

EDUARDO JORDÃO

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

*A Experiência Estrangeira
na Adaptação da Intensidade do Controle*

BIBLIOTECA

01564

JUSTINO DE OLIVEIRA



sbdp

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO
Rua Leôncio de Carvalho, 306, 7^o andar – São Paulo, SP – CEP 04003-010
Fones: (11) 289-8767 e 285-0598 – Fax (11) 287-6404
www.sbdp.org.br – e-mail: direitopublico@sbdp.org.br



**MALHEIROS
EDITORES**

5. O uso do termo “deferência” judicial²⁰

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

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

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

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

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

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

PRIMEIRA PARTE

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

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

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

Capítulo III – Conclusões da Primeira Parte

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

Além disso, nestas situações a escolha de uma “solução correta” tenderá a esconder do público, no discurso do magistrado, as soluções alternativas igualmente permitidas pela lei. E, neste sentido, reduzirá a transparência da atuação judicial.

Estas dificuldades da alternativa proposta pelo Professor Vermeule recolocam a questão dos méritos de *Chevron*: seria esta doutrina realmente tão ineficaz como sugerem os estudos empíricos reveladores da influência ideológica nas votações? A resposta que se deu neste item foi negativa. Reputou-se que estes estudos não são idôneos a demonstrar a ineficácia de *Chevron* ou de outras doutrinas deferenciais.

Primeiro porque o foco nos percentuais de manutenção ou anulação das decisões administrativas de cada ministro é um índice imperfeito da efetiva adoção, por eles, daquilo que é realmente relevante: uma *postura* ou *orientação* deferencial em relação aos pronunciamentos da administração pública. Não se exige dos magistrados que *mantenham* as decisões administrativas, mas apenas que as respeitem, que as considerem atentamente. É perfeitamente possível que, respeitando os termos da doutrina *Chevron* – e, portanto, dando-lhe eficácia –, os magistrados mantenham decisões administrativas (por exemplo, porque a legislação não é ambígua ou a interpretação adotada pela autoridade administrativa não é permissível). Admite-se que o percentual final de manutenção ou anulação possa *sugerir* uma orientação mais ou menos deferente, mas se trata somente de uma sugestão, e não de uma indicação precisa.

No mais, algumas circunstâncias sugerem que estas sugestões podem ser enganosas. Note-se que o foco nos percentuais de manutenção das decisões administrativas não capta um dos mais relevantes efeitos de uma doutrina deferencial, que é a *dissuasão*. No momento em que um tribunal superior afirma e consagra uma orientação deferencial, ele envia para todos os potenciais litigantes uma clara *mensagem* de que relutará em reverter decisões administrativas. Esta mensagem gera desincentivos à propositura de novas ações e incentivos à conciliação, por exemplo. Ou seja: as decisões que chegarão a ser efetivamente julgadas são aquelas que ultrapassam estes incentivos. Disso, duas consequências: (i) para saber da eficácia de *Chevron* seria necessário identificar a magnitude deste efeito dissuasório (por exemplo, há menos contestações de decisões administrativo pós-*Chevron* que pré-*Chevron*?); (ii) é plausível supor que as decisões que restaram a ser julgadas sejam aquelas mais polêmicas ou aquelas cujo autor realmente acredita que sejam meritórias – e, neste caso, seria natural que uma parte significativa delas resultasse na anulação da decisão administrativa.

Estas considerações acima tornam necessário extrema cautela no momento de analisar as taxas de manutenção das decisões administrativas como indicativas da eficácia de doutrinas deferenciais. Mas, ainda assim, é preciso dizer que estes números não são desfavoráveis, como à primeira vista se poderia supor. Partindo de uma perspectiva *micro*, que leva em consideração os magistrados individualmente, é possível observar que os estudos empíricos demonstram um *pendor deferencial genérico*. Assim, a despeito das inclinações deferenciais superiores no caso de decisões compatíveis com a ideologia do magistrado, identifica-se um viés relativamente satisfatório de deferência à administração *também nos casos de decisões ideologicamente contrárias*. No caso de uma perspectiva *macro*, que toma o cenário amplo e geral de controle das decisões administrativas, os estudos empíricos realizados tanto nos Estados Unidos como no Canadá apontam para uma taxa de manutenção de aproximadamente 65%. Por todas as razões afirmadas acima, não é possível afirmar com precisão que se trata de um número satisfatório, mas certamente não se trata de um número decepcionante. E, finalmente, se se considera que o objetivo de *Chevron* consiste não em *garantir* a manutenção de todas as decisões que não sejam objetivamente irrazoáveis, mas apenas assegurar a manutenção de *mais decisões teoricamente razoáveis*, então, há razão para supor que os números são auspiciosos.

2. *A dinâmica da deferência: criação e evolução dos modelos deferentes*

Nesta segunda parte do capítulo a deferência passa a ser examinada sob um ponto de vista *histórico* ou *dinâmico*. Esta perspectiva revela dois elementos analíticos muito relevantes. De um lado, a atenção à evolução jurisprudencial, notadamente nos Direitos Canadense e Francês, deixa transparecer que a posição de autorrestrição judicial pode ter *significados históricos* muito distintos, revelando, assim, uma diferença na própria concepção de deferência judicial à administração. De outro lado, esta mesma perspectiva acentua, ainda, como o modelo de controle deferente tem tido sorte dissemelhante nas jurisdições estudadas: em algumas disseminou-se fortemente, a ponto de constituir o modelo de controle judicial-“padrão”; noutras está em franco declínio, perdendo espaço para o controle judicial não deferente. Este item está consagrado a estas duas análises. No primeiro momento examinam-se as razões histórico-jurisprudenciais da criação do modelo de controle judicial deferente (item 2.1). No segundo momento a atenção está voltada à análise da evolução posterior deste modelo (item 2.2).

2.1 As circunstâncias históricas da criação dos modelos deferentes

Neste primeiro passo, importa externar as circunstâncias que, em cada jurisdição, levaram à criação de um modelo de controle judicial deferente e sua consequente motivação. Na hipótese mais intuitiva, este modelo de controle implica um movimento de *retração judicial*. Neste sentido, sua criação possibilitaria restringir um controle judicial antes excessivamente intenso (item 2.1.1). Mas há também uma segunda hipótese, menos óbvia: aquela em que a criação de um modelo de controle judicial deferente serve para possibilitar a *ampliação* da intervenção judicial, em domínios antes não sujeitos a controle algum (item 2.1.2).

2.1.1 A hipótese intuitiva: o modelo deferente como veículo de retração judicial

Entre as jurisdições estudadas para a elaboração deste trabalho, a hipótese intuitiva encontra ilustração bastante clara no Canadá (item 2.1.1.1) e ilustrações um pouco menos evidentes nos Estados Unidos e na Itália (item 2.1.1.2).

2.1.1.1 A ilustração perfeita do Direito Canadense

No Direito Canadense a criação do primeiro modelo deferente de controle (o modelo de irrazoabilidade manifesta) traduz um evidente movimento de *retração judicial*; implica um curso em direção a um controle *menos intenso* do que o que se dava precedentemente. Como já foi repetidamente relatado neste trabalho, este modelo de controle foi criado no caso *CUPE*, em 1979.⁶⁷ A iniciativa corresponde a uma reação da Suprema Corte a uma atitude progressivamente interventiva dos tribunais inferiores.⁶⁸

A situação levava a uma clara insatisfação da administração pública e do Parlamento. Como resposta, o Parlamento acentuou a edição de legislações contendo as chamadas “cláusulas privativas”, disposições voltadas a restringir a intervenção judicial.⁶⁹ Estas cláusulas estabeleciam, por exemplo, que as decisões de determinada autoridade administrativa eram “finais

67. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

68. David Mullan, “Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!” (1998), 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 191, 192.

69. Sobre as *cláusulas privativas*, v. o item 2.5.1.1.1 do Capítulo I da Segunda Parte.

e conclusivas” ou nas excluía direta e explicitamente do controle do Poder Judiciário. Mas esta intervenção do Parlamento não surtiu o efeito desejado. Os tribunais passaram a desviar deste obstáculo através da interpretação de que as cláusulas privativas não alcançavam “questões jurisdicionais”, as quais estariam sempre submetidas a um controle judicial não deferente.⁷⁰ Ato contínuo, as questões jurisdicionais passaram a ser interpretadas de forma ampla, constituindo o embasamento teórico de que o movimento judicial intervencionista necessitava.⁷¹

Assim, a situação de alto intervencionismo perdurou, e com ela perdurou também a insatisfação dos Poderes Executivo e Legislativo. Do ponto de vista teórico o período de hostilidade judicial à administração pública estava relacionado a uma forte influência do individualismo⁷² e da desconfiança no Estado administrativo.⁷³ Estas tendências foram significativamente corporificadas na doutrina de Albert Venn Dicey,⁷⁴ professor da Universidade

70. Brian Langille, “Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), cit., 17 *R. G. D.* 169, 189-190: “Insofar as a privative clause stood in the way of the Court’s inflicting their own views upon the parties the ‘comforting conceptualism of jurisdiction’ offered a right of passage into forbidden territory. (...) What is crucial is that the bottom line was a major invasion by the courts of the decision-making processes established by national labour law policy, and the thwarting of those processes and of that policy as a result. Thus we became witnesses to a familiar and recurring bit of institutional choreography – a labour board or arbitration decision – judicial review quashing the decision – legislative overruling of the judges”.

71. Sobre a ampla interpretação dada às questões jurisdicionais, v. o item 2.1.1.1 do Capítulo II da Segunda Parte.

72. V. John Willis, “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional”, (1935/36), 1 *U. T. L. J.* 53, 60. John Willis foi um dos mais importantes opositores a esta visão. Sobre a sua obra, v. o próximo item e também: Richard C. B. Risk, “In Memoriam: John Willis” (1997), 47 *U. T. L. J.* 301, 303; e David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, 55 *U. Toronto L. J.* 691, 691 (2005).

73. Cf.: Ian Holloway, “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), 22 *Man. L. J.* 28, 32; David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the process/substance distinction: Baker versus Canada” (2001), 51 *U. T. L. J.* 193, 204.

74. Em um caso, a Ministra Wilson, da Suprema Corte do Canadá, classificou Dicey como *remarkably influential* no direito administrativo canadense (v. *American Farm Bureau Federation versus Canadian Import Tribunal* (sub nom. *National Corn Growers Association versus Canada (Import Tribunal)*), [1990] 2 SCR 1324 at. 1332). Destacando a importância do pensamento de Dicey no intervencionismo canadense, v.: Harry Arthurs, “Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), 17 *Osgood Hall L. J.* 1; John M. Evans, “Jurisdictional review in the Supreme Court: realism, romance and recidivism” (1991), cit., 48 *Admin. L. R.*

de Oxford e ferrenho opositor à existência de um “direito administrativo”.⁷⁵ Dicey concentrava nas mãos do Poder Judiciário a tarefa de grande defensor do Estado de Direito e proclamava a conveniência da sua forte intervenção, para evitar arbítrios administrativos.⁷⁶

No caso *CUPE* a Suprema Corte resolve pôr fim a este estado de coisas, anunciando e inaugurando uma nova era de maior restrição dos tribunais. A bom rigor, a Suprema Corte já havia sugerido, em decisões anteriores a *CUPE*, que a autocontenção judicial poderia ser preferível.⁷⁷ Mas, neste caso, isto é feito pela primeira vez de forma explícita. Há uma célebre passagem em que o Ministro Dickson afirma que as cortes não devem tentar fazer passar por jurisdicionais questões que duvidosamente o são, apenas para aplicar um controle mais intenso.⁷⁸ Trata-se de uma explícita repreen-

255; David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 291; Claire L’Heureux-Dubé, “The ‘ebb’ and ‘flow’ of administrative law on the ‘general questions of law’”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 310; Beverly McLachlin, “The roles of administrative tribunals and courts in maintaining the rule of law” (1999), 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 171.

75. Conhecidas a objeção de Dicey ao direito administrativo e sua clássica frase “In England we know nothing of administrative law, and wish to know nothing about it”. Para este autor a administração pública deveria ser submetida ao mesmo Direito que regulava a ação das pessoas privadas. Sua submissão a um Direito especial seria uma forma indevida de privilégio. Para uma crítica a esta visão, v. Harry Arthurs (“Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), cit., 17 *Osgood Hall L. J.* 1, 5), segundo quem a concepção diceyana de Estado de Direito “has become a legal-cultural artifact. It has an emotive and symbolic significance, and still commands loyalty to which, on any objective assessment of its intellectual merits, it is not entitled”. No mesmo sentido, v.: Felix Frankfurter, “Foreword: current developments in administrative law” (1938), 47 *Yale L. J.* 515 at. 517: “Few law books in modern times have had an influence comparable to that produced by the brilliant obfuscation of Dicey’s Law of the Constitution (...). Generations of judges and lawyers were brought up in the mental climate of Dicey. Judgments, speeches in the House of Commons, letters to The Times, reflected and perpetuated Dicey’s misconceptions and myopia. The persistence of the misdirection that Dicey had given to the development of administrative law strikingly proves the elder Huxley’s observation that many a theory survives long after its brains are knocked out”.

76. Ian Holloway faz menção ao “Diceism” que acometeria os magistrados canadenses, no sentido de um “inflated sense of their own importance to the preservation of social justness” (“A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), cit., 22 *Man. L. J.* 28, 29).

77. *Service Employees, International Union, Local 333 versus Nipawin District Staff Nurses’ Assn.*, [1975] 1 SCR 382; *Jacmain versus Canada (Attorney General)*, [1978] 2 SCR 15.

78. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 233: “With respect, I do not think

são às manobras que estavam sendo feitas pelas cortes inferiores para atrair um controle mais intenso.

O julgamento em si é um libelo em prol da deferência judicial à administração pública. A Suprema Corte faz importantes considerações sobre como o processo decisório das agências difere do processo decisório das cortes, envolvendo, inclusive, a ponderação e o balanceamento de diferentes interesses públicos conflitantes.⁷⁹ Observa, ainda, como as decisões das agências muito frequentemente envolvem escolhas igualmente razoáveis, em face da ambiguidade da redação da norma.⁸⁰ Tendo em vista esta ambiguidade e a possibilidade de diversas interpretações razoáveis, a pergunta relevante passava a ser: qual instituição é mais bem adaptada para realizar estas escolhas?

O caso *CUPE* relacionava-se com a interpretação de um dispositivo da legislação laboral sob os cuidados de uma agência administrativa, enquadrando-se no “coração” de sua jurisdição. Por essa razão, de acordo com a Suprema Corte, a agência tinha, inclusive, o “direito de errar”.⁸¹ Havendo

that the language of ‘preliminary or collateral matter’ assists in the inquiry into the Board’s jurisdiction. One can, I suppose, in most circumstances subdivide the matter before an administrative tribunal into a series of tasks or questions and, without too much difficulty, characterize one of those questions as a ‘preliminary or collateral matter’. (...) The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so”.

79. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236: “The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers – broader than those typically vested in a labour board – to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met”.

80. Esta, aliás, era a situação do próprio caso. A Corte examina a razoabilidade de cada interpretação contida nos autos. Proceda desta maneira não para demonstrar que uma interpretação é mais correta que a outra, mas para mostrar que a interpretação da agência é ao menos tão razoável quanto a interpretação alternativa sugerida pela corte de apelação (cf. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242).

81. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 236: “The interpretation of S. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided

tal “direito de errar”, a única situação que permitiria ao Judiciário anular a decisão seria no caso de cometimento de uma “irrazoabilidade manifesta” (*patent unreasonableness*). Criou-se, assim, um novo modelo de controle, bastante menos interventivo que o modelo de correção (*correctness*), até então o único existente.

O contexto histórico da decisão e a sua argumentação deixam claro que o objetivo da Suprema Corte era o de passar uma mensagem clara para reduzir o intervencionismo judicial.⁸² Neste sentido, o voto do Ministro Dickson, condutor da maioria, faz menção à necessidade de respeitar a escolha do legislador de deixar determinadas decisões serem tomadas por agências especializadas. Em seguida ele faz referência à “considerável sensibilidade e expertise única” dos membros da direção das agências, além de importância de tomada expedita de decisões.⁸³ Nas palavras de Audrey Macklin, “CUPE transformou a base conceitual do controle substantivo através de uma reformulação da relação institucional entre os tribunais e o Estado Administrativo (...) [a decisão] sinaliza uma ruptura radical com os modos existentes de controle judicial, advogando um recuo do intervencionismo do passado”.⁸⁴

to the Board. In that case, not only would the Board not be required to be ‘correct’ in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause in S. 101”.

82. CUPE foi decidido no mesmo ano de *Nicholson versus Haldimand-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 SCR 311, que instaurava uma era de mais intenso controle procedimental. Mas, ao invés de entendê-las como mensagens contraditórias, é possível conciliá-las numa interpretação de que a Suprema Corte comandava menor controle substancial e maior controle procedimental. O foco no procedimento, assim, era uma forma de compensação da deferência substancial. Neste mesmo sentido, v.: David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 287.

83. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236.

84. Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 206. A autora vai além: “Most importantly, [CUPE] conveyed a spirit of curial deference, a recognition that administrative decision-makers are not merely ‘inferior tribunals’, but specialized bodies that possess a legislative mandate to apply their expertise and experience to matters that they may be better suited to address than the ‘ordinary court’” (idem, p. 204). Para uma visão contrária, destacando o que seria um renascimento do intervencionismo a partir do meio da década de 1980, v.: Ian Holloway, “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), cit., 22 *Man. L. J.* 28, 29; Brian Langille, “Judicial review, judicial revisionism and judicial responsibility” (1986), cit., 17 *R. G. D.* 169.

Sob uma perspectiva mais genérica, a consagração de uma orientação deferencial no Canadá importa também uma vitória do Estado Administrativo. Constitui uma valorização de autoridades administrativas descentralizadas, que se proliferaram rapidamente a partir principalmente da década de 40 do século passado. A decisão da Suprema Corte no caso *CUPE* é, assim, informada por uma específica visão social anti-individualista,⁸⁵ e veicula a intenção de facilitar a intervenção estatal no âmbito social e promover a eficiência administrativa.⁸⁶

2.1.1.2 As ilustrações menos claras dos Direitos Americano e Italiano

Nos Estados Unidos e na Itália também se encontram exemplos da hipótese mais intuitiva, em que a criação do modelo deferente de controle traduz um movimento de *retração* judicial. Entretanto, a ilustração fornecida por estas duas outras jurisdições não é tão óbvia. É que nelas o contexto que precedeu estas iniciativas não era tão claramente e polemicamente interventivo como no Canadá. Ainda assim, a leitura dos seus julgados mais importantes evidencia as exortações à autocontenção judicial.

2.1.1.2.1 *O Direito Americano e a doutrina Chevron* – No caso americano a referência necessária é novamente à doutrina *Chevron*. Ela constitui um exemplo de iniciativa voltada a instituir um padrão jurisprudencial de respeito às opções da administração pública – e, portanto, um padrão de autorrestrrição judicial. Ao contrário do caso canadense, no entanto, o contexto que precedia *Chevron* não era exatamente de alta intervenção judicial, mas de *inconsistência* jurisprudencial.⁸⁷ Os tribunais vinham aplicando desor-

85. David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, cit., 55 *U. Toronto L. J.* 691, 694 (2005).

86. Neste sentido, v.: David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the process/substance distinction: Baker versus Canada” (2001), cit., 51 *U. T. L. J.* 193, 203: “The same basic urge that led to CUPE – the urge on the part of progressive judges to install within the court’s jurisprudence a recognition of the legitimacy of the Administrative State”.

87. Registre-se, no entanto, a opinião de Keith Werhan. Este autor interpreta *Chevron* como uma das mais significantes evidências da retomada do movimento neoclássico no direito administrativo americano – e acha que este movimento constituiu uma reação aos excessos do ativismo judicial nas décadas de 1960 e 1970: “I argue that the Chevron decision’s primary importance lies in its leading role in the Supreme Court’s recent rejection of the traditional model of administrative law and its ongoing experiment to fashion a replacement paradigm. (...) I label this new paradigm the ‘neoclassical model’, in order to suggest its apparent appeal to the Court.

denadamente ora um controle não deferente, ora um controle deferente das interpretações legislativas promovidas pela administração pública, sem consagrar nenhum critério preciso.⁸⁸ Assim, *Chevron* não vem pôr fim a uma era de controle não deferente da administração pública, tal como *CUPE*. Seu objetivo é finalizar incertezas relativas à precisa intensidade do controle judicial devida nestas hipóteses.⁸⁹

Feita esta ressalva, contudo, é bastante claro que esta célebre decisão da Suprema Corte americana possui um viés de autorrestrição judicial, veiculando uma determinação aos tribunais americanos para evitarem exageros ao efetuarem seu controle. Eis por que em sua passagem mais clássica se afirma que nas hipóteses em que uma dada questão não tenha sido já resolvida claramente pela legislação pertinente (por ambiguidade ou silêncio) “o tribunal não deve simplesmente impor a sua própria interpretação da lei”,⁹⁰ mas apenas avaliar se a interpretação oferecida pela autoridade administrativa é permissível. A escolha de palavras deixa evidente a admoestação a um comedimento judicial.⁹¹

Este viés é claro, ainda, nas diversas passagens em que a Suprema Corte considera as vantagens institucionais das autoridades administrativas para resolver determinadas questões, em função, principalmente, de sua expertise

The neoclassical model seeks to unite the classical distinction between law and policy with a postmodern skepticism about the competence and integrity of courts to oversee agency decision-making. (...). The model surfaced in the late 1970s and gained momentum during the 1980s. This followed a period of intense judicial activism, roughly from the mid-1960s to mid-1970s, when courts assumed a major responsibility for ensuring the openness of agency decision-making processes and the soundness of the decision-making itself. The neoclassical model represents not only a reaction to the excesses of that activism, but also a severe overreaction that aims to overturn and replace the traditional model of administrative law as well” (“The neoclassical revival in administrative law”, 44 *Admin. L. Rev.* 567, 567-568 (1992)).

88. Sobre o tema, v. Thomas Merrill, “The story of *Chevron*: the making of an accidental landmark”, in Peter Strauss (ed.), *Administrative Law Stories*, New York, Thomsom/West, 2006, p. 413.

89. V., a propósito, o Capítulo II da Segunda Parte.

90. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-843 (1984).

91. Neste sentido, Thomas Merrill afirma que “in the pre-*Chevron* period, deference to executive interpretations required special justification; independent judgment was the default rule. Under *Chevron*, the court must initially establish whether the issue is suitable for independent judicial resolution; if it is not, the court automatically shifts into a deferential mode. As a result, independent judgment now requires special justification, and deference is the default rule” (“Judicial deference to Executive precedent”, 101 *Yale L. J.* 969, 977 (1992)).

e maior legitimidade democrática.⁹² A rigor, uma das contribuições mais importantes de *Chevron* foi, mesmo, redefinir a relação entre os tribunais e as autoridades administrativas e elucidar a distribuição de competências.⁹³ Esclareceu, assim, que, no caso de legislações administrados por agências, o papel dos tribunais será limitado. Nos casos de ambiguidade legislativa não é necessário que a interpretação administrativa seja a “única possível ou mesmo a melhor”, sendo bastante que ela seja *permissível* para que o Poder Judiciário esteja desautorizado a nela interferir.⁹⁴

2.1.1.2.2 O “controle fraco” para as avaliações técnicas complexas na Itália – Na Itália a melhor referência é, certamente, ao chamado “controle fraco” (*sindacato debole*). Isto porque a criação deste modelo de controle pode ser bem identificada no tempo, ao contrário do que se dá nos casos do modelo de controle deferente (ainda hoje) aplicável à discricionariedade

92. V., por exemplo, *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984): “Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices – resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”.

93. Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2078-2079 (1990): “Before the rise of the regulatory state, the allocation of authority between the executive branch and the Judiciary was relatively clear: it was for the courts, not the executive, to ‘say what the law is’, at least in litigated cases. This understanding extended to interpretation of statutes no less than to interpretation of the Constitution. Most statutory disputes did not involve the executive branch as a party. Since government almost always acted without the mediation of a policy-making, fact-finding administrative agency, it was only natural that questions of statutory meaning would be decided by the courts. (...). All this was changed by the creation in the twentieth century of a massive administrative apparatus, which was of course a self-conscious repudiation of regulation through the judiciary. For the twentieth century reformers, courts lacked the flexibility, powers of coordination, initiative, democratic accountability, and expertise necessary to deal with complex social problems”.

94. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 n. 11 (1984): “The court need not conclude that the agency construction was the only one it permissibly could have adopted to uphold the construction, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding”.

administrativa e do modelo de controle deferente anteriormente aplicado aos casos da chamada discricionariedade técnica. Com efeito, o primeiro registro de referência do Conselho de Estado ao modelo de controle “fraco” deu-se em 2001. Em julgamentos seguintes o máximo Tribunal Administrativo italiano esclareceu que ele deveria ser aplicado às hipóteses de “avaliações técnicas complexas” (*valutazioni tecniche complesse*) – também um conceito novo. Esta mais precisa determinação no tempo permite uma análise mais rica e exata sobre as circunstâncias que motivaram sua criação.

Dito isto, é preciso reconhecer que a confusa situação jurisprudencial da Itália entre 1999 e 2001 torna difícil afirmar que tipo de controle era aplicado às chamadas avaliações técnicas complexas antes das decisões do caso *Formambiente*,⁹⁵ que criou o modelo de controle fraco, e do caso *RC Auto*,⁹⁶ que o desenvolveu. Primeiro, porque esta categoria (avaliações técnicas complexas) nem mesmo existia no vocabulário judicial administrativo. Ela serve para designar os casos em que a decisão administrativa envolve, conjuntamente, elementos de discricionariedade pura (no sentido clássico de ponderação de interesses públicos conflitantes) e da chamada discricionariedade técnica. O problema é que, se a discricionariedade pura era (e segue sendo) submetida a um controle judicial deferente, a chamada discricionariedade técnica já parecia estar, desde o *revirement* de 1999, submetida a um controle ilimitado. Neste sentido, tal como no caso americano, a decisão do Conselho de Estado no caso *Formambiente* não visa a reformar a jurisprudência antes vigente, mas a esclarecê-la. A despeito disto, também como nos Estados Unidos, este esclarecimento é suficiente para demonstrar um viés de exortação ao comedimento judicial.

A primeira menção ao controle fraco deu-se no caso *Formambiente*.⁹⁷ Tratava-se de contestação judicial de decisão do Comitê Técnico Florestal que impedira edificação em área sujeitas a restrições por razões hidrogeológicas. A decisão fora anulada pelo Tribunal Regional, que se baseara fortemente no parecer do perito do Juízo para concluir que, ao contrário do que supunha a autoridade administrativa, a área era idônea para fins de edificação. O Conselho de Estado anulou a decisão do Tribunal Regional e restabeleceu a decisão administrativa. Ao fazê-lo, afirmou que a decisão envolvida uma *avaliação técnica complexa* (com juízos de opinabilidade e oportunidade) e que, nestes casos, o controle judicial é “fraco”, limitando-se a avaliar a razoabilidade das escolhas operadas pela administra-

95. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287.

96. Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199.

97. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287.

ção.⁹⁸ A argumentação do Conselho de Estado incluiu uma repreensão ao Tribunal Regional por haver ido além do que era devido. Este é, sem dúvida, o primeiro aspecto relevante para os fins deste item.

Como segundo aspecto relevante, atente-se a que o Conselho de Estado justificou a necessidade de aplicação de um controle deferente (que denominou de “fraco”) em função de vantagens institucionais comparativas da administração pública em relação aos tribunais. O Tribunal observa, então, que a dificuldade de separar conceitualmente a opinabilidade e a oportunidade se acentua nos casos em que as avaliações apresentam natureza de objetiva complexidade, coligadas à relevância dos interesses em jogo. E nestes casos o legislador normalmente confere poder decisório a entidades da administração “dotadas de uma peculiar legitimação, à luz da sua composição e qualificação técnica”.⁹⁹ Note-se que o Conselho de Estado fala em “peculiar

98. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, item 8: “Il giudice è stato qui chiamato a pronunciarsi sull’impugnazione di una delibera di autorizzazione che era stata presa sulla base di una valutazione di natura complessa, che ha abbracciato la consistenza del vincolo idrogeologico gravante sull’area, l’estensione e la specifica collocazione del terreno della società e le possibili conseguenze che sarebbero derivate dal disboscamento a scopo edificatorio: in breve, sia considerazioni collegate ad un giudizio tecnico opinabile sia considerazioni di opportunità amministrativa. Nel dirimere una controversia annoverabile, secondo tradizione, in quelle collegate al controllo della c.d. discrezionalità tecnica, il giudice non si è limitato a censurare le valutazioni tecniche (non giuridiche) che erano apparse sicuramente inattendibili ed irragionevoli, ma ha direttamente sostituito la valutazione tecnica sviluppata nel processo a quella effettuata dall’amministrazione. Si è compiuto, a ben vedere, un controllo di tipo ‘forte’, che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell’amministrazione. Mentre il controllo di tipo ‘debole’ avrebbe richiesto che le cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente fossero utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. Ebbene, nel caso di specie, un controllo di tipo ‘forte’ non poteva legittimamente svolgersi”.

99. Cons. St., Sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, itens 9-10: “In secondo luogo, deve tenersi in debito conto che la difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità ed opportunità amministrativa è accentuata proprio nei casi in cui la valutazione presenta caratteri di obiettività complessità, collegata alla rilevanza di interessi di rango primario; interessi protetti da norme costituzionali destinate a prevalere nel giudizio di bilanciamento che le contrappone all’interesse dedotto dal ricorrente, anch’esso di sicura ascendenza costituzionale grazie al disposto dell’art. 113 Cost.. L’emersione di siffatti interessi, inoltre, induce il legislatore primario ad affidare il potere di provvedere ad articolazioni dell’amministrazione che si assumono dotate di una peculiare legittimazione, alla luce della composizione e qualificazione tecnica. (...) È, infine, univoca la scelta legislativa che, in coerenza col principio di buon andamento dell’attività amministrativa, demanda la valutazione ad un organo

legitimação”, como a acentuar também a maior legitimação da administração do que do juiz para tomar estas decisões relevantes. Este era também o caso do Comitê Técnico Florestal.

As considerações institucionais que justificam esta contenção judicial foram desenvolvidas em vários casos seguintes. Nestes a argumentação sempre foi no sentido de explicar por que um controle deferente, *ao invés de um controle irrestrito*, seria preferível ou mais conveniente.¹⁰⁰ Resta, portanto, evidenciado que na Itália o controle fraco foi criado para veicular uma *limitação* da intervenção judicial sobre certas decisões administrativas.

2.1.2 A hipótese contraintuitiva: o modelo deferente para ampliação da intervenção

O item acima demonstrou como a criação de um modelo de controle deferente pode servir para veicular um movimento de retração judicial. Completamente distinta é a perspectiva do Direito Francês. Nesta jurisdição o modelo deferente de controle judicial (dito “controle mínimo” ou “restrito”) foi criado para permitir uma intervenção judicial reduzida em matérias que antes não estavam submetidas a controle judicial algum. Isto significa que a função histórica do controle restrito na França é veicular um *aumento* do controle judicial, ainda que este aumento não implique a adoção de um controle não deferente. Dito de outro modo: a criação do modelo de controle deferente na França não traduz um movimento de retração, mas de *avanço*, de *intensificação* ou *ampliação* do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a administração pública.

che si configura come dotato di una specifica competenza, funzionale alla corretta salvaguardia del vincolo. In questo settore la legge ha assunto al rango di interesse pubblico un interesse che ha anche valenza tecnico-scientifica e ne ha attribuito la cura ad una particolare autorità amministrativa”.

100. V., por exemplo, Cons. St., Sez. VI, 23.4.2002, n. 2199, item 1.3.1, em que o *Consiglio di Stato* afirma que a autoridade antitruste possui particular composição e qualificação técnica, além de um grau elevado de autonomia e independência, razão pela qual o controle judicial operado sobre suas avaliações técnicas complexas deve limitar-se a uma avaliação de razoabilidade. V. também Cons. St., Sez. VI, 1.10.2002, n. 5156, itens 6 e 9, em que o *Consiglio di Stato* repõe o TAR de Lazio por ter operado um controle forte sobre a existência de posição dominante, avaliação que deve ser reservada à autoridade antitruste, autoridade “neutra” e “legítima”, possuindo características institucionais que a fazem mais adaptada que os tribunais para efetuar juízos técnicos e prognósticos.

2.1.2.1 A criação do modelo de controle restrito em 1961 na França

O modelo de controle restrito foi adotado pela primeira vez no caso *Lagrange*, em 1961.¹⁰¹ Sua criação permitiu ao Conselho de Estado submeter as decisões administrativas relativas à equivalência de funções exercidas por agentes públicos a *algum* controle judicial. A matéria estava antes reservada à ampla discricionariedade administrativa, não sendo sujeita a qualquer supervisão judicial. A partir do caso *Lagrange* a jurisprudência administrativa pôde ao menos censurar os erros mais grosseiros ou mais evidentes da administração pública – os chamados “erros manifestos de apreciação”.

As duas décadas seguintes são marcadas por movimentos semelhantes em diversos domínios da atuação administrativa. Alguns exemplos podem ilustrar esta afirmação. Em 1973 o Conselho de Estado passou a submeter a um controle restrito as decisões administrativas relativas a interdições de publicações estrangeiras.¹⁰² Estas medidas, antes consideradas expressões da *haute police administrative*, escapavam a qualquer controle judicial. A alteração desta jurisprudência seguiu exortação do Comissário de Governo Braibant. Em suas conclusões ele observou como, já naquela época, o controle restrito parecia totalmente disseminado, e sugeriu ao Conselho de Estado que estendesse esta solução à polícia administrativa relativa a publicações estrangeiras, notadamente em função do risco de violação de liberdades fundamentais.¹⁰³ Dois anos depois o controle restrito passou a

101. CE, 15.2.1961, *Lagrange*. Pierre Delvolvé contesta esta informação dominante, afirmando que este modelo de controle já fora aplicado no caso CE, 13.11.1953, *Denizet* (“Existe-t-il un contrôle de l’opportunité?”, *Conseil Constitutionnel/Conseil d’État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, Paris, LGDJ, 1998, p. 285).

102. A referência é ao caso CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, Req. 82590.

103. Depois de relatar o estágio atual em que se encontrava a jurisprudência da matéria (até então isenta de controle judicial), o Comissário de Governo M. Braibant conclui o seguinte: “Le moment nous paraît venu d’aller au delà de cette jurisprudence traditionnelle. Sans doute ne peut-il être question pour le juge de substituer son appréciation à celle de l’autorité administrative lorsque cette autorité dispose d’un pouvoir discrétionnaire, que vous définissez précisément comme un pouvoir d’appréciation. Mais il y a déjà douze ans que vous avez étendu votre contrôle en la matière en utilisant la notion d’erreur manifeste d’appréciation: le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper, mais non celui de commettre une erreur manifeste c’est-à-dire à la fois apparente et grave. Le champ d’application de cette jurisprudence nouvelle c’est [sic] peu à peu étendu aux domaines les plus variés, de sorte que l’on peut se demander si elle n’a pas aujourd’hui un caractère général.

atingir também as apreciações de existência de uma ameaça à ordem pública no caso da presença de um estrangeiro, de origem não comunitária, no solo francês¹⁰⁴ – outra situação antes isenta do escrutínio judiciário.¹⁰⁵ Em 1978, revertendo extensa jurisprudência em sentido contrário,¹⁰⁶ o máximo Tribunal Administrativo admite pela primeira vez a análise de erro manifesto em caso de sanção disciplinar.¹⁰⁷ Neste caso o Comissário de Governo Bruno Genevois retomou razões refutadas em casos anteriores pelo Conselho de Estado para ampliar seu controle, sugerindo que “a recusa de exercer qualquer controle não [estava] em harmonia com a evolução geral do [controle do Conselho de Estado] sobre o exercício pela administração de um poder discricionário”.¹⁰⁸

Vous l'avez appliqué à des appréciations aussi difficiles que celles de la valeur d'un fonctionnaire ou de la nocivité d'un produit. Mais vous ne l'avez pas encore employé dans le domaine des mesures de police sinon seulement vous n'avez jamais annulé une telle mesure sur ce terrain, mais vous n'en avez même pas réservé expressément la possibilité. Seul le tribunal administratif de Paris s'est jusqu'à présent engagé dans cette voie en évoquant l'éventualité d'une annulation pour une erreur manifeste d'appréciation à propos de l'interdiction faite à un étranger de pénétrer sur le territoire français. (...). Nous vous proposons de faire vôtre cette solution. Le domaine de la police est sans doute celui dans lequel le contrôle du juge est le plus nécessaire parce qu'il touche a des libertés fondamentales” (v. conclusões do Comissário de Governo Braibant em CE, 2.11.1973, *S/A Librairie François Maspero*, Req. 82590).

104. CE, 3.2.1975, *Min. Intérieur c. Pardov*, Req. 94108.

105. V., neste sentido, por exemplo: CE, 13.6.1952, *Meyer*.

106. O *leading case* era CE, 22.11.1967, *Dlle. Chevreau*, decidido já após a criação do modelo de controle restrito, em 1961. Neste caso o Conselho de Estado se recusou a verificar a adequação da sanção disciplinar máxima aplicada pela *Assistance Publique de Paris* a uma falta supostamente não grave de um enfermeiro. A aplicação de um controle restrito havia sido sugerida pelo Comissário de Governo Kahn, mas não foi aceita pelo Conselho de Estado. A orientação foi confirmada posteriormente em: CE, 28.4.1976, *Gorin T.*; CE, 2.6.1976, *Dame de Robert*; CE, 1.10.1976, *Soucasse*.

107. CE, Sect., 9.6.1978, *Lebon*, Req. 05911. Tratava-se do exame da proporcionalidade de sanção de aposentadoria compulsória aplicada a um professor primário acusado de condutas contrárias à moral e aos bons costumes em relação a garotas de sua classe.

108. Afirmando que o modelo de controle de erro manifesto estava, àquela altura, já generalizado, o Comissário conclui que o Conselho de Estado deveria passar a adotá-lo: “Le refus d'exercer tout contrôle n'est pas en harmonie avec l'évolution générale de votre contrôle sur l'exercice par l'administration d'un pouvoir discrétionnaire. (...) À l'époque ou vous avez rendu la décision Demoiselle Chevreau, la notion d'erreur manifeste était encore peu développée. (...) Mais, depuis 1967, la théorie de l'erreur manifeste a été généralisée et s'applique dans les domaines les plus divers. (...) On s'explique dès lors assez mal le maintien de votre jurisprudence

Nestes primeiros casos percebe-se claramente o viés histórico do modelo de controle restrito: uma forma de viabilizar a *ampliação* do escrutínio judicial. Note-se que nos casos canadense, americano e italiano citados acima a adoção de um modelo de controle deferente exigiu dispêndio de energia dos tribunais para justificar *por que um controle mais forte, não deferente*, não era adotado. Toda a argumentação dos tribunais é construída neste sentido. Ao contrário, no Direito Francês o modelo de controle restrito foi criado para permitir maior intervenção dos tribunais em casos antes isentos de controle judicial. Por esta razão, o esforço argumentativo dos comissários de governo estava todo direcionado a *convencer* que *mais controle* era devido, conveniente e juridicamente possível. Dito, ainda, de outro modo: no Canadá, nos Estados Unidos e na Itália precisou-se explicar por que adotar um controle deferente *ao invés de um controle não deferente*; na França precisou-se explicar por que adotar um controle deferente *ao invés de controle nenhum*. Neste contexto, um modelo de controle em que a intervenção dos tribunais é *meramente limitada* serve como instrumento para facilitar a introdução da supervisão judicial, fazê-la mais suave, menos abrupta – e, portanto, mais facilmente aceitável. A estratégia revelou-se bem-sucedida. A supervisão judicial (através do controle normal ou restrito) é hoje totalmente disseminada no Direito Francês. Os casos de insubmissão de decisões administrativas ao controle judicial estão reduzidos a hipóteses muito raras e quase anedóticas.¹⁰⁹

2.2 A evolução histórica do modelo de controle deferente

O item anterior examinou as circunstâncias históricas e os argumentos dos tribunais em julgamentos-chave para identificar o viés histórico dos modelos deferentes de controle em cada uma das jurisdições estudadas. Neste segundo passo a ideia é examinar a evolução vivenciada por cada um destes modelos nas décadas que se seguiram à sua criação.

traditionnelle” (conclusões do Comissário de Governo Bruno Genevois no caso CE, Sect., 9.6.1978, *Lebon*, Req. 05911).

109. O chamado *contrôle infra-minimum* aplica-se hoje para decisões como concessão de honras (CE, 27.11.2000, *Ass. Comité Tous Frères*; CE, 10.12.1986, *Loredon*, *AJDA* 1987, p. 91), para o modo de gestão de serviços públicos (CE, 27.11.2002, *Sté. d'Intérêt Collectif Agricole d'Électricité (SICAE) de la Région de Péronne*, *AJDA* 2003, p. 575; CE, 10.1.1992, *Assoc. des Usagers de l'Eau de Peyreleau*, *RFDA* 1992, p. 346) e para as decisões dos Júris de concursos públicos (CE, 16.5.2001, *de Nale*; CE, 3.11.1982, *Gouze*; CE, 15.4.1983, *Bannay*; CE, 20.5.1994, *Mlle. Semetey*; CE, 22.2.1995, *Girardot*).

Os Direitos Canadense e Americano oferecem ilustrações do vicejo do modelo deferencial (item 2.2.1). No Canadá o modelo de razoabilidade conheceu progressiva ascensão, a tal ponto de hoje constituir o modelo de controle mais comum. Um pouco menos claramente, nos Estados Unidos a orientação deferente de *Chevron* permanece como regra mesmo diante das reformas (ou esclarecimentos) trazidas à doutrina pelo julgamento do caso *Mead*.

Já, os Direitos Italiano e Francês fornecem exemplos contrários, de situações em que os modelos de controle deferenciais foram perdendo prestígio ao longo do tempo (item 2.2.2). Na França, após uma fase inicial de difusão, o modelo de controle judicial foi perdendo prestígio em benefício de um controle mais intenso, o chamado controle normal, não deferente. O caso italiano é o paradigma mais flagrante do fracasso: o chamado controle fraco foi abandonado apenas três anos após ter sido criado.

2.2.1 A hipótese de disseminação do modelo deferente

Mais uma vez o Canadá aporta o exemplo mais claro de uma tendência. Aqui a ilustração é relativa ao vicejo de um modelo de controle deferencial. Inexistente até 1979, a orientação de controle deferente disseminou-se rapidamente e, a despeito das reformas internas, estabeleceu-se como dominante (item 2.2.1.1). Nos Estados Unidos a ilustração do sucesso é menos clara, mas parece ser também discernível (item 2.2.1.2).

2.2.1.1 A clara ilustração do Direito Canadense: o ocaso do modelo de correção

Ao longo do seu histórico jurisprudencial o Direito Canadense conheceu distintos modelos deferentes de controle. O primeiro a ser criado foi o modelo de irrazoabilidade manifesta, em 1979, no caso *CUPE*.¹¹⁰ Por quase 20 anos os únicos modelos de controle foram o modelo não deferente de correção e o modelo ultradeferente de irrazoabilidade manifesta. Em 1997¹¹¹ foi criado o terceiro modelo de controle, de razoabilidade simples.¹¹² Finalmente, em 2008¹¹³ a Suprema Corte reformou o sistema, mesclando os dois

110. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236.

111. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 54-56.

112. Sobre o número de modelos de controle e as polêmicas correspondentes, v. o Capítulo I desta Terceira Parte.

113. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 45.

modelos de controle restrito em apenas um modelo deferencial, denominado, simplesmente, “modelo de razoabilidade”.

Independentemente deste vai-e-vem no número de modelos deferentes, a deferência judicial em si tem sido objeto de forte evolução no Direito Canadense.¹¹⁴ Nas palavras de David Mullan, ela é hoje um “valor transcendental” no direito administrativo canadense.¹¹⁵ Do contexto altamente interventivo que motivou a revolução do caso *CUPE*, em 1979, resta, hoje, muito pouco. As hipóteses de aplicação dos diferentes modelos deferentes de controle judicial se multiplicaram, e os casos de incidência do modelo de correção foram sendo drasticamente reduzidos. Hoje eles incidem quase exclusivamente para o controle de decisões administrativas que envolvam forte sensibilidade jurídica, como aquelas de natureza constitucional, jurisdicional ou relativas a direitos fundamentais ou humanos.¹¹⁶

Como uma das expressões mais claras do prestígio do modelo de controle judicial deferente pode ser citada a proposição feita pelo Ministro Binnie, da Suprema Corte canadense, no caso *Dunsmuir*. De um modo geral, a reforma aportada neste caso visava a otimizar o sistema de controle judicial no Canadá, reduzindo sua complexidade e ampliando sua operacionalidade. Neste sentido, um dos grandes atingidos foi o processo contextualizado de determinação da intensidade do controle judicial – antes denominado de “análise pragmática e funcional” e, a partir de *Dunsmuir*, apenas “análise do modelo de controle judicial”. Como um elemento adicional para a simplificação do sistema, o Ministro Binnie sugeriu a adoção de algumas presunções. Isto evitaria que análises complexas tivessem que

114. Não parece correto interpretar a eliminação do modelo de controle de irrazoabilidade manifesta como um passo em direção a maior intervenção judicial. A própria Suprema Corte buscou evitar este raciocínio (v. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 48): “The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism”. No mesmo sentido, v. também: Jared Craig, “Defending city hall after *Dunsmuir*” (2008), 46 *Alberta L. Rev.* 275, 292.

115. David Mullan, “Recent developments in administrative law – The apparent triumph of deference!” (1998), cit., 12 *Can. J. Admin. L. Prac.* 191, 192. Em outro trecho afirma o autor que “the Supreme Court of Canada in a substantial number of its recent prominent administrative law judgments has been prepared to accord a significant degree of autonomy to and respect for the operational imperatives of administrative tribunals. Moreover, this philosophy or approach has extended beyond typical standard of review cases to a broad range of other situations involving the relationship between the courts and the administrative process” (p. 204).

116. Cf. Laverne Jacobs, “Developments in administrative law: the 2007-2008 term – The impact of *Dunsmuir*”, *Supreme Court Law Review* 43(2d)/1-34, 2008, p. 17.

ser efetuadas em todos os casos – elas o seriam apenas quando alguma parte interessada pretendesse demonstrar que a presunção não se aplicava ao caso concreto.¹¹⁷

A principal presunção, de acordo com a proposta do Ministro Binnie, deveria ser a de que o modelo de controle fosse, de regra, o de razoabilidade quando se tratasse de decisão de uma autoridade administrativa especializada.¹¹⁸ A parte que pretendesse a aplicação do modelo de correção teria que demonstrar que a decisão controlada trata equivocadamente de uma questão jurídica que não está atribuída (ou não poderia estar atribuída, por força de disposições constitucionais) a uma autoridade administrativa, tendo natureza de questão jurisdicional ou de questão jurídica geral.¹¹⁹

Embora não tenha sido adotada pela maioria da Suprema Corte, parece legítimo admitir que, em si, a proposta já oferece um testemunho da alta disseminação (e, mesmo, predomínio) do modelo de razoabilidade. A ideia consistia justamente em *oficializar* esta preeminência, com o objetivo de simplificar a tarefa de determinação da intensidade do controle judicial incidente em cada caso concreto.

117. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 145: “The present incarnation of the ‘standard of review’ analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the ‘real’ nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn’t be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case”.

118. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 146: “The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (‘contextually’ applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision-maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is no single ‘correct’ outcome”.

119. *Dunsmuir versus New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190, para. 147: “An applicant urging the non-deferential ‘correctness’ standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision-maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto”.

2.2.1.2 A ilustração menos clara do Direito Americano: o movimento pendular

No caso dos Estados Unidos a disseminação do modelo deferencial de controle judicial não é tão clara. Na doutrina *Chevron* o grande marco de sua evolução jurisprudencial é a restrição dos seus termos originais no caso *Mead*. Como já se afirmou diversas vezes, neste caso a Suprema Corte afirma que o teste de *Chevron* é aplicável apenas nas hipóteses em que se possa identificar uma delegação legislativa para que as autoridades administrativas falem com força de lei.¹²⁰

Por outro lado, o advento de *Mead* não precisa ser necessariamente interpretado como uma retração na doutrina *Chevron*, senão como um esclarecimento das suas reais hipóteses de incidência. Neste sentido, a doutrina *Chevron* segue vigente quase 30 anos depois de sua enunciação. Além disso, mesmo nos casos em que ela não for cabível, pode incidir ainda a doutrina *Skidmore*, que determina a concessão às decisões administrativas de um peso na medida de sua persuasão. Isso significa uma expansão da orientação deferencial (em gradações variadas) para, virtualmente, todas as interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas.

Fora do âmbito estrito das interpretações legislativas a orientação deferencial é dominante. O capítulo anterior já demonstrou como o regramento genérico do *Administrative Procedure Act*/APA reserva a hipóteses bastante excepcionais o modelo de controle não deferencial (dito *de novo*).¹²¹ São muito mais numerosas e disseminadas as hipóteses de aplicação dos modelos de evidências substanciais e de arbitrariedade – ambos deferentes, a tal ponto de ser comum o pleito doutrinário para que eles sejam fundados com o segundo passo do teste de *Chevron*.

A conclusão é a de que, embora não seja tão claro como no caso canadense, nos Estados Unidos também parece haver uma disseminação e um domínio dos modelos deferentes de controle judicial.¹²²

120. Sobre o tema, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

121. V. o item 2.1.1.1.1 do Capítulo I desta Terceira Parte.

122. Numa perspectiva mais genérica, a doutrina americana ressalta a *pendularidade* da gradação da intervenção judicial nas decisões da administração pública. Voltando-se os olhos aos últimos 100 anos do direito administrativo deste País, nota-se que movimentos de retração judicial seguem-se a períodos de maior ativismo. Para um aprofundado estudo histórico, v.: Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567. Num rápido resumo, a primeira menção é devida ao que ele denomina *early modern approach*. Vigente nas primeiras décadas do século XX, caracterizava-se pelo formalismo judicial e pelo viés contrário à administração pública – do que resulta uma tendência à acentuação do controle judi-

2.2.2 A hipótese de declínio ou abandono do modelo deferente

Em outras jurisdições o modelo deferente de controle não mereceu igual sorte. Na Itália o chamado “controle fraco” durou apenas três anos, logo sendo abandonado pelo Conselho de Estado (item 2.2.2.1). Na França o controle restrito vem perdendo espaço para o controle normal, embora ainda seja utilizado em alguns domínios da ação administrativa (item 2.2.2.2).

2.2.2.1 O abandono total do controle fraco no Direito Italiano

Criado em 2001, sob a influência do Direito Americano, o modelo de controle fraco teve existência bastante fugaz no Direito Italiano. Desde sua concepção foi objeto de fortes críticas da doutrina, que nele enxergava um comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional. Em 2004, antes de completar seus curtos três anos, o modelo de controle fraco foi abandonado

cial. Este primeiro momento é posteriormente suplantado em função da consolidação do *New Deal*, programa que multiplica a quantidade de autoridades administrativas descentralizadas, sua importância e seu prestígio. Com fundamento no institucionalismo realista, tem, então, lugar o movimento que Werhan denomina de *Legal Process*. Este período é marcado por forte retração judicial, embasada na maior expertise e adaptação institucional das autoridades administrativas. Segue-se, a partir da década de 1960 e por cerca de 20 anos, uma nova oscilação do pêndulo, dando origem ao movimento *Interest Representation*. Caracterizado por forte descrença num *governo de experts* e impulsionado por grande preocupação com o fenômeno da captura das autoridades administrativas pelas indústrias reguladas, o movimento dá origem a novo período de ativismo judicial. Esta orientação é particularmente visível no controle procedimental, onde se passa a falar de uma *hard-look doctrine* (v.: Patrick M. Garry, “Judicial review and the ‘hard-look’ doctrine”, 7 *Nev. L. J.* 151; Cass R. Sunstein, “Deregulation and the hard-look doctrine”, 1983 *Sup. Ct. Rev.* 471. A partir do final da década de 1970 – e principalmente durante a década de 1980 – tem-se o período neoclássico, que retoma a distinção entre *law* e *policy*, que era cara ao modelo clássico, e restabelece a tendência deferencial. Casos como *Chevron* e *Heckler versus Chaney* e as restrições operadas nas regras relativas à legitimidade de agir são algumas das suas maiores expressões. Sobre o *revival* neoclássico, v., ainda, Cass R. Sunstein, “Law and administration after *Chevron*”, cit., 90 *Colum. L. Rev.* 2071, 2073.

Feito este relato da natureza pendular da retração judiciária nos Estados Unidos, não é totalmente claro que se possa apontar um vicejo da orientação deferente. Entretanto, esta orientação é claramente dominante nos dias atuais. Para uma imagem pendular também do histórico jurisprudencial americano do século XIX, v.: Ann Woolhandler, “Judicial deference to administrative action – A revisionist history”, 43 *Admin. L. Rev.* 197 (1991). Sobre o tema do pendor relativo ao controle judicial, v. também Louis L. Jaffe, “The right to judicial review I”, 71 *Harv. L. Rev.* 401, 421-422 (1957).

pelo Conselho de Estado.¹²³ A partir da decisão do Conselho de Estado no caso *Buoni Pasto*¹²⁴ as avaliações técnicas complexas passaram simplesmente a ser submetidas não mais a um controle “fraco”, mas, sim, a um controle “pleno e particularmente penetrante”. A princípio, o máximo Tribunal Administrativo italiano quis fazer crer que se tratava de uma mera alteração nominativa: suas decisões anteriores estariam sendo mal-interpretadas, o controle fraco significaria tão somente um controle não substitutivo. Justamente por causa deste “mal-entendido”, seria conveniente deixar de fazer referência às denominações “forte” e “fraco”.¹²⁵

Decisões posteriores deixaram claro que a ruptura era bastante mais séria. Enquanto antes se mencionavam argumentos institucionais (como neutralidade, autonomia e independência das autoridades reguladoras) para justificar a deferência, a partir de 2004 se faz uso dos mesmos argumentos para justificar um controle irrestrito (tais autoridades, por se situarem fora do âmbito político, já estão subtraídas deste tipo de controle).¹²⁶ Enquanto

123. V. os relatos da criação e abandon do modelo de controle fraco no Capítulo II da Primeira Parte e no Capítulo I da Segunda Parte.

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

125. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3: “Tale impostazione esclude ogni vulnus alla tutela giurisdizionale e le stesse censure proposte dalle imprese sembrano incentrarsi maggiormente sulla (criticata) limitazione del controllo giurisdizionale ad un sindacato ‘di tipo debole’, emergente dai principi in precedenza affermati dalla Sezione, senza la verifica in concreto del controllo svolto dal giudice amministrativo. In realtà, con l’espressione sindacato ‘di tipo debole’ la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto di indagine e sul processo valutativo, mediante il quale l’Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata. Con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall’Autorità in base a regole tecniche, anch’esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell’Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere. Il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell’esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di ‘contestualizzazione’ della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro ‘contestualizzato’”.

126. Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3: “Il fatto che si tratti di un’Autorità posta al di fuori del circuito dell’indirizzo politico rende ancor più

antes se falava de um controle limitado em função da interpretação de “conceitos jurídicos indeterminados”, a partir de 2004 se afirma explicitamente um controle pleno *também* em relação a eles.¹²⁷ Enquanto antes se falava de um controle de razoabilidade, a partir de 2004 se afirma que os tribunais podem “reavaliar as *escolhas* técnicas operadas”. Em resumo: supera-se a orientação deferente anterior. O controle judicial limitado volta a ser aplicado tão somente às decisões administrativas adotadas no exercício de *discricionariedade administrativa pura* (não técnica).

2.2.2.2 O modelo de controle restrito francês como um “ritual de passagem”

No Direito Francês o declínio do modelo de controle judicial deferente (dito restrito ou mínimo) é mais sutil, mas não menos interessante. Nas primeiras décadas de sua existência (após a criação, no caso *Lagrange*, em 1961) o modelo de controle restrito conheceu grande expansão, reduzindo os casos de ausência de controle judicial (o chamado *contrôle infra-minimum*) a algumas raras hipóteses. Em seguida, no entanto, o controle restrito foi perdendo espaço para o controle normal. Mais e mais domínios da ação administrativa foram objeto de uma intensificação do controle judicial, passando a se submeter a um controle normal. A circunstância levou diversos autores a sustentarem a natureza “transitória” do modelo de controle restrito, consistindo num primeiro passo em direção à adoção posterior de um controle não deferente.

Já na década de 1970 esta espécie de transitoriedade do modelo de controle restrito se fez notar. Em 1976 o Conselho de Estado transferiu

necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all’Autorità nell’esercizio del potere ad essa spettante”.

127. V.: Cons. St., Sez. VI, 2.3.2004, n. 926, item 3.3; Cons. St., Sez. VI, 3.2.2005, n. 280, item 2.1; Cons. St., Sez. VI, 8.2.2007, n. 515, item 4. Nesta última decisão lê-se: “Infatti, con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. ‘concetti giuridici indeterminati’, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall’amministrazione (Cons. Stato, VI, n. 2199/2002, RC Auto; n. 5156/2002, Enel/Infostrada). Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall’Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame (Cons. Stato, VI, n. 926/2004, Buoni Pasto/Consip)”. Ao contrário do que as menções às decisões de 2002 fazem crer, elas não dão suporte às afirmações ali expostas.

para o modelo de controle normal o contencioso relativo às decisões do ministro ou dos inspetores do trabalho de autorizar a demissão dos assalariados protegidos (*salmariés protégés*) de uma empresa privada, aqueles que detêm estabilidade por desempenhar função representativa. A matéria havia sido submetida ao controle restrito apenas oito anos antes desta nova evolução.¹²⁸ Outros casos clássicos tardaram um pouco mais. O contencioso relativo à interdição de publicações estrangeiras, que houvera passado de ausência total de controle para controle judicial restrito no caso *Maspero*, em 1973,¹²⁹ foi conduzido ao modelo de controle normal no caso *Association Ekin*, em 1997.¹³⁰ Trata-se de evolução surpreendente para uma matéria antes considerada de *haute police administrative* e, portanto, bastante refratária à intervenção judicial. Como último e curioso exemplo da transitoriedade do modelo de controle restrito, afirma-se que a evolução para o modelo de controle normal atingiu até mesmo a matéria relativa à equivalência de funções públicas – objeto do caso *Lagrange*, em que o modelo de controle restrito foi criado. Desde uma decisão do Conselho de Estado em 1994 esta matéria está submetida ao modelo de controle judicial não deferente, dito normal.¹³¹

Para completar o quadro neste sentido, adicione-se uma surpreendente circunstância: *em nenhum caso* no histórico jurisprudencial francês o controle restrito foi adotado em áreas previamente submetidas a um controle normal, não deferente. Quer dizer: a adoção de um controle deferente *jamaís* significou no histórico jurisprudencial francês um movimento de retração judicial. Tratou-se, sempre e invariavelmente, de uma ação de intensificação do controle judicial antes promovido. Isso demonstra que a evolução histórica do controle judicial na França é claramente *unidirecional*, sempre no sentido da ampliação da supervisão dos tribunais.¹³² Tão intenso tem

128. V.: CE, Ass., 29.3.1968, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin*, p. 214, *AJ* 1968, p. 335.

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

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

131. CE, 29.4.1994, *Cougrand*, p. 219, *DA* 1994, n. 382.

132. O movimento reflete o pendor geral do direito administrativo francês para uma acentuação sempre maior da proteção judicial ao administrado. Isso se verifica em todas as áreas. Christine Bréchon-Moulènes, por exemplo, relata como o juiz administrativo foi se sentindo progressivamente mais à vontade para controlar as atuações administrativas no domínio econômico (“La place du juge administratif dans le contentieux économique public”, *AJDA* 2000, p. 679). Martine Kaluszynski, por sua vez, reporta um avanço judicial também no domínio político (“La fonction politique de la Justice: regards historiques. Du souci d’historicité à la pertinence de

sido este movimento de progressiva intensificação do controle, que muitos autores começam a se referir a um declínio ou, mesmo, morte iminente do modelo de controle restrito.¹³³

De todo modo, a ideia do modelo de controle restrito como um “ritual de passagem”, tendente à temporariedade, ainda encontra alguma resistência. No caso *Touzard*, em 2006, o então Comissário de Governo Terry Olson enfrentou o tema de forma explícita.¹³⁴ Tratava-se de controle judicial da adequação entre uma sanção disciplinar aplicada e a falta cometida por um agente público – matéria que desde o caso *Lebon*, em 1978, se submete a controle restrito. Olson examinava se seria o momento de abandonar esta jurisprudência e avançar para um controle normal. Respondendo negativamente a esta questão – em conclusão que foi acompanhada pelo Conselho de Estado –, ele ratifica as razões pelas quais não conviria transferir a matéria para um contencioso não deferente. Em particular, o Comissário de Governo destaca a existência de um forte elemento político ou administrativo na matéria disciplinar: ela envolve considerações sobre a melhor organização do serviço administrativo, a melhor política sancionatória em dado momento histórico e, mesmo, aspectos do histórico funcional do agente público em questão – todas, ponderações mais adequadamente realizadas pela autoridade administrativa do que pelos tribunais.¹³⁵

Ao que aqui é mais relevante, o Comissário de Governo refuta veementemente a ideia de que o controle restrito estaria vocacionado a ser um mero

l’historicisation”, in Jacques Commaille e Martine Kaluszynski (dirs.), *La Fonction Politique de la Justice*, 2007, pp. 9-23).

133. Cf. Didier Truchet, *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, PUF, 2010, p. 217.

134. CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676.

135. Nas palavras do Comissário de Governo Terry Olson: “Un autre élément nous semble militer en faveur d’une certaine retenue dans la matière qui vous occupe. Comme on l’a vu, dans le choix de la sanction disciplinaire, l’administration fait entrer en ligne de compte des facteurs qui vont au-delà des manquements fondant la poursuite: il s’agit des antécédents de l’agent et de son attitude générale dans le service. Ces facteurs peuvent conduire à déplacer le curseur, dans le sens de la rigueur ou de la mansuétude. Il en va de même des considérations tirées de l’intérêt général qui s’attache, à un moment donné, à sanctionner tel manquement avec rigueur ou, au contraire, indulgence. Ces deux séries de facteurs nous semblent avoir en commun de ne pas se prêter aisément à une substitution par le juge de son appréciation à celle de l’administration. Ceci est particulièrement vrai des considérations de politique disciplinaire générale qui, à vrai dire, ne concernent pas directement le juge en ce qu’elles renvoient non à un contrôle de légalité mais à des choix de pure opportunité. Le juge de l’excès de pouvoir est-il vraiment apte et légitime pour se placer sur ce terrain? A notre avis, rien n’est moins sûr” (CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676).

estágio temporário a anteceder a evolução jurisprudencial em direção a um controle mais intenso.¹³⁶ Olson promove uma longa e bem-fundamentada defesa de um modelo de controle restrito como modelo intermediário entre a ausência total de controle e o modelo de controle não deferente. Este modelo de controle seria adequado para os casos em que, como em matéria de adequação da sanção disciplinar aos fatos que a motivaram, os tribunais devessem exercer alguma supervisão, mas não devessem ir ao ponto de refazer o raciocínio empregado pela administração. Neste sentido, teria vocação de perenidade. Aliás, a solução proposta pelo Comissário de Governo e aceita pelo Conselho de Estado segue vigente, tendo sido confirmada em julgados posteriores.¹³⁷

* * *

Este item pretendeu promover um exame da deferência judicial sob uma perspectiva *dinâmica*. Ao invés de perguntar como os modelos de controle judicial deferente em cada uma das jurisdições *são atualmente*, a ideia era investigar *como eles chegaram a sê-lo* ou como *evoluiram* com o passar das décadas. Analisaram-se, assim, o contexto histórico e jurisprudencial da sua criação e aspectos da sua evolução posterior.

Esta perspectiva revelou circunstâncias bastante interessantes. A contraposição da história da criação do modelo de controle judicial deferente, de um lado, de Canadá, Estados Unidos e Itália e, de outro, da França demonstrou que a limitação da intervenção judicial pode servir a propósitos diferentes. Na hipótese mais intuitiva ela implica um movimento de retração judicial, consistindo em uma exortação à autocontenção dos tribunais. Mas contraintuitivamente a iniciativa pode significar também um movimento inverso, de ampliação da intervenção judicial. Assim se deu na França, em que os tribunais administrativos se valeram do modelo de controle limitado para

136. Afirma o Comissário de Governo Terry Olson: “Tout d’abord l’argument selon lequel le contrôle d’erreur manifeste d’appréciation ne serait qu’une sorte de transition, de ‘sas’ entre une absence de contrôle et un entier contrôle ne nous convainc nullement. Le contrôle d’erreur manifeste d’appréciation est un type de contrôle qui se veut adapté à ce que le juge de l’excès de pouvoir veut et peut contrôler. Or il existe des cas dans lesquels le juge demeure en deçà d’un contrôle même restreint et l’on parle alors parfois d’un contrôle ‘infra-minimum’. Tel est le cas, par exemple, de certains domaines que le juge entend laisser dans un espace absolument discrétionnaire. (...) Il est donc a fortiori logique et justifiable que certains choix faits par l’administration demeurent régis en excès de pouvoir par un contrôle d’erreur manifeste” (CE, 1.2.2006, *Touzard*, Req. 271676).

137. V., por exemplo : CE, 2.9.2009, Req. 310932, *Centre Hospitalier Fernand-Langlois*; e CE, 12.1.2011, Req. 338461, *Matelly*.

introduzir uma supervisão judicial *mínima* em áreas previamente isentas de qualquer controle.

As diferenças de enfoque podem ser sentidas claramente na leitura dos julgamentos mais relevantes. Naqueles relativos às três primeiras jurisdições mencionadas acima o esforço argumentativo está voltado a convencer que *menos controle* é devido. A batalha que tem que ser travada é contra quem seja partidário de uma intervenção judicial mais ampla – e é este quem sai derrotado. Ao contrário, nos julgamentos dos casos franceses que consagraram a criação do modelo de controle deferente o esforço argumentativo é para justificar o aporte de *mais controle, mais intervenção judicial*, em áreas que antes lhe eram refratárias.

Já, o exame da evolução dos modelos de controle judicial deferente demonstrou que em algumas jurisdições eles se encontram em franca ascensão; em outras, em franco declínio. Canadá é o maior exemplo do primeiro caso: o modelo de controle de razoabilidade é hoje aplicado na maioria dos casos envolvendo autoridades administrativas especializadas. O modelo não deferente de correção aplica-se tão somente a hipóteses em que a decisão administrativa controlada seja particularmente sensível do ponto de vista jurídico.

Nos Estados Unidos a situação não é tão clara, mas também parece haver uma disseminação da orientação deferencial. No caso de controle de interpretações legislativas poderá incidir a doutrina *Skidmore* ainda quando não seja o caso de incidência da doutrina *Chevron* – ambas de natureza deferencial. Fora do âmbito das interpretações legislativas as hipóteses de aplicação do controle não deferente (no modelo *de novo*) são bastante raras, no regramento genérico do *Administrative Procedure Act*.

Situação contrária se verifica nas jurisdições europeias estudadas. Na Itália um dos modelos deferentes de controle, denominado “controle fraco”, durou apenas três anos, e foi abandonado após fortes críticas de inefetividade jurisdicional. Na França, após disseminar-se nas áreas antes não submetidas a qualquer controle judicial, o controle restrito foi progressivamente perdendo espaço para o controle não deferente, dito “normal”. A situação levou alguns autores a decretarem a “morte iminente” do modelo de controle restrito, enquanto outros destacaram sua suposta natureza transitória.

A circunstância parece constituir ainda mais uma evidência da forte e crescente judicialização do direito administrativo francês. Ainda nas cada vez mais raras hipóteses em que incide o controle judicial restrito, ele poderia não indicar propriamente uma atitude respeitosa dos tribunais em relação à administração pública em matérias que lhe seriam reservadas. Ao

invés disto, esta incidência do controle restrito poderia indicar uma espécie de movimento de intervenção *incompleto*. A tese vai ao encontro da ideia, propagada por alguns doutrinadores, de que o controle restrito na França consistiria em mero “ritual de passagem” em direção a um controle ainda mais intenso.

Contra esta proposição está o fato de que algumas matérias ainda resistem à passagem para o controle normal – e outras ainda seguem isentas a qualquer controle. Neste sentido, o item trouxe, ainda, o manifesto de Terry Olson no caso *Touzard*, em que o então Comissário de Governo defendia a permanência de uma alternativa intermediária entre o controle normal e a ausência de controle, fornecendo, inclusive, razões institucionais pelas quais os tribunais deveriam ser mantidos distantes de algumas matérias mais afeitas ao corpo administrativo.

3. *A explicação da deferência: hipóteses para as diferentes orientações nacionais*

Neste item adota-se um enfoque ensaístico, um pouco mais livre. Ainda no intuito de discutir o *quantum* de deferência verificado na prática, passa-se a especular a propósito da influência gerada por alguns elementos que marcam e apartam as jurisdições estudadas. Dois são os elementos que serão objeto de atenção. De um lado, a natureza monista ou dualista dos aparatos jurisdicionais (item 3.1). De outro, a disseminação do realismo jurídico no interior de cada jurisdição (item 3.2).

Ao longo de todo o trabalho ficou evidente uma diferença entre o prestígio e recorrência da postura judicial deferente à administração pública nos Estados Unidos e no Canadá, de um lado, e na França e na Itália, de outro. Nas duas primeiras jurisdições o prestígio desta postura é flagrantemente mais elevado se comparado com o que sucede nas duas últimas. A mesma separação se verifica em relação aos elementos citados acima. Nos Estados Unidos e no Canadá a jurisdição é una, não havendo separação entre a administrativa e a ordinária, como há na França e na Itália. Do mesmo modo, o realismo jurídico desenvolveu-se com muito maior intensidade nas duas primeiras jurisdições do que nas duas últimas. Sendo assim, a questão surge naturalmente: qual influência teriam estes elementos estruturais das jurisdições no *quantum* da deferência neles verificado? Seriam eles fatores determinantes destas diferenças encontradas nas jurisdições estudadas?

O foco nestes dois elementos específicos envolveu alguma arbitrariedade. Naturalmente, muitas outras hipóteses poderiam ser cogitadas, tais como: (i) o estágio de desenvolvimento (ou de descentralização e espe-

cialização) do Estado Administrativo;¹³⁸ (ii) a relevância dos elementos de controle alternativo existentes em cada jurisdição;¹³⁹ (iii) a influência da

138. O argumento é sugerido por Peter Cane para explicar as diferenças existentes entre as orientações americana e inglesa. Enquanto o direito administrativo inglês se preocuparia fundamentalmente com o controle da administração central, o direito administrativo americano é quase todo voltado ao controle de autoridades administrativas descentralizadas (“agências”). Esta pluriformidade do Direito Americano tornaria necessário um enfoque mais institucionalizado, especializado e sofisticado: “But the law and practice of judicial review in England is certainly not focused on such agencies in the way it is in the United States. (...) By comparison with judicial review in the United States, English judicial review has been and still is – more concerned with the ‘core’ of government than with independent agencies, and more with government as provider than with government as regulator. (...) The different theoretical underpinnings of judicial review in England and the United States respectively can be illustrated by reference to the Chevron case. (...) it produces a doctrinal position that is precisely the converse of that in England, where the courts claim monopoly power to decide what statutes mean, but have traditionally been extremely unwilling to entertain challenges to the substance of secondary legislation. The English position makes sense in terms of a rule-of-law foundation for judicial review: the substance of administrative rules is seen as a matter of policy, not law (“Understanding judicial review and its impact”, in Marc Hertogh e Simon Halliday (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 21).

139. Para Martine Lombard a orientação deferencial americana pode ser explicada em função da relevância que tem naquela jurisdição o controle político. À ausência de um controle alternativo semelhante, os tribunais franceses teriam razão para intervir com maior vigor: “Si l’expérience américaine des agences indépendantes est beaucoup plus ancienne que la pratique française des AAI, celle-ci a fait cependant preuve d’un zèle qu’il faut relever. La France s’écarte en effet du modèle américain en allant plus loin tant par l’ampleur des pouvoirs dévolus à certaines institutions indépendantes que par la faiblesse des contrôles pesant sur ces organes. Outre l’exemple précité de la politique monétaire, il faut rappeler que le respect des règles de concurrence relève par exemple aux États-Unis de l’action du *Department of Justice* et des juridictions et qu’il n’y existe pas d’autorité indépendante qui soit l’équivalent du Conseil de la Concurrence français. En outre et surtout, ‘le régulateur indépendant anglo-saxon n’est pas dénué de relations avec le politique, voire est lui-même une autorité politique’, là où ‘le système retenu en France confère au contraire une quasi-immunité aux membres des commissions de régulation’. (...) Alors que c’est aux États-Unis qu’est stigmatisée parfois l’existence d’un ‘quatrième Pouvoir’, constitué par les agences fédérales, l’organisation d’un pouvoir de contrôle du Président et surtout du Congrès sur les agences y est pourtant beaucoup plus développée qu’en France, et cela à la suite d’amples débats dans ce pays sur les exigences de la démocratie politique à l’égard des institutions indépendantes. (...) Il est d’autant plus utile pour les juristes de prendre exactement la mesure de ce précédent qu’il serait bon d’éviter de le reproduire en le caricaturant” (Martine Lombard, “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *AJDA* 2005, pp. 530 e ss.). O argumento é bastante interessante. Do ponto de vista da análise institucional comparativa,

tradição jurídica à qual a jurisdição está filiada¹⁴⁰ – entre outras. A primeira das hipóteses que serão examinadas (relativa à existência de uma jurisdi-

no entanto, é bastante duvidoso que os tribunais devam assumir o papel de preencher a lacuna deixada por um fraco controle político.

140. A tradição jurídica é um dos elementos estruturais que aparta França e Itália, de um lado, e Estados Unidos e Canadá, de outro. Os dois primeiros possuem uma “tradição de direito administrativo”; os dois últimos, uma tradição consuetudinária (*Common Law*). Talvez fosse possível imaginar que o fato de os tribunais de França e Itália serem mais presos à letra da lei os faria também menos flexíveis, menos ligados às vicissitudes do caso concreto. Bruno Deffains, por exemplo, menciona o “mito” da maior liberdade do juiz dos Países de *Common Law* (“Le défi de l’analyse économique du Droit: le point de vue de l’économiste”, *LPA* 99/6, 19.5.2005). No mesmo sentido, v. Marco D’Alberti, “Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici”, *Diritto Amministrativo* 1/52, 2008. A lei é, afinal, um instrumento genérico de regulação. Seus comandos buscam acolher uma multiplicidade de situações fáticas, pelo quê a referência a elas se dá de forma pouco específica. Num sistema amplamente fulcrado na lei haveria, assim uma tendência ao formalismo ou a soluções pouco funcionais. Esta vinculação à letra da lei produziria tribunais menos livres para adequar a intensidade do seu controle às características de cada decisão administrativa ou da instituição que a adotou. A consequência seria uma orientação genérica menos deferente. Francesco Denozza, por exemplo, questiona a validade do raciocínio de *Chevron* para uma jurisdição que possua maior densidade legislativa (“Discrezione e deferenza: il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici”, *Mercato, Concorrenza, Regole* 3/473, ano II, 2000).

Entre as hipóteses especuladas neste item esta é, certamente, a mais frágil. Admita-se, em primeiro lugar, que os tribunais dos Países de tradição jurídica consuetudinária possuam de fato maior liberdade de atuação. Uma primeira ressalva necessária é que esta liberdade atingiria apenas os tribunais superiores, aqueles responsáveis pela fixação dos precedentes jurisprudenciais. É que os tribunais inferiores teriam estes precedentes a seguir, possuindo tão pouco espaço para inovar quanto os tribunais que precisam seguir a letra da lei. Mas, ainda que se considerem unicamente os tribunais superiores, o que deles se poderia esperar em face de tanta liberdade é a *intensificação* do controle, e não sua limitação. É premissa básica da Escola de *Public Choice* que os agentes públicos tendem a *ampliar seus próprios poderes*, na medida em que isso lhes seja possível. Se aos tribunais é dada uma mais ampla e livre oportunidade de calibrar a intensidade do seu controle, eles tenderiam a ampliá-la. Isto porque, quanto mais intenso é o controle judicial, maiores são os poderes dos tribunais, maiores são as possibilidades de eles tomarem decisões fundamentais que, de outro modo, caberiam precipuamente à administração. Dito de outro modo: se de fato os tribunais das jurisdições de tradição consuetudinária possuem maior liberdade de atuação, a tendência é a de que eles *ampliem* sua intervenção sobre a administração pública. Evidente que esta afirmação é feita *ceteris paribus* – todas as outras coisas sendo mantidas constantes. A ideia, aqui, é a de que a tradição jurídica consuetudinária (admitindo-se – repita-se –, que ela produz maior liberdade para os tribunais) contribuiria para gerar um controle judicial *mais* intenso, e não o contrário. E, se é assim, esta circunstância não parece útil para explicar por que a orientação

ção administrativa) é talvez a mais difundida na doutrina para explicar os diferentes graus de intervenção judicial. A segunda, relativa à propagação do realismo jurídico, embora menos frequente, parece ao autor do trabalho particularmente interessante e plausível.¹⁴¹

De todo modo, este trabalho não pretende (e nem teria como) comprovar nem desautorizar o argumento relativo à influência destes elementos no prestígio ou montante da deferência judicial em cada uma das jurisdições estudadas. Ainda assim, parece possível levantar alguns pontos e mencionar aspectos relevantes para estruturar a discussão e enriquecer o debate.

3.1 A jurisdição administrativa como razão da postura não deferencial

Não é raro que se encontrem nas doutrinas americana e canadense, normalmente simpáticas à deferência judicial, sugestões de instauração de uma jurisdição administrativa¹⁴² para promover o controle da administração

deferencial dos tribunais seria superior nos Países com esta filiação jurídica. Mas há uma segunda razão importante para descartar esta hipótese especulativa. É que, se os Direitos Francês e Italiano são, de regra, bastante legalistas, esta situação não se reproduz no campo específico do direito administrativo. Neste âmbito ambos os Países são tradicionalmente pouco regulados pela legislação e muito regulados pela via jurisprudencial. Na França é corrente a afirmação de que o Conselho de Estado *criou e desenvolveu* o direito administrativo francês (v., por exemplo: Jean Massot, “The powers and duties of the French administrative judge”, in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, p. 419; Gustave Peiser, *Droit Administratif Général*, 24ª ed., Paris, Dalloz, 2008, p. 212). As grandes reformas e os grandes saltos do direito administrativo francês foram quase todos eles capitaneados por esta instituição, e não pela legislação. O mesmo se aplica ao *Consiglio di Stato* italiano.

Dito de outro modo: os Direitos Francês e Italiano, ao menos no âmbito específico do direito administrativo, aproximam-se mais do modelo jurídico consuetudinário do que do modelo civilista. Nas últimas décadas as legislações têm proliferado nos direitos administrativos francês e italiano – mas esta também é uma realidade que afeta os Direitos Americano e Canadense. A inflação legislativa recente, ao invés de exclusiva das jurisdições civilistas, é fenômeno bastante generalizado.

141. Curiosamente, em artigo escrito há mais de três décadas, Harry Arthurs sugeria que há dois antídotos para o excesso de intervenção judicial sobre a administração pública: (i) o funcionalismo ou (ii) a constituição de uma jurisdição administrativa (“Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), cit., 17 *Osgood Hall L. J.* 1). O funcionalismo é produto do realismo jurídico, e tende a gerar orientação judicial deferente. A constituição de uma jurisdição administrativa vai em direção contrária, e torna menos problemática a aplicação de um controle judicial mais intenso.

142. A constituição de uma jurisdição administrativa é a solução majoritária na União Europeia, sendo adotada por 15 dos seus membros (cf. Yann Aguila, “La

pública.¹⁴³ A ideia é a de que esta circunstância elimina ou, ao menos, reduz alguns dos obstáculos usualmente opostos à adoção de um controle judicial intenso de decisões administrativas (item 3.1.1). Por esta razão, seria possível intuir (e prever) que a mera existência de uma jurisdição administrativa num determinado País reduziria a probabilidade de incidência da atitude judicial deferente. Como se verá em seguida, entretanto, não é totalmente evidente que se possa atribuir a esta circunstância alguma relevância efetiva no prestígio comparativamente menor que a deferência possui nos casos de França e Itália (item 3.1.2).

3.1.1 A teórica eliminação de obstáculos ao controle não deferente

A instauração de uma jurisdição administrativa pode resultar na eliminação ou na redução de dois fatores normalmente referidos como empecilho

justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l’exception française à l’épreuve des faits”, *AJDA* 2007, pp. 290 e ss.).

143. Na doutrina americana v., por exemplo: Harold H. Bruff, “Specialized courts in administrative law”, 43 *Admin. L. Rev.* 329 (1991); Stephen Breyer, “Judicial review of questions of law and policy”, cit., 38 *Admin. L. Rev.* 363, 396. De acordo com este último autor, “the Conseil [*d’État*] is given a wide variety of tools which enable it to discern not only whether a given policy conforms to law (as in American courts) but also whether it is wise public policy, something that our discussion suggests may be beyond the reach of our judicial system as currently organized”. No Canadá, já em 1935 John Willis afirmava que a única forma de garantir um controle efetivo da administração pública seria através da instituição de uma jurisdição administrativa: “An administrator is no less liable to err in applying standards of policy than a judge is to err in applying standards of law, and he should be equally liable to correction. By whom? Not by the ordinary courts, for they have no experience of administrative policy; nor by a government department, for it is an interested party and acts anonymously. An independent body, composed of persons trained in the practice of the whole law pertaining to administration, would have sufficient special knowledge of the legislation which is to be put into force to decide upon evidence submitted to it what in the particular case it is best to do. A review of a discretion other than upon a question of law or of jurisdiction necessarily postulates the existence of a court of review whose members are trained in a field wider than that of pure law. (...). Once more the question is raised, who is fitted to interpret a statute which was passed against a certain background and designed to carry into effect a certain policy? The answer would seem to be, a person who knows the background and has the means of discovering the policy. This conclusion rules out the judges of the ordinary courts who know nothing of the problems of administration and are debarred by the rules of interpretation from discovering the purposes which the statute is designed to effect. (...). Existing conditions, then, no less than the proposals for the future, call for the constitution of a special court” (John Willis “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional”, (1935/36), 1 *U. T. L. J.* 53, 80).

lhos à aplicação de um controle judicial não deferente: a suposta violação ao princípio da separação dos Poderes (item 3.1.1.1); a suposta complexidade técnico-administrativa de algumas decisões controladas (item 3.1.1.2).

3.1.1.1 O suposto empecilho decorrente da separação dos Poderes

Um dos argumentos utilizados para sugerir uma moderação do controle judicial incidente sobre a administração pública baseia-se numa suposta violação ao princípio da separação dos Poderes. A construção do raciocínio é bastante conhecida: uma supervisão judicial muito intensa sobre as decisões administrativas poderia constituir uma intromissão do Poder Judiciário nos afazeres do Poder Executivo. Esta circunstância causaria um desequilíbrio entre os três Poderes do Estado, os quais supostamente deveriam desempenhar apenas suas funções clássicas.

3.1.1.1.1 *A real dimensão do obstáculo da separação dos Poderes* – Embora bastante conhecido e difundido, o argumento da violação ao princípio da separação dos Poderes deve ser tomado com reservas. Fundamentalmente, é preciso compreender que não há, *necessariamente*, no estabelecimento de um controle intenso um comprometimento da separação dos Poderes. Esta visão decorre de uma compreensão superficial e pueril desta teoria. Em lugar nenhum sua adoção significou a perfeita e imaculada fragmentação dos Poderes do Estado, nem a atribuição das atividades típicas de cada Poder exclusivamente a ele. Não é nada raro nem surpreendente que os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário desempenhem funções legislativas, por exemplo. Também ocorre de a função judicial ser desempenhada tanto por estruturas do Poder Executivo como por estruturas pertencentes ao Poder Judiciário. Ainda mais comum e inevitável é que os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário detenham competências executivas e administrativas próprias. Tudo isto é totalmente corrente e natural na aplicação *prática e concreta* do princípio da separação dos Poderes. E, se é assim, também não haveria por que supor que a aplicação de um controle não deferente por parte dos tribunais causasse *necessariamente* uma intromissão indevida nos afazeres da administração pública, ainda que admitindo que o controle judicial não deferente tenha este efeito.

A rigor, a discussão a propósito da intensidade do controle judicial *pode* vir a ser relevante em dois momentos. Em primeiro lugar, quando se reflete sobre qual configuração se pretende dar ao princípio da separação dos Poderes em uma dada jurisdição. Em segundo lugar, quando, tendo sido

feita esta reflexão inicial e adotada uma configuração específica contrária a um controle forte do Poder Judiciário, sua adoção (aí, sim) pode causar violação de uma regra jurídica estruturante.

Contudo, mesmo nestes casos outras considerações devem ser tecidas. Em particular, note-se que o controle mútuo dos Poderes é uma faceta bastante usual da maioria das formulações da teoria da separação dos Poderes. Na pena clássica e conhecida do próprio Barão de Montesquieu, é preciso que, pela disposição das coisas, “o poder contenha o poder”.¹⁴⁴ Dito de outro modo: não só o controle judicial da administração pública não é *vetado* pela teoria da separação dos Poderes, como ele é, mesmo, incentivado na sua formulação mais conhecida.

Isso tudo para afirmar que o argumento da violação do princípio da separação dos Poderes através de um controle judicial não deferente é bastante frágil, e só poderia ser tomado seriamente com todas estas ressalvas acima.

3.1.1.1.2 *A eliminação do obstáculo através da jurisdição administrativa* – Na medida em que este argumento do risco de comprometimento da separação dos Poderes seja de fato considerado relevante para a determinação da intensidade do controle judicial sobre a administração pública, coloca-se a questão sobre se a existência de uma jurisdição administrativa *elimina* esta preocupação e torna sem problemas a adoção de um controle judicial não deferente.

Posta nestes termos a questão, é preciso admitir que sim, a existência de uma jurisdição administrativa afastaria o obstáculo à incidência de um controle judicial não deferente. A jurisdição administrativa faz parte do Poder Executivo,¹⁴⁵ e não do Poder Judiciário; e, portanto, sua intromissão

144. Charles de Secondat Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, Paris, Nabu, 2001: “La liberté politique ne peut exister que dans les régimes ‘modérés’ que sont la République et la Monarchie, dans la mesure où elle suppose des lois, absentes du régime despotique. Mais il ne suffit pas qu’un État soit modéré pour qu’il y ait liberté: sa Constitution, qui organise les trois instances de l’État (les Pouvoirs Législatif, Exécutif et Judiciaire), doit aussi prévenir l’abus de pouvoir. S’il est dans la nature du pouvoir de ne pas contenir en lui-même ses propres limites, il faut faire en sorte que ‘le pouvoir arrête le pouvoir’: en distribuant les trois Pouvoirs dans des mains différentes (séparation des Pouvoirs), chacun, contrôlé par les deux autres, reste à sa place”.

145. Justamente porque seriam “juízes do Poder Executivo”, os tribunais administrativos seriam levados naturalmente a se imiscuir também em matérias políticas (cf. Danièle Lochak, “Le Conseil d’État en politique”, cit., *Le Seuil – Pouvoirs* 123/123 e ss.). Segundo Danièle Lochak, no caso do Conselho de Estado estas intervenções políticas foram especialmente significativas nas décadas imediatamente anteriores aos anos 1980. Sobre o tema, v., ainda: Martine Kalusynzki, “La fonction

sobre as decisões das autoridades administrativas não constitui uma atividade transversal, de um Poder sobre o outro. Neste sentido, os riscos de desequilíbrio entre os Poderes são eliminados pela existência desta estrutura.¹⁴⁶

Historicamente, este foi um argumento relevante na França no momento da criação da jurisdição administrativa. A Lei de 16-24.8.1790 e o Decreto de 16 do Frutidor do Ano III interditarão aos tribunais da ordem judiciária conhecer de litígios que envolvessem interesses da administração pública.¹⁴⁷ Daí a criação, cinco anos depois, de uma jurisdição específica para tratar destas questões (no Ano VIII, 1799). A inovação institucional tinha como objetivo precisamente o de impedir a intromissão do Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo ou Legislativo. Em julgamento de 1987 o Conselho Constitucional aludiu a esta circunstância para se referir à “particular concepção francesa da separação dos Poderes”.¹⁴⁸ Naturalmente, se a França criou uma jurisdição especial para evitar a intromissão do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, o controle operado por esta nova jurisdição estaria imune a esta barreira.

3.1.1.2 A redução do problema da complexidade das decisões controladas

Uma dificuldade adicional que parece ser reduzida pela instalação de uma jurisdição administrativa consiste na complexidade *técnico-administrativa* das decisões das autoridades administrativas. Também aqui o argumento contrário à efetivação de um controle não deferente é conhecido: as

politique de la Justice: regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation”, cit., in Jacques Commaille e Martine Kaluszynski (dirs.), *La Fonction Politique de la Justice*, pp. 9-23.

146. A circunstância é destacada por Pierre Delvolvé: “Il n'est pas besoin de souligner que le Conseil d'État appartient fondamentalement à l'administration qu'il est chargé de contrôler. (...) Le Conseil Constitutionnel au contraire reste extérieur au Parlement. (...) Cela lui donne une distance par rapport aux organes qu'il contrôle que n'a pas le Conseil d'État vis-à-vis de ceux qu'il surveille. Cela peut inciter le premier à une certaine prudence alors que le second peut manifester plus d'audace” (“Existe-t-il un contrôle de l'opportunité?”, cit., *Conseil Constitutionnel/Conseil d'État (Actes du Colloque tenu à Paris les 21 et 22 Janv. 1988)*, p. 272).

147. Afirma o art. 13 da Lei de 16-24.8.1790, ainda em vigor: “Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”.

148. Cons. Const. N. 86-224 DC du 23.1.1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence*.

decisões das autoridades administrativas envolvem matérias que fugiriam à competência e à expertise dos juízes, usualmente detentores de formação quase que exclusivamente jurídica.

Sucedo que ao menos na França a formação mais comum dos juízes administrativos é multidisciplinar.¹⁴⁹ De regra, neste País os juízes administrativos formam-se na *École Nationale d'Administration/ENA*, onde recebem uma educação que envolve disciplinas como Economia, Ciência da Administração, Ciência Política e Direito – sem foco específico nesta última.¹⁵⁰ Esta formação os habilitaria a atuar igualmente em outros cargos (não jurídicos) da administração pública francesa. Aliás, isto acontece frequentemente com vários deles, que deixam temporariamente os tribunais administrativos aos quais pertencem para integrar alguma autoridade administrativa.

Em resumo: os juízes administrativos na França de regra não possuem *formação* exclusivamente jurídica, mas a mesma seguida pela maior parte dos indivíduos ocupando os cargos mais altos da administração pública nacional.¹⁵¹ Assim, à primeira vista sua instrução profissional não parece ser obstáculo para que eles procedam a um controle não deferente de matérias alocadas às autoridades administrativas.¹⁵²

No mais, para além de uma instrução teórica prévia, o manejo diuturno de questões administrativas daria ao juiz administrativo (não só ao francês) uma experiência relevante neste domínio, fazendo-o adaptado a esta realidade.¹⁵³

149. Yann Aguila, “La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l'exception française à l'épreuve des faits”, cit., *AJDA* 2007, pp. 290 e ss.: “Les juges administratifs sont, par leur formation et leur mobilité professionnelle, proches de l'administration”.

150. Dois terços dos membros do Conselho do Estado são provenientes da ENA – o outro terço provém do chamado *tour extérieur*, e pode até ser composto por algumas personalidades do setor privado.

151. V.: Jean-Marc Sauvé, *Le Rôle des Cours Suprêmes en Matière Économique*, intervenção dans le cadre du colloque organisé au Conseil Économique, Social et Environnemental par la *Regulatory Law Review* et les Editions Lextenso le Lundi 25 Janvier 2010 (disponível em <http://www.conseil-etat.fr>); e “Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises? Bilan, actualité et perspectives”, *Les Entrepreneurs du Palais-Royal*, 20.6.2008 (disponível em <http://www.conseil-etat.fr>).

152. Louis L. Jaffe ressalta como o Conselho de Estado Francês “is not hindered as are some courts by a guilty sense of intruding in matters outside of their experience, subjects the administration to an intensive scrutiny which reaches down much deeper into the merits than most of our courts would think proper” (“The right to judicial review I”, cit., 71 *Harv. L. Rev.* 401, 405).

153. Neste sentido, Gustave Peiser sugere que: “Les tribunaux administratifs qui connaissent mieux les nécessités de l'action administrative, ont souvent mieux

3.1.2 *A duvidosa influência destas circunstâncias na prática*

No item anterior começou-se por delimitar em suas *reais* dimensões os obstáculos do princípio da separação dos Poderes e da complexidade técnico-administrativa de algumas decisões da administração pública. Em seguida examinou-se a medida em que o estabelecimento de uma jurisdição administrativa, separada da ordinária, contribuiria para reduzi-los ou eliminá-los. A partir de agora questiona-se diretamente se o pouco prestígio comparativo das doutrinas deferenciais nos Países estudados que possuem uma jurisdição administrativa pode ser de fato *atribuído* a esta circunstância. Uma conclusão precisa a este respeito é praticamente impossível, mas algumas circunstâncias sugerem uma resposta negativa.¹⁵⁴

3.1.2.1 *A persistência do problema da complexidade das decisões controladas*

Inicie-se pelo exame da formação multidisciplinar e não exclusivamente jurídica dos juízes administrativos para a aplicação de um controle judicial não deferente. Uma primeira dúvida da efetiva relevância desta circunstância reside no fato de que ela é específica do caso francês, não sendo a regra nos muitos Países que adotaram a jurisdição administrativa. Na Itália a formação dos juízes administrativos em nada difere da formação dos juízes ordinários. Ainda assim este País apresenta uma tendência à ampliação do controle e à redução das hipóteses de um controle deferente, tal como se dá na França. Portanto, parece incorreto atribuir a esta formação diferenciada dos juízes administrativos o fato de que França e Itália aplicam um controle comparativamente mais intenso do que Estados Unidos e Canadá.

No mais, mesmo que se considere especificamente o caso da França, a relevância da formação diferenciada dos juízes administrativos para a incidência de um controle judicial não deferente segue incerta. Até se poderia admitir que a circunstância *reduz* os problemas do controle operado por um indivíduo leigo sobre matéria técnica ou administrativa complexa. Mas, certamente, o problema não é *eliminado*. Primeiro, porque a formação multidisciplinar nem sempre envolverá as disciplinas relevantes para a

tenu compte de l'intérêt des particuliers que ne l'ont fait les juridictions judiciaires" (*Droit Administratif Général*, cit., 24^a ed., p. 215).

154. Uma observação preliminar importante é que a questão da jurisdição administrativa levanta novamente a necessidade de uma análise institucional *concreta e específica*. As características específicas da jurisdição administrativa, que as distinguem das jurisdições ordinárias, podem fazê-la mais adaptada a promover este controle. Sobre o tema, v. o item 2.2 do Capítulo II da Primeira Parte.

compreensão e o enfrentamento de matérias objeto de decisões administrativas. A formação generalista de um administrador público não inclui, por exemplo, noções de telecomunicações – noções essenciais para a promoção de um controle judicial sobre a regulação desta matéria. Segundo, e fundamentalmente, porque a maior dificuldade para que se promova um controle judicial não deferente sobre questões administrativas tecnicamente complexas é a incapacitação *institucional* dos tribunais, e não a eventual incapacidade técnica pessoal do magistrado envolvido na questão. A autoridade administrativa está mais bem adaptada para tomar decisões de natureza política, quase política ou complexa tecnicamente não porque seus membros ou diretores são *pessoalmente* mais capacitados para entender os problemas. A adaptação superior advém de suas características institucionais, em especial da mais técnica e especializada composição de pessoal e da maior porosidade às informações e aos anseios dos setores que regulam.¹⁵⁵

É neste sentido de *expertise institucional* que a circunstância da complexidade técnica de decisões administrativas controladas tem relevância nas jurisprudências americana e canadense. Assim, o que importa não é a experiência concreta e específica de cada um dos membros de uma autoridade administrativa, mas a capacitação institucional.¹⁵⁶ No caso que primeiro

155. James O. Freedman, "Expertise and the administrative process", 28 *Admin. L. Rev.* 363, 376 (1976): "To the extent that skepticism of administrative expertise is based on the premise that agency members have often lacked expertise in the substantive areas that they have been appointed to regulate, it misses the mark in a crucial respect. The continuing expertness of an administrative agency as to matters of technical substance can be more properly understood as deriving primarily from its staff, and not from the shifting membership of those who temporarily serve as commissioners. It is, indeed, the experience and specialization of a large and dedicated staff that has permitted agencies to channel the diverse expertise of many individuals into the process of institutional decision-making—one of the unique contributions of the modern administrative process".

156. Cf. Audrey Macklin, "Standard of review: the pragmatic and functional test", cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 219: "Although the Supreme Court clearly prioritizes expertise in formulating the standard of review, its inquiry is limited to the statutory role of the administrative actor, not to the particular individual occupying it. Courts will glean evidence of expertise from statute and surrounding context, but will not scrutinize the qualifications, competence, training, or experience of the specific decision-maker".

Lorne Sossin observa que a atenção à *expertise pessoal* dos membros das instituições consideradas, ao invés do foco na expertise institucional, teria consequências sobre as análises realizadas: "Should expertise be derived from the particular conduct of particular decision-makers on a particular issue? Does this mean, for example, that a junior tribunal member who might need the help of an outside legal opinion should be subject to a different standard than a senior member who does

mencionou o teste pragmático e funcional a Suprema Corte canadense fez referência à “expertise dos membros” da autoridade administrativa como um dos fatores relevantes do texto contextualizado, mas a menção textual não deve ser superestimada.¹⁵⁷ Na sequência da jurisprudência a análise da expertise se deu sempre no nível institucional.¹⁵⁸

Em um caso decidido no ano 2000 a Corte americana do 7º Circuito deparou-se com decisão da *Commodity Futures Trading Commission* no sentido de que determinadas transações comerciais complexas por ela analisadas constituíam comércio ilegal, por serem anticoncorrenciais e previamente arranjadas. Um dos juízes responsável pelo controle pretendu ingressar numa análise profunda da decisão, sob o argumento de que possuía expertise superior à dos membros da Comissão em matéria de organização industrial, e, portanto, estava mais apto a tomar a decisão correta. Aparentou, assim, falhas na análise procedida pela Comissão, observando que nenhum dos comissários era especialista em organização industrial, análise estatística ou teoria dos jogos.¹⁵⁹ Os demais juízes que formaram a maioria mantiveram a decisão, aplicando o tradicional padrão deferente do modelo de controle de evidência substancial. Argumentaram que a expertise a ser levada em consideração é a expertise institucional.¹⁶⁰ Assim, apontaram que o quadro de funcionários da agência incluía especialistas em cada um destes campos. Observaram, ademais, que cada uma das teorias arroladas pelo juiz do dissenso estava submetida a controvérsia na literatura especializada, não sendo as questões resolvíveis em termos de decisão correta ou incorreta.

not? Expertise, as the above discussion indicates, may be understood from many perspectives – as being specialized knowledge, specialized experience, specialized qualifications or specialized tasks, among others. Each perspective may call for a different line of inquiry, give rise to different evidentiary problems or problems of proof, and may lead to a differently tailored degree of deference” (“Empty ritual, mechanical exercise or the discipline of deference? Revisiting the standard of review in administrative law” (2003), 27 *Advocates’ Q.* 478, 491-492).

157. *Union des Employés de Service, Local 298 versus Bibeault*, [1988] 2 SCR 1048, para. 121-122.

158. Neste sentido, v.: William Lahey e Diana Ginn, “After the revolution: being pragmatic and functional in Canada’s trial courts and courts of appeal” (2002), cit., 25 *Dal. L. J.* 259, 302.

159. *Elliot versus Commodity Futures Trading Commission*, 202 F.3d 926 (7th Cir. 2000).

160. Esta compreensão institucional da expertise é criticada por Wade MacLauchlan, para quem seria conveniente que a análise comparativa fosse mais *real*, incluindo, por exemplo, análise do currículo dos membros envolvidos na decisão administrativa e no controle judicial (“Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), 36 *U. T. L. J.* 343, 380).

Portanto, por diferentes ângulos de análise, a atribuição de uma orientação judicial menos deferente à formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa é no mínimo duvidosa. Do ponto de vista prático, a orientação menos deferente também é marca de Países em que esta formação diferenciada não se verifica, como é o caso da Itália. Do ponto de vista teórico, é preciso admitir que, se a circunstância de uma formação multidisciplinar *reduz* os problemas de um controle judicial sobre matérias técnico-administrativa complexas, ela certamente não o elimina. Aliás, pelas razões expostas, a redução operada nem parece tão significativa.

3.1.2.2 A aplicação de controle não deferente também pela jurisdição ordinária

No mais, se a forte intensidade comparativa do controle judicial na França e na Itália pudesse ser atribuída à jurisdição administrativa, seria de se esperar que nas hipóteses excepcionais em que é operado pela jurisdição ordinária o controle judicial fosse abrandado.¹⁶¹ Mas esta expectativa está longe de corresponder à realidade. No Direito Francês e no Direito Italiano a lei atribui à jurisdição ordinária a competência para controlar decisões administrativas em algumas matérias. Quando esta opção se efetiva, o controle judicial aplicado é invariavelmente não deferente.¹⁶²

Na França a mera atribuição de alguma questão à jurisdição ordinária implica, *a fortiori*, a submissão dela a um controle não deferente.¹⁶³ É que

161. É a sugestão de Nicole Decoopman, “Le contrôle juridictionnel de l’action de la Commission des Opérations de Bourse”, *RFDA* 1994, p. 1139.

162. Francesco Volpe, “Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo”, *Diritto Amministrativo* 4/802, 2008.

163. No Direito Francês o controle judicial das decisões envolvendo exercício de prerrogativas de direito público (*puissance publique*) cabe normalmente à jurisdição administrativa. Esta regra geral, no entanto, pode ser excepcionada pela legislação, no “interesse da boa administração da justiça” (cf. Cons. Const., n. 86-224 DC du 23.1.1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence*). Sobre o tema, v. o Capítulo I da Segunda Parte. Estes princípios foram fixados em uma decisão do Conselho Constitucional a propósito da regularidade da atribuição ao juiz ordinário da competência para controlar as decisões do Conselho da Concorrência, antiga autoridade antitruste francesa. A mesma opção foi adotada pelo legislador em muitos campos relativos à regulação econômica. A racionalidade por trás desta opção legislativa é que a regulação econômica envolve aspectos institucionais de direito público (a aplicação por meio de autoridades administrativas) e aspectos substanciais de direito privado. Assim, a revisão de algumas específicas decisões da ARCEP (autoridade francesa reguladora das telecomunicações e dos serviços postais) e da CRE (autoridade reguladora de energia), por exemplo, foram atribuídas à jurisdição comum (cf. art. 5-6 do *Code des*

o controle aplicado pelo juiz comum é sempre similar ao que na jurisdição administrativa seria chamado de “de plena jurisdição”, modalidade em que o Poder Judiciário atua como se fora a própria administração pública, detendo todos os poderes que ela mesma detinha no momento da decisão. Daí poder reformá-la, substituí-la e, mesmo, refazer avaliações de mérito. Esta situação é uma consequência do chamado “efeito devolutivo”, que é garantido constitucionalmente e importa a transferência ao juiz ordinário de toda a matéria controversa. Entende-se que esta extensa competência se deve à missão constitucional desta jurisdição, de proteger as liberdades fundamentais. Deste modo, nos casos em que detiver competência para controlar autoridades administrativas, o juiz ordinário tem a obrigação de (i) examinar profundamente os aspectos fáticos e jurídicos da decisão administrativa e (ii) reformar ou substituir a decisão viciada pela sua própria, para dar fim à disputa em questão.

Assim, por exemplo, o controle aplicado pela Corte de Apelação de Paris sobre as decisões do antigo Conselho da Concorrência sempre foi ilimitado. No caso *Sandoz (Novartis Pharma)* o Conselho da Concorrência havia condenado a empresa *Sandoz* por abuso de posição dominante em descontos por vendas casadas no setor farmacêutico.¹⁶⁴ A Corte de Apelação procedeu a uma avaliação profunda de todos os passos da decisão do Conselho. Examinou a existência de dominância, do abuso e a identificação do mercado relevante procedida pelo Conselho, com base nos fatos do caso. Em específico, a Corte discordou do mercado relevante geográfico ali identificado pelo Conselho da Concorrência, e substituiu a decisão da autoridade administrativa pela sua, estabelecendo como mercado relevante o território nacional, ao invés dos diversos mercados locais.

Já, no caso *Bouygues Télécom* a Corte de Apelação havia mantido decisão do Conselho da Concorrência que sancionara firmas acusadas de troca ilegal de informações para fins de colusão em mercado oligopolista. A Corte de Cassação reverteu a decisão da Corte de Apelação, repreendendo-a explicitamente pelo controle fraco que promovera sobre a decisão administra-

Postes et Communications Électroniques; e art. 38 da Lei 2000-108, de 10.2.2000. V. também o art. 16, III, da Lei de 8.12.2009, sobre a regulação de transportes ferroviários). Aqui a mitigação não é total, mas atinge apenas algumas decisões, como aquelas relativas à negociação das tarifas de interconexão no contexto das telecomunicações. Em geral cabe à jurisdição comum rever as decisões relativas a conflitos entre operadores do setor. A razão é que estas manifestações administrativas são comparáveis às decisões tomadas por tribunais comuns no âmbito de disputas comerciais.

164. Cour d’Appel Paris, 30.3.2004, *SAS Novartis Pharma versus Conseil de la Concurrence*.

tiva.¹⁶⁵ De acordo com a Corte de Cassação, a Corte de Apelação teria que ter avaliado concreta e profundamente se de fato a troca de informações em questão levaria a comportamento concertado entre as empresas. Seria obrigação da Corte de Apelação examinar cuidadosamente as características do mercado e as características das informações trocadas e sua periodicidade, por exemplo.

Em resumo: o controle realizado pela jurisdição ordinária é *ainda mais* intenso do que aquele da jurisdição administrativa (na medida em que é *invariavelmente* intenso). Sendo assim, não parece correto atribuir o pendor comparativamente menos deferencial do direito administrativo da França à existência, neste País, de uma jurisdição administrativa.¹⁶⁶

* * *

Ao menos *a priori*, a existência de uma jurisdição administrativa parece uma hipótese interessante para explicar a menor orientação deferencial de França e Itália, em comparação com Estados Unidos e Canadá. De um lado, esta circunstância elimina eventuais problemas relativos à separação dos Poderes. De outro, a formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa poderia significar que eles teriam menor dificuldade para compreender e enfrentar os temas técnicos que constituem o objeto das decisões administrativas controladas.

Um exame mais detalhado desta hipótese, no entanto, levanta algumas dúvidas a propósito de sua validade. Primeiro, porque o tal obstáculo da separação dos Poderes não é tão relevante como se poderia supor. Segundo, porque a tal formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa é circunstância específica do Direito Francês – e, portanto, não ex-

165. Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 29.6.2007, *Bouygues Télécom*. V. Também : Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 31.1.2006, *Colas Midi Méditerranée/Bonna Sabla et Autres*.

166. Em reunião realizada em Paris no dia 7.6.2013, após a apresentação, pelo autor, das ideias mais relevantes deste capítulo, o Professor Gérard Marcou, seu Orientador, manifestou sua concordância com o argumento de que o mais intenso controle judicial verificado na França e na Itália se justificaria pela existência de jurisdições administrativas nestes Países. Ele observou que quando o juiz ordinário atua em matéria administrativa/regulatória ele o faz *como se fora* um juiz administrativo. O juiz judiciário é um “juiz administrativo especializado”. A Corte de Apelação de Paris não atuaria como tribunal de apelação, como tribunal civil, mas como tribunal administrativo. Tanto é assim que não aplica totalmente o Código de Processo Civil, por exemplo. Gérard Marcou deu, ainda, o exemplo do *sursis à execution*, que é utilizado nestes casos, mas que não é uma ferramenta típica do juiz judiciário. Sobre o tema, v., ainda: Pierre Delvolvé, “La Cour d’Appel de Paris, juridiction administrative”, in *Études Offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992.

plicaria a orientação não deferente de outros Países que também consagram a dualidade de jurisdição, como a própria Itália. Terceiro, porque mesmo na França esta tal formação diferenciada não eliminaria o argumento da complexidade das decisões administrativas controladas. Isto porque o argumento veicula um raciocínio de vantagem *institucional* comparativa: não se afirma que os membros diretores de uma autoridade administrativa possuem maior expertise do que os membros de um tribunal, mas se faz referência à superior expertise institucional. Nela estão envolvidos aspectos financeiros, de pessoal de apoio e de configuração e atuação institucional. Quarto, e finalmente, porque se a orientação pouco deferencial de França e Itália pudesse ser validamente atribuída à sua jurisdição administrativa, então, seria de se esperar que o controle judicial da administração eventualmente operado pela jurisdição comum fosse, nestes Países, mais deferente. Mas não é isto que ocorre: tanto na França quanto na Itália o controle judicial efetuado pela jurisdição ordinária é invariavelmente não deferente. Por todas estas razões, impõe-se o exame de outras possíveis explicações para as diferenças verificadas na medida de deferência nas jurisdições estudadas.

3.2 *O pendor deferencial como produto da propagação do realismo jurídico*

Um dos mais consultados e conceituados livros-texto de direito administrativo americano sugere que uma das formas de interpretar o sucesso da doutrina *Chevron* e a difusão de seu pendor deferencial é como uma vitória do realismo jurídico.¹⁶⁷ A hipótese faz pensar sobre a influência gerada por este movimento nas jurisdições em que foi mais desenvolvido e relevante; e se esta influência consistiu em aspecto determinante para a consagração de uma propensão à autorrestrição judicial.¹⁶⁸

167. Stephen Breyer *et alli*, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, cit., 6ª ed., p. 250: "Consider the view that *Chevron* is, in a sense, an ultimate triumph of legal realism. The legal realists believed that 'law' was not autonomous, in the sense that judgments of both policy and principle lie behind any real-world judgment about 'what the law is'. If the realists were right, perhaps it follows, post-New Deal, that administrative agencies should have a large role in saying what the law is because they are better than courts at the relevant judgments at policy and principle. Their comparative advantages stem from their better democratic pedigree and their immersion in the facts and policies of particular areas of law".

168. Para Peter Cane a profunda influência do realismo jurídico no Direito Americano explicaria as diferenças de enfoque entre esta jurisdição e a Austrália no que concerne ao controle judicial da administração pública: "The explanation for this difference of approach may lie deep in a cultural difference between Australian and U.S. law. Under the pervasive influence of legal realism, U.S. lawyers,

A contribuição principal do realismo jurídico consistiu na contestação das ideias de autonomia e neutralidade do Direito. O movimento contrapunha-se ao pensamento jurídico clássico, que entendia o Direito como um sistema fechado e coerente e sustentava que as instituições jurídicas atuavam de forma neutra e imparcial. Os realistas buscavam demonstrar a insustentabilidade da separação entre Direito, Moral e Política. Em seus trabalhos argumentavam que as decisões judiciais são frequentemente influenciadas por concepções pessoais do julgador. Estas considerações abrem espaço para o questionamento do formalismo e do silogismo jurídico como ilusões irrealizáveis. De outro lado, ampliam a responsabilidade dos operadores do Direito, que deixam de ser vistos como meros veículos de realização da vontade abstrata da lei. As decisões jurídicas importam uma quantidade relevante de *escolhas morais e políticas*, pelas quais seus realizadores devem responder.

3.2.1 *Traços de realismo jurídico no viés deferencial das jurisdições estudadas*

Admitindo-se que as soluções jurídicas não são já predeterminadas – e que há, portanto, um espaço para escolha e para autonomia do agente público responsável por estas soluções –, é natural que surja a questão posterior sobre *quem deve* tomar tais decisões relevantes, através de uma análise institucional comparativa (o dito "funcionalismo").¹⁶⁹ Esta análise é particularmente importante nos casos de controle judicial da administração pública. É que nestas hipóteses uma determinada solução jurídica já foi tomada por uma instituição *politicamente mais legítima* e vem a ser controlada por outra, *politicamente menos legítima*. A situação gera o risco de que esta instituição controladora (o tribunal) venha a impor *suas soluções* sobre aquelas da instituição controlada (a autoridade administrativa), sob o argumento de que se tratava da solução juridicamente *imposta*. Este é precisamente o raciocínio que embasa as teorias deferentes nos Estados Unidos e no Canadá.

both practising and academic, take a more instrumental approach to law than their Australian counterparts, who have inherited a more analytical English tradition. Around the time of the New Deal, it became clear to U.S. lawyers that strict theory of constitutional separation of powers could not meet the needs of an activist and interventionist administrative and regulatory state attempting to deal with complex social problems. This realization generated a new concern with the control of multifunctional agencies through institutional design" ("Understanding judicial review and its impact", cit., in Marc Hertogh e Simon Halliday (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, p. 26).

169. Jeff A. King, "Institutional approaches to judicial restraint", 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 423: "Functionalism itself built upon legal realist and philosophical pragmatist trends in American jurisprudence and philosophy".

3.2.1.1 A importância explícita do realismo no caso canadense

No Canadá esta influência é perceptível no caso *CUPE*, que superou um período formalista do direito administrativo canadense, inaugurando uma era deferencial.¹⁷⁰ Uma das bases desta decisão é o reconhecimento de que, diante da ambiguidade de um texto normativo, abrem-se para o intérprete escolhas igualmente razoáveis, nenhuma delas sendo *imposta* pelo Direito. Em *CUPE* a Suprema Corte examina a razoabilidade de cada interpretação contida nos autos. Procede desta maneira não para demonstrar que uma interpretação é mais correta que a outra, mas para mostrar que a interpretação da agência é ao menos tão razoável quanto a interpretação alternativa sugerida pela Corte de Apelação.¹⁷¹

Esta admissão é fundamental para embasar a orientação judicial deferencial.¹⁷² Ela é o primeiro passo para uma análise institucional comparativa, que definirá a instituição pública mais apta a decidir entre estas distintas opções, todas juridicamente válidas.¹⁷³ O julgamento da Suprema Corte no

170. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227.

171. Afirma o Relator, Ministro Dickson: “I have discussed the possible interpretations of s. 102(3)(a) at some length only because, to some, the Board’s interpretation may, at first glance, seem unreasonable if one draws too heavily upon private sector experience. Upon a careful reading of the Act, the Board’s decision, and the judgments in the Court of Appeal, however, I find it difficult to brand as ‘patently unreasonable’ the interpretation given to s. 102(3)(a) by the Board in this case. At a minimum, the Board’s interpretation would seem at least as reasonable as the alternative interpretations suggested in the Court of Appeal. Certainly the Board cannot be said to have so misinterpreted the provision in question as to ‘embark on an inquiry or answer a question not remitted to it’” (*Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242).

172. Também neste sentido afirma Audrey Macklin: “Ambiguity, gaps, silences, and contradictions can rarely (if ever) be eliminated from text. This recognition of interpretive choice makes it possible to ask who is better placed to make the choice – the tribunal or the court? In other words, it underwrites the plea for judicial humility that is at the heart of *CUPE*” (“Standard of review: the pragmatic and functional test”, cit., in Coleen Flood e Lorne Sossin (eds.), *Administrative Law in Context*, p. 205). Em sentido semelhante, v.: Arthur Dyevre, *Realism about Legal Integration: Outline of a Nuanced Legal Realist Approach*, texto ainda inédito, apresentado pelo autor em seminário realizado em maio/2013 no Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado, em Heidelberg, na Alemanha (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2222599>).

173. Jeff A. King, “Institutional approaches to judicial restraint”, cit., 28 *Oxford J. Legal Stud.* 409, 425: “Institutional theories accept that in many forms of litigation judges will need to make choices that will be based on assumptions that might

caso *CUPE* contém um reavaliação judicial sobre a importância das agências e seu papel dentro do Estado Canadense.¹⁷⁴ Em algumas passagens a Corte destaca que estes agentes especializados deveriam ter responsabilidade precípua para implementar seu mandato e são mais bem adaptados para levar adiante esta tarefa do que o juiz generalista. Neste sentido, o voto do Ministro Dickson, condutor da maioria, faz menção à necessidade de respeitar a escolha do legislador de deixar determinadas decisões serem tomadas por autoridades administrativas especializadas, aludindo à “considerável sensibilidade e expertise única” que as caracteriza.¹⁷⁵

A influência do realismo jurídico na criação e no desenvolvimento de uma orientação deferencial foi reconhecida por Frank Iacobucci, Ministro da Suprema Corte canadense entre 1991 e 2004. Em artigo doutrinário publicado ainda enquanto estava no cargo,¹⁷⁶ Iacobucci promove um tributo a John Willis, célebre realista canadense, destacando a importância de sua obra para transformar o direito administrativo e a educação jurídica canadense em geral.¹⁷⁷ Willis teve influência particularmente sensível na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto. Seu importante artigo denominado

turn out not to be true. They may be unsure of the reliability of evidence, expert witness credibility or the likely effect of the judgment on patterns of behaviour. The concern over the judicial capacity to adjudicate ‘social’ or ‘legislative’ facts – namely those recurrent patterns of social behaviour upon which policy is to be based – is a case in point. (...) The preoccupation with uncertainty is not limited solely to impact. One of the most significant issues in contemporary political philosophy, especially liberalism, is how to account for disagreement about justice. John Rawls calls this type of problem the ‘fact of reasonable pluralism’, whereas Jeremy Waldron calls it ‘reasonable disagreement’. (...) All these treatments show that accepting uncertainty in respect of morality and justice does not necessarily close the door to constitutional judicial review. But it does clearly imply some measure both of judicial humility and respect for the moral authority of representative institutions”.

174. Para Wade MacLauchlan o formalismo é um método de negação do Estado Administrativo. O funcionalismo, ao contrário, terminaria por favorecer e valorizar as autoridades administrativas descentralizadas (“Judicial review of administrative interpretations of law: how much formalism can we reasonably bear?” (1986), cit., 36 *U. T. L. J.* 343, 350).

175. V., por exemplo: *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 235-236.

176. Frank Iacobucci, “Articulating a rational standard of review doctrine: a tribute to John Willis”, 27 *Queen’s L. J.* 859 (2002).

177. Também sobre o legado de John Willis, v.: David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, cit., 55 *U. Toronto L. J.* 691 (2005); Richard C. B. Risk, “In Memoriam: John Willis” (1997), cit., 47 *U. T. L. J.* 301. Risk revela o papel de Willis para derrubar a influência do pensamento *diceyano*, que valorizava a intervenção dos tribunais como essencial para a proteção do Estado de Direito.

“Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” lançou as bases para a adoção pela Suprema Corte da “análise pragmática e funcional”.¹⁷⁸ Composta por um teste multifásico, esta análise, adotada a partir da década de 1980, volta-se a revelar a instituição mais adequada para adotar uma decisão, dadas as suas características.¹⁷⁹

O legado do próprio Iacobucci na sua passagem pela Suprema Corte também parece inspirado por tintas realistas. Daí sua constante luta para que o direito administrativo canadense aderisse à complexidade da própria administração pública, em detrimento de soluções formais e teoricamente mais simples.¹⁸⁰ Esta circunstância o levou a liderar a Suprema Corte na criação de um segundo modelo de controle deferencial, além do de manifestação irrazoabilidade.¹⁸¹

3.2.1.2 A relevância do pensamento realista na evolução jurisprudencial americana

No Direito Americano a autorrestrição judicial também parece bastante influenciada pelo realismo jurídico – como sugere o livro-texto mencionado na abertura deste item. Em seu profundo estudo histórico sobre a evolução jurisprudencial americana, Keith Werhan ressalta a relevância do pensamento realista a partir do *New Deal*.¹⁸² Ele estaria subjacente a uma orientação

178. Eis um célebre trecho em que Willis lança as bases de uma análise funcional do direito administrativo, revelando uma preocupação institucional comparativa depois adotada pela Suprema Corte Canadense: “(i) who is best fitted to exercise a discretion upon a question of this nature?; and (ii) to what extent and by what type of persons shall the exercise of the discretion be supervised? (...). A proposal to empower a department to make regulations under a statute should not, then, be met with the question, ‘Is the legislature delegating legislative power?’ but rather ‘Is the department or the legislature itself better fitted to make a decision of this kind?’” (John Willis, “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the functional” (1935/1936), cit., 1 *U. T. L. J.* 53, 75-76).

179. Sobre a análise pragmática e funcional, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

180. Neste sentido, v.: Lorne Sossin e Colleen M. Flood, “The contextual turn: Iacobucci’s legacy and the standard of review in administrative law” (2007), 57 *U. T. L. J.* 581, 582: “Justice Iacobucci’s approach and enduring legacy was to deepen the Court’s engagement with the complexity of administrative decision-making, particularly in regulatory settings, and to do so on both principled and practical grounds. He urged the Court (and lower courts applying standard-of-review methodology) to resist the allure of formalism and bright-line categories”.

181. Sobre o número de modelos de controle no Direito Canadense, v. o Capítulo I desta Terceira Parte.

182. Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 574-575: “The New Deal’s special kinship with legal realism, a

judicial mais favorável à administração pública,¹⁸³ do que resultaria menor intervenção em suas decisões. O realismo informaria, ainda, os modelos seguintes, em especial na consagração de uma análise institucional comparativa, que estaria na base da doutrina *Chevron*.¹⁸⁴

Na decisão de *Chevron* a Suprema Corte adota dois grandes pressupostos que culminam na adoção de uma postura judicial deferente. O primeiro destes pressupostos é o de que a ambiguidade dos textos normativos abre espaço para a adoção de diferentes soluções, todas igualmente válidas do ponto de vista jurídico. A indeterminação legislativa é equiparada em *Chevron*¹⁸⁵ e em casos posteriores¹⁸⁶ a uma delegação implícita para que a

jurisprudential movement that also emerged in the 1930s, contributed to the Court’s turnaround in its approach to administrative law. Considered to be more a method than a system, legal realism defies easy definition as a school of thought. Yet, several assumptions common among legal realists reinforced New Deal thinking. First, legal realists rejected legal formalism, arguing that ‘traditional legal rules and concepts’ are to be distrusted ‘insofar as they purport to describe what either courts or people are actually doing’. Second, and related to their rejection of legal formalism, legal realists advanced an instrumental conception of law. Thus, Karl Llewellyn observed, legal realists viewed ‘law as a means to social ends and not as an end in itself; so that any part needs constantly to be examined for its purpose, and for its effect (...)’. These assumptions led to the tendency of legal realists to merge law and policy, the separation of which had been at the heart of pre-New Deal legal formalism. By ‘demythologizing’ law, legal realism helped dissolve the judicial resistance of administrative innovation that had so frustrated progressives”.

183. Para Keith Werhan o formalismo é uma forma de resistência *contra* o Estado Administrativo: “In the late nineteenth century and early twentieth century, however, there was an insufficient consensus on the role of government administration to produce a coherent approach to administrative law. (...) The courts, using the power of judicial review, quite naturally resisted. The means of resistance was the dominant legal theory of the time, legal formalism” (“The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 572-573).

184. Keith Werhan, “The neoclassical revival in administrative law”, cit., 44 *Admin. L. Rev.* 567, 613-614.

185. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843-844 (1984): “The power of an administrative agency to administer a congressionally created (...) program necessarily requires the formulation of policy and the making of rules to fill any gap left, implicitly or explicitly, by Congress”. *Morton versus Ruiz*, 415 U.S. 199, 231 (1974): “If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency”.

autoridade administrativa implemente suas políticas públicas. Dito de outro modo: a Suprema Corte toma como incontroverso que a interpretação jurídica envolve juízos políticos e técnicos não predeterminados pelo Direito.¹⁸⁷ Tão políticos são estes juízos, que é conveniente alocá-los para instituições públicas com maior legitimidade democrática comparativa – e daí surge o segundo pressuposto de *Chevron*, consistente numa análise institucional comparativa. A Suprema Corte destaca explicitamente as vantagens institucionais comparativas das autoridades administrativas sobre os tribunais para solucionar estas questões sobre as quais o legislador não se pronunciou de forma clara e definitiva.¹⁸⁸ Daí por que os tribunais devem abster-se de impor sua própria interpretação (ou aquela que julguem a “mais correta”),¹⁸⁹

186. Por exemplo, em *Pauly versus Bethenergy Mines, Inc.*, 501 U.S. 608 (1991), a Corte reconheceu de forma explícita que a resolução de ambiguidades envolve *policy-making*: “As *Chevron* itself illustrates the resolution of ambiguity in a statutory text is often more a question of policy than of law. (...) When Congress, through express delegation or the introduction of an interpretive gap in the statutory structure, has delegated policy-making authority to an administrative agency, the extent of judicial review of the agency’s policy determinations is limited”.

187. Aliás, como já foi dito em outras partes deste trabalho, a própria interpretação da EPA no caso *Chevron* consistia numa alteração de política regulatória decorrente da mudança de administração federal. A administração de Ronald Reagan pretendia reduzir o ônus regulatório que recaía sobre a iniciativa privada, dando-lhe maior liberdade e flexibilidade para decidir como dar cumprimento às regras ambientais. Esta circunstância foi admitida pela própria Suprema Corte em seu julgamento (v.: *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 857-858 (1984)): “In 1981 a new administration took office and initiated a ‘Government-wide reexamination of regulatory burdens and complexities’. 46 *Fed. Reg.* 16281. In the context of that review, the EPA reevaluated the various arguments that had been advanced in connection with the proper definition of the term ‘source’ and concluded that the term should be given the same definition in both nonattainment areas and PSD areas”.

188. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 864-866 (1984): “Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration’s views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices – resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities”.

189. *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843 (1984), footnote 11: “The court need not conclude that the agency

anulando as interpretações da administração apenas quando elas não sejam permissíveis.

Estes dois pressupostos teóricos vão ao encontro das ideias do realismo jurídico e desafiam os pilares de autossuficiência e completude do sistema jurídico, bem como da neutralidade dos tribunais, todos tão caros ao pensamento jurídico clássico. Em *Chevron* a deferência judicial é uma *decorrência* do fato de que a ambiguidade normativa gera espaço para a implementação de políticas públicas. Tanto é assim que a Suprema Corte se recusa a deferir para autoridades administrativas que não detenham tais competências.¹⁹⁰

Os desenvolvimentos posteriores da doutrina revelam orientação semelhante. Em *Mead* a Suprema Corte introduz um “Passo 0” para preceder os dois passos do teste de *Chevron*. *Mead* busca enfrentar a polêmica sobre quais interpretações das autoridades administrativas merecem a deferência de *Chevron*. A opção da Suprema Corte consistiu numa valorização dos procedimentos administrativos formalizados.¹⁹¹ Assim, quando a interpretação tenha sido realizada após procedimento de “notice-and-comment” ou após adjudicação formal, a deferência é devida. Esta opção é totalmente consentânea com a ideia de que as interpretações legislativas realizadas pela administração envolvem juízos políticos. A valorização procedimental consiste precisamente em mecanismo de legitimação adicional deles. Neste sentido, a Suprema Corte ressalta como estes procedimentos tendem a fomentar a imparcialidade e a deliberação que devem estar subjacentes a um pronunciamento administrativo com força de lei.¹⁹²

Ainda no caso *Mead*, o ministro Scalia critica a complexidade do novo teste e as dificuldades aplicativas dela decorrentes.¹⁹³ Mas a maioria é muito clara ao refutar a simplificação pretendida por este Ministro, afir-

construction was the only one it permissibly could have adopted to uphold the construction, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding”.

190. Cf. *Martin versus OSHRC*, 499 U.S. 144 (1991) at. 152-153, negando deferência a uma autoridade administrativa detentora de meros poderes adjudicatórios.

191. Para maiores detalhes sobre as inovações aportadas por *Mead*, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

192. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 230 (2001): “It is fair to assume generally that Congress contemplates administrative action with the effect of law when it provides for a relatively formal administrative procedure tending to foster the fairness and deliberation that should underlie a pronouncement of such force”.

193. Sobre o tema da complexidade pós-*Mead*, v. o Capítulo I da Segunda Parte.

mando explicitamente a intenção de “abraçar a complexidade” e adequar a intensidade do controle judicial às características específicas das decisões administrativas controladas (*tailor deference to variety*).¹⁹⁴ O pragmatismo e o funcionalismo evidentes no caso canadense mostram sua força também no caso americano – e revelam, também eles, o impacto do movimento realista nas formas de controle judicial da administração pública adotadas nestes dois Países.

3.2.2 *A menor relevância do realismo jurídico na França e na Itália*

O realismo jurídico não conheceu a mesma aceitação em Países de tradição jurídica civilista, como a França e a Itália. Neles o Direito ainda apresenta traços de grande formalismo.¹⁹⁵

3.2.2.1 Exemplos do desprestígio do realismo nos Direitos Francês e Italiano

Um dos mais claros exemplos desta realidade é a redação sucinta e formalizada das decisões do Conselho de Estado na França. A fórmula de

194. *United States versus Mead Corporation*, 533 U.S. 218, 235-238 (2001): “Although we all accept the position that the Judiciary should defer to at least some of this multifarious administrative action, we have to decide how to take account of the great range of its variety. If the primary objective is to simplify the judicial process of giving or withholding deference, then the diversity of statutes authorizing discretionary administrative action must be declared irrelevant or minimized. If, on the other hand, it is simply implausible that Congress intended such a broad range of statutory authority to produce only two varieties of administrative action, demanding either *Chevron* deference or none at all, then the breadth of the spectrum of possible agency action must be taken into account. *Justice Scalia*’s first priority over the years has been to limit and simplify. The Court’s choice has been to tailor deference to variety. This acceptance of the range of statutory variation has led the Court to recognize more than one variety of judicial deference, just as the Court has recognized a variety of indicators that Congress would expect *Chevron* deference. (...) We think, in sum, that *Justice Scalia*’s efforts to simplify ultimately run afoul of Congress’s indications that different statutes present different reasons for considering respect for the exercise of administrative authority or deference to it. Without being at odds with congressional intent much of the time, we believe that judicial responses to administrative action must continue to differentiate between *Chevron* and *Skidmore*, and that continued recognition of *Skidmore* is necessary for just the reasons *Justice Jackson* gave when that case was decided”.

195. Para uma crítica à influência positivista e formalista no sistema de controle judicial italiano, v. Antonio Romano Tassone, “Sulle vicende del concetto di ‘merito’”, *Diritto Amministrativo* 3/517, 2008.

“considerandos” denuncia o uso da estrutura silogística. A conclusão final deste Tribunal Administrativo é apresentada como uma decorrência lógica e necessária dos textos de lei citados. A argumentação das conclusões dos *rapporteurs publics* é bastante mais livre e rica, mas no acórdão do Conselho de Estado, em si, não há nenhum espaço para problematização e consideração de outras possíveis soluções também concordes à legislação.

Outro aspecto que parece relevante é o recurso à chamada *análise institucional comparativa*. Como se afirmou acima, este método de análise possui pressupostos analíticos semelhantes ao do realismo jurídico: em especial, a assunção de uma imprecisão jurídica e da existência de espaço para a autonomia dos operadores do Direito. Na França e na Itália este tipo de análise no discurso dos tribunais é flagrantemente menos comum em comparação com o que ocorre nos Estados Unidos e no Canadá. Na Itália, curiosamente, esta espécie de análise começou a se fazer particularmente presente no período em que se adotou um controle judicial *fraco* (deferente) sobre avaliações técnicas complexas.¹⁹⁶ Na França as análises institucionais comparativas são bastante raras; e, quando existentes, resumem-se às conclusões dos *rapporteurs publics*.

O desprestígio do realismo jurídico e de suas alegações mais relevantes é flagrante também na doutrina destes dois Países. A maioria das publicações imprime um enfoque dogmático e “estritamente jurídico”. Uma relevante exceção é o Professor Michel Troper, que desenvolveu uma teoria da interpretação realista na França.¹⁹⁷

3.2.2.2 As consequências para a jurisprudência relativa ao controle judicial

A pouca propagação comparativa das ideias do realismo jurídico certamente dificulta a adoção e a difusão de uma orientação deferencial. Na França e na Itália predomina a concepção de que a interpretação legislativa

196. Sobre o tema, v. o Capítulo II da Primeira Parte.

197. Cf. Michel Troper, “Une théorie réaliste de l’interprétation”, in Éric Milard e Olivier Jouanjan (eds.), *Théories Réalistes du Droit*, Strasbourg, PUS, 2001. Para um interessante debate sobre o tema; v.: Otto Pfersmann, “Contre le néo-realisme juridique: pour un débat sur l’interprétation”, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2001*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 231-284; Michel Troper, “Réplique à Otto Pfersmann”, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 297-314; Otto Pfersmann, “Une théorie sans objet – Une dogmatique sans théorie: en réponse à Michel Troper”, in Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 153-181.

é o domínio típico dos tribunais. Esta circunstância leva à conclusão de que ambiguidades legislativas devem ser resolvidas pelos tribunais, e não pelas autoridades administrativas. O maior exemplo disto é a ideia de “erro de direito” no Direito Francês. Trata-se de um “erro abstrato” de interpretação da lei, sem ligação com os fatos concretos do caso. Difere do “erro de apreciação”, porque este diz respeito à qualificação jurídica dos fatos. Pois bem: na França o “erro de direito” é *sempre* controlado de forma não deferente.¹⁹⁸ A solução prevalece a despeito do grau de ambiguidade da legislação, e independentemente de um componente técnico ou político que a interpretação desta ambiguidade pode envolver. Prevalece também independentemente das características institucionais da autoridade que adotou a decisão e de uma eventual conexão existente entre o termo interpretado e a matéria de expertise da entidade administrativa. Os tribunais têm autorização para interpretá-lo diretamente e afastar a interpretação da autoridade administrativa, quando não coincidente com sua própria.

Esta orientação é diametralmente oposta àquela adotada nos Estados Unidos e no Canadá, onde se entende que a autoridade administrativa possui um espaço de liberdade decisória dentro das opções abertas pelo uso de expressões ambíguas.¹⁹⁹ Fundamentalmente, trata-se de orientação claramente contrária aos preceitos do realismo jurídico e consentânea com o raciocínio jurídico clássico. A questão do “erro de direito” na França ilustra uma concepção de completude do sistema jurídico e de autonomia do Direito: a interpretação de um termo ambíguo inserido em uma legislação é uma tarefa eminentemente jurídica, e só pode ter *um* (*correto*) sentido, numa leitura sistemática do Direito. Não há, assim, espaço para juízos políticos ou técnicos. Estes raciocínios terminam por gerar uma “supervalorização do jurídico” ou “supremacia do Direito”, que, no âmbito do controle judicial da administração pública, desagua naturalmente na consagração de uma postura pouco deferente.

No Canadá esta orientação era dominante nas primeiras décadas do século XX, em que o direito administrativo era fortemente influenciado pelas ideias de Albert Venn Dicey. Este professor inglês da Universidade de Oxford entendia a intervenção dos tribunais como essencial para a proteção do Estado de Direito. Batalhando contra este raciocínio, o realista John Willis, extremamente influente nas décadas seguintes, denunciou precisamente esta dominância da visão jurídica dos problemas sociais – aspecto

que ele denominava *lawyer's bias* (“viés do advogado”).²⁰⁰ Ao invés deste foco na capacitação única dos tribunais para interpretar e aplicar o Direito, os realistas canadenses propunham uma maior valorização e aceitação das interpretações próprias da administração pública. A correção deste foco *institucional* excessivo nos tribunais poderia ter como consequências a correção do foco *substancial*: da acentuação do aspecto jurídico (de licitude e proteção de direito), poderiam ser favorecidos os outros aspectos do direito administrativo, como a eficiência da administração (fundamentada na sua expertise)²⁰¹ e sua responsividade aos anseios dos cidadãos.²⁰² Aos tribunais caberia intervir mais fortemente apenas nas matérias mais propriamente jurídicas, que incluíssem “valores constitucionais fundamentais ou transcendentais”.²⁰³

* * *

Não é possível precisar se o pendor deferencial mais ou menos elevado de uma jurisdição é determinado pela maior ou menor propagação que nela

200. Seriam as palavras de John Willis: “Consider the normal lawyer’s biases. Because he acts for individuals he necessarily empathizes with the individual. Because he is steeped in the Common Law he views with alarm any departures from the eighteenth-century constitution which he finds in the law reports. Because he lacks experience in the facts of governmental life he has little interest in what actually happens there. Because he is familiar with law as a shield to be used in the defence of his clients he overestimates the importance of legal safeguards and underestimates the importance of the, to him, less familiar but more efficacious ones of fair-minded civil servants, a vigilant press, and a ‘watch that government’ atmosphere in the general public” (*apud* Richard C. B. Risk, “*In Memoriam: John Willis*” (1997), cit., 47 *U. T. L. J.* 301, 303).

201. Neste sentido, v.: David Dyzenhaus, “The logic of the rule of law: lessons from Willis”, cit., 55 *U. Toronto L. J.* 691, 704.

202. Curiosamente, Jean Massot reporta que a intenção original da jurisdição administrativa na França não era a proteção dos cidadãos, mas o bom funcionamento da administração pública – ou seja: um foco na questão da eficiência administrativa (“The powers and duties of the French administrative judge”, cit., in Susan Rose-Ackerman e Peter Lindseth, *Comparative Administrative Law*, p. 415). Atualmente, como aponta Yann Aguila, a jurisdição administrativa tem uma *vocação para proteger direitos*: “Car tel est sans doute le fondement principal, aujourd’hui, de la justice administrative: la garantie des droits fondamentaux est une pièce maîtresse de l’État de Droit. Le contrôle juridictionnel des actes de l’administration constitue un outil majeur de protection des droits et libertés des citoyens” (“La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l’exception française à l’épreuve des faits”, cit., *AJDA* 2007, pp. 290 e ss.).

203. Era esta a proposta de Harry Arthurs, “Rethinking administrative law: a slightly Dicey business” (1979), cit., 17 *Osgood Hall L. J.* 1.

198. Sobre o tema, v. o item 1 do Capítulo I da Primeira Parte.

199. Sobre o tema, v. o item 1 do Capítulo II da Primeira Parte.

se deu das proposições do realismo jurídico. A dificuldade é principalmente metodológica: não haveria métodos adequados para demonstrar esta relação de causalidade.

No entanto, aqui a relação parece ser plausível. Nos Estados Unidos e no Canadá as proposições centrais do realismo jurídico propagaram-se de forma bastante significativa. Atualmente é praticamente impossível ignorar suas consequências, seja no ensino jurídico, na doutrina ou na prática judicial. Na doutrina o realismo chegou a inspirar outros movimentos, eles também relevantes. Um dos maiores exemplos é o *Critical Legal Studies*, liderado pelos Professores Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger, da Universidade Harvard. Mas o realismo também inspirou a análise econômica do Direito e a teoria feminista do Direito. No ensino, o enfoque dogmático, “puramente jurídico” (ou “cientificamente” jurídico), é flagrantemente desprestigiado, sendo esta circunstância evidente a qualquer pessoa que já teve acesso às universidades locais. A influência do realismo sobre os juízes formados a partir deste ensino e desta doutrina não poderia ser menos significativa.

Em resumo: algumas proposições centrais do realismo jurídico parecem incorporadas de modo indelével na infraestrutura e no raciocínio jurídico destes Países. Acima pareceu possível identificar traços deste impacto realista nos julgamentos-chave das Supremas Cortes americana e canadense. A orientação deferente propagada a partir destes julgamentos parece, assim, um produto da difusão do realismo jurídico. A situação na França e na Itália é totalmente diversa. No ensino jurídico prevalece um enfoque enciclopédico e dogmático, com pouco espaço para reflexões fora do “cientificamente” jurídico. Na doutrina a situação é semelhante. É razoável esperar que desta realidade emane um Poder Judiciário mais aut centrado e menos propenso a reconhecer suas limitações ou desvantagens comparativas.

Repete-se que uma demonstração cabal da relação existente entre a propagação do realismo jurídico e a orientação deferencial dos tribunais de uma jurisdição em relação à administração pública é metodologicamente impossível. Ainda mais, a identificação de elementos que sugeririam ou refutariam esta circunstância exigiria um estudo específico e mais profundo. O objetivo deste item era apenas especular e oferecer alguns elementos para inspirar e direcionar pesquisas futuras.

4. Conclusões

Este capítulo serviu para aprofundar o tratamento específico de um dos grandes atores deste trabalho, a *deferência judicial à administração públi-*

ca. Para fazê-lo, submeteu-se esta deferência a três perspectivas adicionais: prática, dinâmica e causal.

Na Primeira Parte a deferência foi submetida a uma análise prática. O objetivo era questionar a medida da eficácia das doutrinas deferenciais: até que ponto elas se traduzem efetivamente (*na prática*) numa postura judicial respeitosa, numa orientação autorrestritiva. Num primeiro momento apresentaram-se algumas razões para duvidar desta eficácia. A uma, há quem sugira que os juízos de razoabilidade frequentemente determinados pelas doutrinas deferenciais ou seriam psicologicamente impossíveis ou, no mínimo, estariam irremediavelmente ligados a um juízo prévio de correção. A duas, estes juízos seriam, ainda, determinados pela ideologia dos magistrados. Estudos empíricos realizados pela doutrina americana demonstram a inquestionável propensão dos magistrados a considerarem mais frequentemente razoáveis as decisões que estejam de acordo com suas preferências políticas.

Estas circunstâncias levaram diversos autores a questionar a eficácia das doutrinas deferenciais e a propor reformas. Numa das mais importantes destas propostas, o Professor Adrian Vermeule sugeriu que um mecanismo deferencial mais efetivo é aquele que se baseia numa regra diferenciada de votação, ao invés de se basear numa regra determinando uma específica intensidade do controle. Esta solução livraria os magistrados da complexa tarefa de avaliar a razoabilidade de uma decisão, além de permitir uma mais fácil calibragem do tanto de deferência que se quer imprimir a um tipo específico de decisão administrativa. Sucede que uma análise mais atenta desta proposta mostra que tampouco ela está imune a problemas. De um lado, a propalada calibragem é um benefício que na prática seria muito pouco aproveitado. De outro, livres da tarefa de promover um juízo de razoabilidade, os magistrados seriam, no entanto, obrigados a promover um juízo de correção em casos em que simplesmente *não há* uma solução *correta*. Nestas situações, a escolha de uma “solução correta” tenderá a esconder do público, no discurso do magistrado, as soluções alternativas igualmente permitidas pela lei. E, neste sentido, reduzirá a transparência da atuação judicial.

As dificuldades da proposta de reforma suscitaram uma nova análise dos méritos de *Chevron*. Reputou-se que os estudos empíricos apresentados anteriormente não são inidôneos a demonstrar a ineficácia de *Chevron* ou de outras doutrinas deferenciais. Primeiro, porque o foco nos percentuais de manutenção ou anulação das decisões administrativas de cada ministro é um índice imperfeito da efetiva adoção, por eles, daquilo que é realmente relevante: uma *postura* ou *orientação* deferencial em relação aos pronunciamentos da administração pública. Depois, porque o foco nos percentuais de

manutenção das decisões administrativas não capta um dos mais relevantes efeitos de uma doutrina deferencial, que é a *dissuasão*.

Estas duas circunstâncias recomendariam que os percentuais de manutenção das decisões administrativas encontrados nos estudos empíricos fossem vistos com alguma ressalva, se de fato eles sugerissem a ineficácia das doutrinas deferenciais. Mas ainda se foi mais além, para argumentar que estes percentuais *não são* desfavoráveis, como à primeira vista se poderia supor. Partindo de uma perspectiva *micro*, que leva em consideração os magistrados individualmente, é possível observar que os estudos empíricos demonstram um *pendor deferencial genérico*. Assim, a despeito das inclinações deferenciais superiores no caso de decisões compatíveis com a ideologia do magistrado, identifica-se um viés relativamente satisfatório de deferência à administração *também nos casos de decisões ideologicamente contrárias*. No caso de uma perspectiva *macro*, que toma o cenário amplo e geral de controle das decisões administrativas, os estudos empíricos realizados tanto nos Estados Unidos como no Canadá apontam para uma taxa de manutenção de aproximadamente 65%. Há razões de sobra, portanto, para manter a fé na eficácia das doutrinas deferenciais.

Na Segunda Parte promoveu-se uma análise *dinâmica* ou *histórica* dos modelos deferenciais de controle. Ao invés de perguntar como os modelos de controle judicial deferente em cada uma das jurisdições *são atualmente*, a ideia era investigar *como eles chegaram a sê-lo*, ou como *evoluiram* com o passar das décadas. Analisaram-se, assim, o contexto histórico e jurisprudencial da sua criação e aspectos da sua evolução posterior.

Observando as circunstâncias da *criação* destes modelos nas jurisdições estudadas, revelou-se que a criação de um modelo de controle deferente pode servir a diferentes finalidades. Na hipótese mais intuitiva, ela implica um movimento de retração judicial, consistindo em uma exortação à autocontenção dos tribunais. Mas contraintuitivamente a iniciativa pode significar também um movimento inverso, de ampliação da intervenção judicial. A primeira hipótese caracteriza o caso canadense e, um pouco menos claramente, os casos americano e italiano. A segunda hipótese caracteriza o caso da França. Neste País o modelo de controle restrito, criado na década de 1960, permitiu ao juiz administrativo estender sua intervenção e seu controle.

Por outro lado, a análise da *evolução* destes modelos de controle é um bom indicativo dos pendores deferenciais de cada jurisdição. Observou-se que em algumas jurisdições os modelos deferenciais se encontram em franca ascensão; em outras, em claro declínio. Canadá é o maior exemplo do primeiro caso: o modelo de controle de razoabilidade é hoje aplicado na

maioria dos casos envolvendo autoridades administrativas especializadas. O modelo não deferente de correção aplica-se tão somente a hipóteses em que a decisão administrativa controlada seja particularmente sensível do ponto de vista jurídico. A França é o melhor exemplo do segundo caso. Após disseminar-se nas áreas antes não submetidas a qualquer controle judicial, o controle restrito foi progressivamente perdendo espaço para o controle não deferente, dito “normal”. Estados Unidos e Itália constituem modelos menos claros da primeira e da segunda hipótese, respectivamente.

A verificação destes diferentes pendores deferenciais em, de um lado, Estados Unidos e Canadá e, de outro, França e Itália levou ao questionamento das *razões* destas diferenças – matéria que foi objeto do item 3 do capítulo. Especulou-se, então, a propósito da influência gerada por alguns elementos que marcam e apartam as jurisdições estudadas. Dois foram os elementos estudados: a natureza monista ou dualista dos aparatos jurisdicionais e a disseminação do realismo jurídico no interior de cada jurisdição. Trata-se de circunstâncias que acompanham a distinção operada acima com base no *pendor deferencial*. Estados Unidos e Canadá, em que a orientação deferencial possui prestígio acentuado, têm aparatos jurisdicionais monistas e são marcados por uma forte difusão do pensamento jurídico realista. França e Itália, ao contrário, possuem jurisdição dualista e são de certa forma resistentes às proposições do realismo, consagrando um Direito comparativamente mais formalista e dogmático.

No item 3 o enfoque foi bastante mais livre e ensaístico. Não havia como comprovar ou desautorizar quaisquer destas causas acima, mas era possível levantar alguns pontos e mencionar aspectos relevantes para estruturar a discussão e enriquecer o debate. Assim, no que atina à influência gerada pela consagração de uma jurisdição dualista no *pendor deferencial* de um País, admitiu-se que se trata de tese interessante. De um lado, a jurisdição administrativa elimina eventuais problemas relativos à separação dos Poderes. De outro, a formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa poderia significar que eles teriam menor dificuldade para compreender e enfrentar os temas técnicos que constituem o objeto das decisões administrativas controladas.

Um exame mais detalhado desta hipótese, no entanto, levanta algumas dúvidas a propósito de sua validade. Primeiro, porque o tal obstáculo da separação dos Poderes não é tão relevante como se poderia supor. Segundo, porque a tal formação multidisciplinar dos membros da jurisdição administrativa é circunstância específica do Direito Francês. Terceiro, porque mesmo na França esta tal formação diferenciada não eliminaria o argumento da complexidade das decisões administrativas controladas. Isto porque o

argumento veicula um raciocínio de vantagem *institucional* comparativa. Quarto, e finalmente, porque, se a orientação pouco deferencial de França e Itália pudesse ser validamente atribuída à sua jurisdição administrativa, então, seria de se esperar que o controle judicial da administração eventualmente operado pela jurisdição comum fosse mais deferente nestes Países. Mas não é isto o que ocorre: tanto na França quanto na Itália o controle judicial efetuado pela jurisdição ordinária é invariavelmente não deferente.

Já, na hipótese relativa à influência do realismo, a relação parece ser plausível. Nos Estados Unidos e no Canadá as proposições centrais do realismo jurídico propagaram-se de forma bastante significativa e estão impregnadas no ensino jurídico, na doutrina e na prática judicial. Nos julgamentos mais importantes das Supremas Cortes americana e canadense, aqueles que estabeleceram ou ampliaram a orientação deferencial nestes Países, é visível uma inspiração realista. A situação na França e na Itália é totalmente diversa. No ensino jurídico prevalece um enfoque enciclopédico e dogmático, com pouco espaço para reflexões fora do “cientificamente” jurídico. Na doutrina a situação é semelhante. É razoável esperar que desta realidade emane um Poder Judiciário mais autocrático e menos propenso a reconhecer suas limitações ou desvantagens comparativas.

No todo, as perspectivas prática, dinâmica e causal parecem permitir uma visão mais universal do fenômeno da deferência judicial à administração pública.

Capítulo III CONCLUSÕES DA TERCEIRA PARTE

As duas primeiras partes do trabalho cuidaram dos aspectos substanciais e procedimentais da *determinação* da intensidade do controle judicial. Nesta última parte o foco voltou-se, finalmente, à *intensidade em si*, mais do que à sua determinação.

Tratando o trabalho da *adaptação* da intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública, então, o passo mais evidente consiste no exame da riqueza da *paleta de intensidades do controle judicial* existente em cada jurisdição. É que, intuitivamente, quanto mais modelos existirem, maior é a possibilidade de adaptar a intensidade do controle judicial às características específicas da decisão administrativa controlada.

O histórico jurisprudencial de duas das jurisdições estudadas revela situações em que este raciocínio foi levado ao extremo. No Canadá, em 1997, a Suprema Corte sinalizou que os modelos de controle judicial de correção e de irrazoabilidade manifesta não consistiam nos dois únicos existentes, mas em dois extremos de um *espectro* de infinitas intensidades possíveis. A mesma ideia do espectro de intensidades foi consagrada no Direito Americano a partir do caso *Mead*, em 2001. Em ambos os casos a ideia era permitir uma adaptação máxima à grande variedade substancial e institucional que marca as decisões administrativas controladas. Na prática, a operacionalização do espectro não é simples. No Canadá as dúvidas operacionais levaram ao abandono progressivo da ideia, através da afirmação de modelos fixos de controle (primeiro em número de três, depois dois). Nos Estados Unidos a Suprema Corte segue afirmando a existência de um espectro, mas a confusão é evidente nos tribunais inferiores.