead*, a Suprema Corte esclareceu que o teste de *Chevron* consistiria apenas em "regime deferencial mais forte" e que não havia eliminado a doutrina *Skidmore*. *Chevron* seria aplicável nas hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto indicassem que a interpretação em causa veiculava exercício de autoridade concedida pelo Congresso para criar regras com força de lei. *Skidmore* teria um caráter residual: seria aplicável em todos os demais casos de interpretação legislativa por uma entidade administrativa.

O fato é que *Mead* inaugura outro teste contextualizado para identificar a aplicabilidade, ou não, do teste de *Chevron*. Afirma categoricamente que ele é aplicável no caso de circunstâncias para as quais a legislação determina o uso de procedimentos administrativos revestidos de algumas garantias formais, como a adjudicação formal e o *notice-and-comment rulemaking*.¹⁶⁶ Mas deixa claro que estas não são as únicas circunstâncias em que a deferência caberá. E, de forma relevante, remete aos tribunais – sem grandes indicações – a tarefa de ponderar os diversos aspectos da decisão controlada para chegar à conclusão a propósito da intenção legislativa.

Também já se afirmou que em casos posteriores a Suprema Corte fez referências a algumas das circunstâncias que poderiam ser levadas em consideração para identificar a intenção legislativa de delegar para a autoridade administrativa. No caso *Barnhart* os fatores mencionados foram os seguintes: (i) a natureza intersticial da questão jurídica; (ii) a expertise correspondente da agência; (iii) a importância da questão para a administração da legislação pertinente; (iv) a complexidade desta administração; e (v) a cuidadosa consideração que a agência deu à questão através de um longo

165. *Reno versus Koryn*, 515 U.S. 50, 61 (1995).

166. Embora o *notice-and-comment rulemaking* seja qualificado como *informal rulemaking* pelo *Administrative Procedure Act* (art. 553(d)), ele é, de fato, composto de diversas garantias procedimentais relativas à participação e à motivação.

período de tempo.¹⁶⁷ Em *Long Island Care at Home*¹⁶⁸ a Suprema Corte adicionou elementos novos que poderiam indicar a intenção legislativa de delegação que provocaria a aplicação de um controle judicial deferente: (i) quando a autoridade promulga regras importantes sobre direitos e deveres individuais; (ii) quando a autoridade foca completa e diretamente na questão sob sua competência; (iii) quando a autoridade usa o procedimento completo de *notice-and-comment* para promulgar uma regra; (iv) quando a regra resultante se encaixa na delegação legislativa de autoridade; (v) quando a regra é razoável.¹⁶⁹ Mas estas circunstâncias jamais foram entendidas como *exclusivas* ou *necessárias*. O teste contextualizado americano pós-*Mead* segue, portanto, sendo destituído de fatores fixos a serem sopesados pelos tribunais.

2.2.1.2.3 França: a opção historicamente consistente pela livre ponderação – No Direito Francês considerações relativas à intensidade do controle judicial sobre a ação administrativa não costumam estar presentes na bastante sintética motivação dos acórdãos do Conselho de Estado. Entretanto, estas considerações podem ser encontradas nas conclusões dos *rapporteurs publics* (antigos *commissaires du gouvernement*). Estes magistrados não participam do acórdão final do Conselho de Estado (não têm direito a voto), mas apenas sugerem uma decisão, que pode ou não ser acatada pelo órgão colegiado. Nas conclusões é comum que os *rapporteurs publics* reservem alguns parágrafos ou páginas para discutir a intensidade do controle que, ao seu juízo, deve ser aplicado pelo Conselho de Estado. Contudo, não há nenhuma regra formal ou tradição bem estabelecida a propósito dos fatores que podem ser levados em consideração a este respeito. Esta liberdade possui consistência histórica, e – segundo o conhecimento do autor deste trabalho – jamais foi objeto de críticas substanciais e relevantes.

Talvez seja possível considerar fixa uma específica consideração: os *rapporteurs publics* fazem uma análise da jurisprudência pregressa, para sinalizar ao Conselho de Estado se aquele tipo de decisão sob controle é usualmente submetido a um controle normal ou um controle mínimo. Se o *rapporteur public* não considera necessária a alteração desta jurisprudência, esta fase “jurisprudencial” costuma ser a única. Então, após rápida menção aos casos que estabeleceram ou confirmaram esta orientação, passa-se diretamente à análise do mérito do caso concreto.

167. *Barnhart versus Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002).

168. *Long Island Care at Home, Ltd. versus Coke*, 127 S. Ct. 2339 (2007).

169. *Long Island Care at Home, Ltd. versus Coke*, 127 S. Ct. 2339 (2007), at. 2350-2351.

Os casos que veiculam hipóteses para as quais não se fixou ainda nenhuma orientação ou em relação aos quais o *rapporteur public* sugere uma alteração jurisprudencial são naturalmente mais ricos em considerações substanciais a propósito da intensidade do controle judicial. O *rapporteur public* irá, normalmente, fundamentar sua sugestão num balanceamento de fatores (não fixos) como: (i) a liberdade deixada pelo texto normativo à autoridade administrativa (medida da discricionariedade);¹⁷⁰ (ii) a complexidade técnica da decisão controlada;¹⁷¹ (iii) as consequências fáticas

170. A liberdade deixada pelo texto normativo a partir de sua redação é, certamente, um dos fatores mais importantes para determinar a intensidade do controle. Assim, por exemplo, o fato de que a legislação pertinente afirmava apenas que o Ministro da Concorrência "poderia submeter" (*peut soumettre*) uma operação de concentração ao parecer do Conselho da Concorrência foi o argumento mais relevante para que a recusa ministerial de fazê-lo tenha sido submetida a um controle judicial apenas restrito em CE, 15.10.1982, *Le Bihan et Autres*, Req. 20382. V., ainda: CE, 5.12.2005, *Fédération Nationale UFC Que Choisir*, Req. 277441-277443-277445. De modo geral, há uma tendência à aplicação do modelo de controle normal sobre ações reguladas por condições normativas precisas. Entretanto, sua relevância não deve ser exagerada. Não é correto supor que se trate de fator determinante ou insuperável. De um lado, ocorre que mesmo indicações normativas imprecisas fundamentem o controle no modelo normal. Assim se dá, por exemplo, com os controles exercidos com base na noção de culpa, no direito disciplinar, ou com base na noção de ordem pública, em matéria de polícia administrativa. Além disso, sucede que o juiz administrativo fundamenta seu controle em normas não escritas (os princípios gerais do Direito), razão pela qual mesmo a inexistência de texto não inviabiliza o controle (v. Georges Vedel, *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, PUF, 1984, p. 444: "Les larges pouvoirs de création du Droit que possède le juge administratif lui permettent de poser des règles de Droit nouvelles qui intègrent à la légalité nombre d'éléments se rapportant à l'opportunité de l'acte (...). Au point de vue du Droit fait, il n'y a jamais contrôle de l'opportunité et du pouvoir discrétionnaire; au point de vue du Droit qui se fait, le juge s'assure le contrôle de certains éléments d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire en forgeant des règles de Droit qui étendent le domaine de la compétence liée et de la légalité". De outro lado, a precisão da norma pode ser superada pela complexidade ou sensibilidade política da matéria, levando a um controle judicial no modelo restrito. Nas palavras de Pierre Delyvolvé, "cela confirme que le juge exerce le contrôle qu'il veut, en faisant des textes ce qu'il veut, et même en établissant les normes qu'il veut" ("Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?", *Conseil Constitutionnel/Conseil d'État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, Paris, LGDJ, 1998, p. 303).

171. Como se afirmou no Capítulo I da Primeira Parte, a complexidade técnica de uma questão é relevante para a decisão relativa à intensidade do controle judicial no Direito Francês. O mais comum é que questões tecnicamente complexas sejam submetidas a um controle restrito. São exemplos o controle das decisões administrativas relativas ao caráter venenoso de uma loção capilar (CE, 27.4.1951, *Société Toaf*), à oposição a um vinho de uma denominação controlada (CE, 14.10.1960, *Syndicat Agricole de Lalande-de-Pomerol*), aos riscos à salubridade ou à segurança

decorrentes do modelo sugerido (por exemplo, no incentivo a novas ações semelhantes ou na sensibilidade institucional de uma intervenção judicial mais intensa¹⁷²); (iv) a relevância jurídica (especialmente no que concerne a direitos fundamentais) da decisão controlada¹⁷³ – entre outros.¹⁷⁴

pública de um projeto de engenharia (CE, Ass., 29.3.1968, *Société du Lotissement de la Plage de Pampelonne*). Em outras hipóteses elas não se submetem a controle judicial algum. É o caso das decisões das bancas examinadoras de concursos públicos (CE, 16.5.2001, *de Nole*; CE, 22.2.1995, *Girardot*; CE, 20.5.1994, *Mlle. Semetey*; CE, 15.4.1983, *Bunay*; CE, 3.11.1982, *Gouze*; TA Paris, 3.3.1983, *Zanone*). Mas a complexidade técnica nem sempre impede o controle judicial no modelo normal. V., por exemplo: CE, 6.3.1970, *Ministre de l'Agriculture c. Aumeunier* (aplicando controle normal sobre a eficácia de um programa de profilaxia da tuberculose bovina); ou CE, 30.10.1970, *Société Lyonnaise de Dépôts et de Crédit Industriel* (sobre a originalidade de uma marca). Mas o maior exemplo é o controle de decisões relativas a concentrações econômicas, submetidas a um controle normal: CE, 9.4.1999, *Société The Coca-Cola Co.*, Req. 201853; CE, 31.5.2000, *Société Coca et Société Casino-Guilchard-Perrachon*, Req. 213161-213352 (controle normal sobre existência de concentração); CE, 6.10.2000, *Société Pernod Ricard*, Req. 216645 (controle normal sobre decisão a respeito dos efeitos anticoncorrenciais da concentração e sobre a decisão de que os efeitos anticoncorrenciais não são compensados pelo progresso econômico); CE, 6.2.2004, *Société Royal Philips Electronic et Autres*, n. 249267 (controle normal sobre a definição do mercado relevante, sobre o *bilan* econômico e sobre a utilização da teoria da *failing firm*). Para maiores detalhes, v. a Primeira Parte deste trabalho.

172. Um bom exemplo da modulação do controle em função desta variável é a histórica resistência do Conselho de Estado em controlar os chamados "atos de governo". De acordo com Marceau Lottg, Prosper Weil e Guy Braibant, esta resistência se explica "par le souci du Conseil d'État de ne s'immiscer ni dans les relations entre le Pouvoir Législatif et le Pouvoir Exécutif, ni dans l'action diplomatique considérée comme une prérogative exclusive et traditionnelle du gouvernement. Ainsi, se retrouvent, sous une forme nouvelle et dans des limites plus étroites, les considérations de caractère politique qui étaient à l'origine de la notion d'acte de gouvernement" (*Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 8^e ed., Paris, Sirey, 1984, p. 22). Sobre o tema, v. o item 2.2 do Capítulo I desta Segunda Parte.

173. Assim, por exemplo, as diversas decisões que submetem a polícia administrativa a um controle de proporcionalidade no modelo normal. As restrições à liberdade dos cidadãos decorrentes de medidas de polícia devem ser *necessárias* ao que se destinam, além de proporcionais. Esta orientação possui longa tradição no campo das liberdades clássicas, como a liberdade de reunião ou de imprensa (v., por exemplo: CE, 8.5.1961, *Société Olympia Press*; CE, 22.4.1966, *Société Union Africaine de Presse*; CE, Ass., 21.7.1970, *Krivine et Frank*; CE, Sect., 19.2.1954, *C. G. T.*; CE, 10.5.1933, *René Benjamin*), mas vem sendo estendida a outros âmbitos (CE, 14.2.1958, *Abissat*, Req. 7715; CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspéro*, Req. 82590; CE, Sect., 9.7.1997, *Assoc. Ekin*, RFD/A 1997, p. 1284, concl. Denis-Lintan; CE, 16.11.1977, *Seyin*; CE, 25.1.1980, *Gadiaga*; CE, 16.11.1984, *Société Eurybia*). Sobre o tema, v. o item 1.1.1.1 do Capítulo I da Primeira Parte.

O caso *SAFER D'Auvergne* fornece um rico exemplo. Nele, o Comissário de Governo Dondoux promoveu longa discussão a propósito do modelo de controle a ser aplicado sobre as autorizações administrativas de demissões de empregados com estabilidade decorrente de função representativa. O Comissário de Governo começou observando que esta matéria estava até então submetida a um controle restrito, por erro manifesto de apreciação.¹⁷⁵ Em seguida examinou vários fatores para identificar o modelo de controle mais adequado ao caso concreto. Descartou, por exemplo, que a complexidade técnica da matéria fosse suficiente para justificar a manutenção do *status quo* jurisprudencial. Tampouco considerou que o aspecto político envolvido na questão impunha a limitação do controle.

Mas o principal argumento em favor da sua proposta de alteração jurisprudencial – e consistente intensificação do controle judicial – é totalmente *ad hoc*. O Comissário observa que a Corte de Cassação havia pouco *réduzira* o controle que exercia sobre a matéria, diminuindo, assim, a proteção judicial que o assalariado com estabilidade possuía diante da jurisdição ordinária. Na opinião do Comissário de Governo, como forma de compensação desta retração da jurisdição ordinária, os tribunais administrativos deveriam avançar, fortalecendo seu controle, de modo a garantir a proteção dos cidadãos em questão.¹⁷⁶

174. Pierre Delvolvé afirma que a intensidade do controle judicial pode variar, ainda, em função do *status* hierárquico da autoridade administrativa que prolatou a decisão contestada. O controle tenderia a ser menos intenso sobre as decisões emanadas das esferas mais altas da administração pública ("Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?", cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d'Etat (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 303). V., por exemplo: CE, 19.10.1962, *Canal* (para controle de uma decisão do Presidente da República); CE, 16.11.1984, *Société Eurýbia* (decisão do Primeiro Ministro); CE, 17.12.1986, *Société Hit-TV du Syndicat de l'Armagnac et des Vins du Gers* (decisão de autoridades municipais).

175. Assim, após relatar que o Tribunal Administrativo havia submetido a decisão contestada a um controle normal, o Comissário de Governo afirma que: "En l'état actuel de votre jurisprudence un tel raisonnement ne peut manquer d'être censuré. Vous n'exercez en effet en la matière qu'un contrôle dit réduit. Or il est clair que la décision du Ministre n'est entachée d'aucun erreur manifeste d'appréciation" (conclusões do Comissário de Governo Dondoux no caso CE, A, 5.5.1976, *SAFER d'Auvergne*, Req. 98647-98820).

176. Conclusões do Comissário de Governo Dondoux no caso CE, A., 5.5.1976, *SAFER d'Auvergne*, Req. 98647-98820: "C'est sur ce dernier point que nous vous proposons d'infléchir votre jurisprudence. En affirmant aujourd'hui votre contrôle total en la matière, comme vous le demandaient déjà nos prédécesseurs vers 1950, vous comblerez le vide qu'ont créé de récents arrêts de la Cour de Cassation, accroissent ainsi les garanties offertes aux intéressés, sans pour autant limiter à l'excès la liberté de l'administration. (...) Le mot démission est sans doute trop

Note-se que esta razão para a aplicação de um controle não deferente – que terminou acatada pelo Conselho de Estado – é totalmente *casuística*, não se enquadrando em nenhuma regra preestabelecida. A circunstância ilustra a grande liberdade que detém o magistrado administrativo francês para a determinação da intensidade do controle que incidirá sobre um caso concreto. Nas palavras de Pierre Delvolvé, “os critérios que presidem a escolha de um ou outro tipo de controle restam sob a discricionariedade do juiz (...). O juiz é o senhor da intensidade do seu controle”.¹⁷⁷ Neste mesmo sentido, no caso *Touzard*, o Comissário de Governo Terry Olson deixou claro que a escolha da intensidade do controle é mais uma questão de política jurisprudencial do que de pura legalidade.¹⁷⁸

fort (c'est plutôt le terme de renoncement qui conviendrait) pour qualifier l'attitude récente de la Cour de Cassation, telle qu'elle résulte des arrêts dits Perrier rendus en Chambre Mixte le 21 juin 1974 (...) la Cour en effet à cette occasion a rédit le contrôle des tribunaux judiciaires sur les motifs de licenciement des salariés protégés (...). Et vous devez dès lors vous demander si, en compensation, votre contrôle ne doit pas être étendu”.

177. Pierre Delvolvé, “Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d'État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, pp. 295 e 301; “Les critères qui président au choix de l'un ou l'autre des types de contrôle restent à la discrétion du juge (...). Le juge est maître de l'étendue de son contrôle”.

178. CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676: “Ainsi tant la logique du contrôle de légalité que des considérations de bonne administration nous semblent converger pour que, dans le choix de la sanction disciplinaire prise à l'encontre d'un fonctionnaire, le juge conserve une certaine distance, un recul de bon aloi par rapport à l'appréciation à laquelle l'administration se livre lorsque ce choix la fait quitter la rive de la légalité pour gagner celle de l'opportunité. Il ne fait selon nous aucun doute que l'intensité de votre contrôle soulève moins une question de pure légalité qu'un enjeu de politique jurisprudentielle”. Já, no caso CE, Ass., 16.2.2009, *Société Atom*, Req. 274000, o *Rapporteur Public* Claire Legras extrapola este raciocínio, para sustentar que mesmo a extensão dos casos de pleno contencioso pode ser feita diretamente pelo juiz administrativo, independentemente de qualquer previsão legislativa. A *Rapporteur Public* fala em *entière liberté du juge*. Um pouco depois, vai adiante: “Nous ne ferons pas ici le tableau ni la théorie du partage entre les contentieux de l'excès de pouvoir et de la pleine juridiction. Nous nous bornerons à nous référer aux analyses particulièrement éclairantes du Président Heilbronner dans un article paru au Dalloz 1953, reprises et amplifiées par Président Genevois dans ses conclusions sous votre décision de Section du 8 janvier 1982, Aklara Barrera, p. 8. Lorsque le texte ne l'impose pas, le choix entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux n'est rarement le fruit d'une théorie juridique; le juge appréhende les faits avec le souci d'apporter une solution pratique, et la psychologie du magistrat a son importance. La mission qui lui est dévolue ou qu'il estime lui être dévolue, mission plus ou moins importante selon les matières, voilà ce qui est la clé des solutions jurisprudentielles”. Dans ses conclusions sous votre décision de Section du 23 novembre 2001, Cie.



Do ponto de vista da legitimação da determinação da intensidade do controle, a estruturação das considerações contextualizadas dos tribunais em passos fixos e imutáveis possui benefícios inegáveis. A uma, porque aumenta a transparência desta decisão, na medida em que o público tem fácil acesso às circunstâncias sopesadas. A duas, porque limita o espaço de subjetividade e de manobra que os tribunais teriam para ignorar um fator ou adicionar outro, com o fim de atingir resultado que lhes convenha. A três, porque imprime eficiência (e qualidade) à decisão, na medida em que força os tribunais a sopesarem as circunstâncias que, conforme avaliação prévia e bem refletida, costumariam ser relevantes para a aplicação de um ou outro modelo de controle judicial. A decisão que resultaria de um procedimento contextualizado com fases fixas, portanto, é a um só tempo transparente, objetiva e eficiente – e, por tudo isso, ao menos relativamente legítima.

Lamentavelmente, contudo, a opção por estruturar esta decisão contextualizada em fases fixas é ainda bastante rara. Os Direitos Americano e Francês optam por deixar os magistrados livres para sopesar as circunstâncias que lhes pareçam relevantes. Mesmo no Direito Canadense, em que se adotou por uma década um “teste pragmático e funcional” com quatro fases fixas, a opção terminou abandonada, sob o argumento de complexidade e custos excessivos.

2.2.2 *A conveniência de regras claras sobre a interação entre fatores*

Especialmente nos casos em que se estabelecerem fatores fixos a serem seguidos num *iter* lógico definido previamente, surge uma questão adicional, relativa a como disciplinar a interação entre eles.

Naturalmente, há um risco inicial de repetição de análise por sobreposição de fatores. O fenômeno não é necessariamente problemático, exceto no que concerne ao aumento de custos e de complexidade do procedimento. Afora este problema, não há grandes inconvenientes a que os juízes pro-

Nationale Air France, p. 576, notre collègue Isabelle de Silva relevait que cette approche pragmatique s'était confirmée s'agissant des sanctions plus récemment instituées, l'application du régime de plein contentieux 'relevant moins d'une 'nature profonde' du recours' que de la préoccupation 'de donner au juge des moyens adaptés à sa mission, pour une bonne administration de la justice et la prise en compte des intérêts du justiciable et des prérogatives de l'administration'. Il appartient donc au juge administratif de déterminer quelle doit être l'étendue de ses pouvoirs dans chaque domaine du contentieux”.

movam uma análise sob diferentes perspectivas, chegando a resultados semelhantes. Na realidade, esta sobreposição pode até mesmo indicar a correção do procedimento para identificar o controle sob medida que deve ser aplicado.

Durante a vigência do teste fixo pragmático e funcional, no Canadá a sobreposição de fatores era algo bastante comum. No caso *Southam*, por exemplo, em que se controlava uma decisão adotada pela autoridade canadense da concorrência, a Suprema Corte observou que sua análise relativa à expertise da autoridade coincidia com a análise do propósito da legislação.¹⁷⁹ Em ambos os casos tratava-se de pôr em destaque como o legislador tivera o cuidado de compor uma autoridade administrativa com especialistas em Economia e em negócios para solucionar problemas que o próprio legislador considerou mais econômicos do que jurídicos.¹⁸⁰ No mais, há uma interdependência necessária entre as fases relativas à expertise e à natureza da questão. Só merecerá deferência a questão cuja natureza coincida com o campo de expertise da autoridade administrativa.¹⁸¹

Mais problemático, no entanto, é o conflito entre os resultados dos exames procedidos em cada um dos fatores.¹⁸² Como resolver a situação em que

179. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 50.

180. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 48-49: "The aims of the Act are more 'economic' than they are strictly 'legal'. The 'efficiency and adaptability of the Canadian economy' and the relationships among Canadian companies and their foreign competitors are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge. (...) Because an appellate court is likely to encounter difficulties in understanding the economic and commercial ramifications of the Tribunal's decisions and consequently to be less able to secure the fulfilment of the purpose of the Competition Act than is the Competition Tribunal, the natural inference is that the purpose of the Act is better served by appellate deference to the Tribunal's decisions".

181. Marie-Hélène Blais *et alii*, *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*, Ontario, LexisNexis, 2007, p. 27: "The 'nature of the question' is but one of the four customary factors to be considered in determining the appropriate level of deference to be granted by the reviewing court. Still, the nature of the question to be decided by a tribunal is the thread that ties the pragmatic and functional analysis together. Only where the nature of the decision made by a specialized tribunal is in accordance with its purpose and expertise will courts afford deference. The more these concepts overlap, the more deference is appropriate".

182. Jeff A. King, "Institutional approaches to judicial restraint", cit., 25 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 436: "There is a strong likelihood that different principles will counsel different outcomes in the context of a single case. This is to be expected. Both conflict and incommensurability are common to both moral reasoning and in

alguns deles sinalizam a necessidade de aplicação de um controle judicial deferente, enquanto outros apontam na direção contrária? Quais os critérios para a resolução de um conflito semelhante? Aqui também a existência de regras claras seria um requisito essencial para a legitimação da decisão dos tribunais relativa à intensidade do controle. As possibilidades de disciplina do conflito entre fatores são múltiplas (item 2.2.2.1). O relato da experiência prática canadense, no entanto, é bastante decepcionante (item 2.2.2.2).

2.2.2.1 As múltiplas possibilidades de disciplina do conflito entre fatores

O problema do eventual conflito entre fatores sopesados pelos tribunais para a definição da intensidade do controle poderia ser objeto de soluções muito variadas.

É teoricamente possível considerar que todos os fatores possuem o mesmo peso e, portanto, identificar a intensidade do controle a partir de uma soma aritmética simples. Assim, se três fatores indicam um modelo de controle limitado, enquanto só um ou dois indicam um modelo de controle intenso, seria devida a aplicação de um controle limitado. Este critério de resolução possui inconvenientes óbvios. Em primeiro lugar, não resolve a situação em que igual número de fatores aponte em cada um dos sentidos. Em segundo lugar, há vezes em que o resultado do exame relativo a um específico fator é inconclusivo. Mas, fundamentalmente, este critério de resolução é inconveniente pela inserção de uma ficção simplificadora num procedimento que se pretende realista e complexo. Ora, se a finalidade última do teste contextualizado é afastar o formalismo e aproximar a análise jurídica de um exame realista, a presunção de que os fatores considerados detêm o mesmo peso atua claramente em sentido oposto. Dito de outro modo: o teste que pretende acompanhar a complexidade da própria administração pública é simplificado por razões pragmáticas. Não há, afinal, razões *reais* para supor igualmente relevantes os diversos fatores do teste contextualizado para todas as decisões administrativas.

any form of adjudication and indeed practical reasoning. The idea is captured succinctly by Waldron's reference to someone looking for the fastest car at the lowest price. There are often conflicts between fairness and efficiency, expression and reputational interests, parents and children in child protection cases, and security and liberty. Incommensurability presents problems but is something that judges are accustomed to dealing with. It is part of the imperfect world of judging, just as intuitive judgments under uncertainty form part of administration and politics, and compromise and intentional ambiguity are part of parliamentary law-making and private contractual bargaining".

Outra possibilidade é conceder precedência (ou maior peso) a determinado fator, que seria, portanto, mais decisivo na identificação final da intensidade do controle a ser aplicado. Ao invés de uma abstenção do sistema jurídico de decidir qual fator deverá prevalecer, esta possibilidade tem a vantagem de assumir a responsabilidade sobre como ponderar as variáveis. Mas aqui também há problemas, porque a concessão prévia de precedência a um fator pode esbarrar em casos concretos em que claramente outro fator é mais relevante – tanto ontologicamente como em função da maior intensidade da sua incidência no caso concreto. Quer dizer: a suposição prévia de que a expertise é o fator mais relevante, por exemplo, leva a resultados esdrúxulos em situações em que a expertise, embora existente, verifica-se em “grau” bastante menos relevante do que os fatores apontando em sentido contrário.

Numa terceira hipótese, inspirada no teste trifásico do princípio da proporcionalidade, a que se fez referência acima, a estrutura da argumentação seria escalonada: só se passa à segunda fase após superada a primeira. Assim, por exemplo, poder-se-ia estabelecer uma primeira fase em que se verificasse a sensibilidade jurídica da decisão controlada. Nas hipóteses em que se tratasse de questões constitucionais ou relativas a direitos fundamentais, por exemplo, o problema estaria resolvido: caberia um controle não deferente. Não sendo este o caso, a análise continuaria. Indo adiante na imaginação, ela poderia envolver a identificação de aspectos tecnicamente complexos ou políticos, por exemplo, que levariam a um exame posterior das características institucionais comparativas do tribunal e da autoridade administrativa em questão – e assim por diante. Este modelo teoricamente confere certa precedência à fase antecedente em relação à conseqüente, na medida em que a primeira eliminaria a necessidade da segunda; a segunda eliminaria a necessidade da terceira. Na prática, podem subsistir alguns conflitos internos, como demonstra a própria experiência relativa ao princípio da proporcionalidade.¹⁸³

183. Em tese, no teste trifásico da proporcionalidade apenas uma medida pública adequada precisa passar pelo exame da necessidade. No mais, para passar a fase da adequação é suficiente que a medida em questão contribua *minimamente* para a promoção do fim pretendido. Sucede que a análise da necessidade da medida pode fazer os tribunais voltarem os olhos novamente à adequação. Imagine-se, por exemplo, a situação em que uma alternativa a uma medida pública, embora menos restritiva de direitos fundamentais, produz o resultado desejado de forma *menos intensa, pior ou menos provável* do que a medida efetivamente adotada pelo Poder Público. Nestes casos não pareceria satisfatório julgá-la ilícita, por desproporcionalidade. Desta circunstância derivam duas conseqüências: a primeira é que uma medida só deve ser dita desproporcional por desnecessidade quando as alternativas a serem comparadas são *semelhantemente* adequadas. Sobre o tema, v. Eduardo Ferreira Jordão, *Restrições Regulatórias à Concorrência*, cit., Capítulo III.

2.2.2.2 O relato decepcionante do caso canadense

A necessidade de critérios para resolução de conflitos entre diferentes fatores coloca-se com intensidade mais elevada nos casos de estabelecimento de um teste com fatores de ponderação fixos. Neste particular, contudo, o recurso ao caso canadense é bastante decepcionante. Durante a vigência do teste sistematizado pragmático e funcional (de 1998 a 2008) fizeram-se diversas menções descompromissadas à "importância particular" do fator relativo à expertise, que parecia, então, despontar como o aspecto fundamental.¹⁸⁴ Destas referências, no entanto, jamais se extrairam consequências ou indicações práticas relativas à preponderância dos sinais atinentes a este fator, quando contraposto com tendências apontadas por outros.

A bom rigor, o Direito Canadense simplesmente não produziu critérios claros de resolução de conflitos entre seus diferentes fatores. Ao invés disso, a solução adotada foi a criação de um *terceiro* modelo de controle, de "razoabilidade simples", situado entre os dois extremos de "correção" (modelo de controle não deferente) ou "irrazoabilidade manifesta" (modelo de controle extremamente deferente). Teoricamente, ele seria aplicável nos casos em que houvesse conflitos entre os fatores do teste pragmático e funcional.

A primeira vez que a Suprema Corte fez referência a este novo modelo foi no caso *Southam*, em 1997. Tratava-se de controle judicial de uma decisão da autoridade antitruste canadense sobre a aquisição de dois importantes jornais comunitários e de um semanário de anúncios imobiliários por *Southam Inc.*, sociedade que já detinha os dois jornais diários que serviam a Região de Vancouver. A autoridade entendera que estas operações não limitavam a concorrência no mercado de publicidade impressa para o comércio varejista, mas apenas no mercado de publicidade impressa para propriedades imóveis. Como medida voltada a solucionar as preocupações concorrenciais, a autoridade ordenou que a companhia adquirente vendesse um dos seus jornais comunitários ou semanários imobiliários. Recusou-se, ademais, a aceitar a medida proposta por *Southam*, que consistia na venda da seção sobre mercado imobiliário em um dos jornais comunitários.

Na análise contextualizada para definição da intensidade do controle judicial sobre esta decisão, a Corte observou que havia "indicações nos dois sentidos". De um lado, sinalizando a necessidade de uma deferência judicial,

184. V., por exemplo, este trecho de *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 50: "Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review".

estavam os seguintes fatores: (i) tratava-se de uma questão mista de fato e de direito; (ii) a legislação econômica tinha objetivos "econômicos", sendo mais bem servida por um julgamento técnico; (iii) a aplicação dos princípios do direito concorrencial enquadrava-se perfeitamente na área de expertise da autoridade. De outro lado, indicando a conveniência de um controle mais intenso, citavam-se: (i) a existência de uma previsão legislativa de ilimitado direito de recurso ao Judiciário; (ii) a presença de magistrados de carreira na composição da autoridade, de modo a demonstrar a existência de um aspecto jurídico nas suas decisões.¹⁸⁵ A solução foi aplicar um modelo de controle de intensidade intermediária, ao qual a Corte deu o nome de "razoabilidade simples".

A mesma constatação sobre a contrariedade das indicações advindas do teste analítico e funcional já houvera sido feita no caso *Pezim*, em 1994. Aliás, é interessante observar que em *Southam* a Corte aplicou "retrospectivamente" o modelo de razoabilidade a *Pezim*.¹⁸⁶ Tratava-se de controle judicial de decisão tomada por autoridade regional reguladora do mercado financeiro. A autoridade condenara diretores de uma empresa de capital aberto por violação a deveres regulatórios de divulgação de informações relevantes. A questão específica que se pôs era se informações adquiridas pela diretoria que poderiam influenciar o valor das ações (especialmente no que concernia às recentes atividades bem-sucedidas de extração mineral da empresa) constituiriam "mudança material" que implicaria a necessidade de sua divulgação. A condenação administrativa havia sido anulada por um tribunal inferior e foi levada à Suprema Corte através de recurso da autoridade reguladora. Na análise contextualizada para definição da intensidade do controle, a Suprema Corte observou a existência de uma previsão expressa

185. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 54: "In my view, considering all of the factors I have canvassed, what is dictated is a standard more deferential than correctness but less deferential than 'not patently unreasonable'. Several considerations counsel deference: the fact that the dispute is over a question of mixed law and fact; the fact that the purpose of the Competition Act is broadly economic, and so is better served by the exercise of economic judgment; and the fact that the application of principles of competition law falls squarely within the area of the Tribunal's expertise. Other considerations counsel a more exacting form of review: the existence of an unfettered statutory right of appeal from decisions of the Tribunal and the presence of judges on the Tribunal. Because there are indications both ways, the proper standard of review falls somewhere between the ends of the spectrum. Because the expertise of the Tribunal, which is the most important consideration, suggests deference, a posture more deferential than exacting is warranted".

186. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 58.

de direito de recurso ao Poder Judiciário na legislação relativa à autoridade reguladora. No entanto, também considerou relevante que a questão específica trazida a juízo se enquadrava perfeitamente na área de expertise da autoridade.¹⁸⁷

A criação do terceiro modelo de controle, de intensidade intermediária aos dois outros modelos extremos, parecia dar por resolvida a necessidade de solucionar conflitos de sinalizações no teste pragmático e funcional. Ao invés disso, causou problemas e complexidades adicionais, que serão examinados na próxima parte deste trabalho. Por enquanto é suficiente noticiar que os dois modelos deferentes (irrazoabilidade manifesta e razoabilidade simples) terminaram por ser mesclados em um só modelo (chamado simplesmente de "razoabilidade") na decisão da Suprema Corte em *Dunsmuir*, em 2008.¹⁸⁸

O caso *Dunsmuir*, que reformou o sistema de controle judicial no Canadá, trouxe discussões importantes sobre a interação entre os diferentes fatores do teste – no que foi complementado por *Khosa*, em 2009. Como já se afirmou, a Suprema Corte deu fim à fase de fatores fixos do teste contextualizado, admitindo que o exame de alguns fatores pode tornar desnecessária a análise dos demais. O raciocínio parece conduzir à preponderância de alguma das fases do teste. Mas a ideia não é suficientemente desenvolvida ou explicada. Em uma passagem parece haver uma sugestão no sentido de que esta primazia seria do fator relativo à "natureza da questão", mas isto não é afirmado de forma explícita.

A cautela da maioria da Suprema Corte em fazer afirmações peremptórias neste sentido contrasta com o voto de dissensão da Ministra Deschamps, que sugere precisamente que a questão primordial a ser analisada é a natureza da questão sob controle.¹⁸⁹ Ela chega a afirmar que "muito pouco precisa

187. *Peckin versus British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 SCR 557, para. 68: "On one hand, we are dealing with a statutory right of appeal pursuant to S. 149 of the Securities Act. On the other hand, we are dealing with an appeal from a highly specialized tribunal on an issue which arguably goes to the core of its regulatory mandate and expertise".

188. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190.

189. Tomando-se a natureza da questão como a fase essencial do teste, a situação mais complexa ocorre quando a autoridade administrativa especializada está decidindo uma questão eminentemente jurídica. Neste caso poderá haver controle sob o modelo de razoabilidade se (i) a questão se inserir no núcleo de competência da autoridade, (ii) for fortemente ligada à sua função ou (iii) for questão de que a autoridade está acostumada a tratar (cf. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 54).

ser feito para além desta análise”.¹⁹⁰ Num exemplo, afirma que questões de fato serão sempre objeto de deferência, independentemente de qualquer outra análise.

Em outro voto de dissenso ao mesmo julgamento, o Ministro Binnie propõe que seja dada maior relevância à existência de previsão legislativa específica sobre o modelo de controle a ser aplicado. Para este Ministro, ainda que não seja tomada como fator definitivo, a existência de uma cláusula privativa, por exemplo, deveria implicar presunção de controle limitado – presunção que só seria mitigada em caso de fortes sinais em outro sentido.¹⁹¹

A questão da preponderância de um dos fatores sobre os demais voltou a estar no centro da discussão em *Khosr*, caso que desenvolveu e consolidou a reforma promovida em *Dunsmuir*. Novamente a maioria da Suprema Corte se recusou a tomar posição explícita a propósito da primazia de um dos fatores sobre os demais. Em dissenso, no entanto, o Ministro Rothstein apresenta nova proposta para reforçar o peso concedido às indicações le-

190. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, voto da Ministra Deschamps, para. 158-160: “Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body (...). The process of answering this preliminary question has become more complex than the determination of the substantive questions the court is called upon to resolve. In my view, the analysis can be made plainer if the focus is placed on the issues the parties need to have adjudicated rather than on the nature of the judicial review process itself. By focusing first on ‘the nature of the question’, to use what has become familiar parlance, it will become apparent that all four factors need not be considered in every case and that the judicial review of administrative action is often not distinguishable from the appellate review of court decisions”.

191. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, voto J. Binnie, para. 143: “The existence of a privative clause is currently subsumed within the ‘pragmatic and functional’ test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the potent unreasonableness standard. A single standard of ‘reasonableness’ cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court’s review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying ‘what’s wrong with these people [the judges], can’t they read?’. A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another ‘factor’ in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of outcome on substantive grounds unless the applicant can show that the clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect”.

gislativas expressas a propósito do modelo de controle judicial. O longo manifesto do Ministro Rothstein já foi objeto de análise neste trabalho. Aqui é suficiente repetir sua ideia de que o controle judicial só pode ser limitado na presença de uma previsão legislativa expressa. Na ausência de uma tal previsão seria necessário aplicar a regra geral prevista no art. 18.1 do *Federal Courts Act*.

A recusa da maioria de adotar este e os demais critérios de solução de conflitos propostos em dissenso em *Khasa* e *Dunsmuir* importa a manutenção da insegurança jurídica e da falta de transparência judicial a este respeito. Seria desejável que a Suprema Corte apresentasse indicações precisas sobre a interação dos diferentes fatores e os critérios para solucionar eventuais indicações contraditórias.



Também no caso da concessão de precedência de um fator em relação a outros num eventual conflito, a experiência jurisprudencial analisada para a elaboração deste trabalho revela um resultado decepcionante. Ao menos no que concerne à legitimidade da decisão relativa à intensidade do controle judicial, perdeu-se, aqui também, a oportunidade de fortalecê-la. Regras claras a propósito deste tema ampliariam a objetividade e a previsibilidade do procedimento contextualizado de determinação da intensidade do controle judicial. Esta circunstância seria particularmente desejável no caso de testes com fatores fixos. Mas o Direito Canadense, único que consagrou um teste desta natureza, jamais estabeleceu estes critérios claros para orientar os tribunais no caso de conflitos de fatores do seu teste pragmático e funcional.

3. Conclusão

Este capítulo buscou examinar a questão da *legitimidade* da decisão (ou da escolha) relativa à intensidade do controle que se aplicará sobre uma específica decisão administrativa. Esta questão ganha relevância particular a partir da conclusão alcançada na Primeira Parte do trabalho no sentido de que a determinação da intensidade do controle judicial envolve uma série de considerações políticas e tem consequências administrativas e sociais não negligenciáveis. Se é assim, é necessário questionar *por quem e de que forma* esta decisão está sendo tomada.

Pôs-se de lado a hipótese em que a intensidade do controle é definida *direta e explicitamente* pelo legislador, porque neste caso a decisão é tomada pelo mais legítimo dos Poderes do Estado – e, portanto, a questão central do capítulo não se coloca com tanta intensidade. Restaram os casos em que a