

EDUARDO JORDÃO

CONTROLE JUDICIAL DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMPLEXA

A Experiência Estrangeira
na Adaptação da Intensidade
do Controle



1ª EDIÇÃO
2ª tiragem

2026

Capítulo II

A DEFERÊNCIA DISSECADA

Introdução. 1. A prática da deferência: a eficácia das doutrinas deferenciais: 1.1 A incerta adesão dos magistrados aos comandos deferenciais: 1.1.1 A influência dos juízos de correção nos juízos de razoabilidade – 1.1.2 A influência da ideologia sobre os juízos de razoabilidade – 1.2 As propostas de reforma para ampliar a eficácia da doutrina Chevron: 1.2.1 A proposta de Adrian Vermeule: Chevron como regra de votação – 1.2.2 Uma releitura realista dos méritos da doutrina Chevron. 2. A dinâmica da deferência: criação e evolução dos modelos deferentes: 2.1 As circunstâncias históricas da criação dos modelos deferentes: 2.1.1 A hipótese intuitiva: o modelo deferente como veículo de retração judicial – 2.1.2 A hipótese contraintuitiva: o modelo deferente para ampliação da intervenção – 2.2 A evolução histórica do modelo de controle deferente: 2.2.1 A hipótese de disseminação do modelo deferente – 2.2.2 A hipótese de declínio ou abandono do modelo deferente. 3. A explicação da deferência: hipóteses para as diferentes orientações nacionais: 3.1 A jurisdição administrativa como razão da postura não deferencial: 3.1.1 A teórica eliminação de obstáculos ao controle não deferente – 3.1.2 A duvidosa influência destas circunstâncias na prática – 3.2 O pendor deferencial como produto da propagação do realismo jurídico: 3.2.1 Traços de realismo jurídico no viés deferencial das jurisdições estudadas – 3.2.2 A menor relevância do realismo jurídico na França e na Itália. 4. Conclusões.

Introdução

A deferência ocupou posição central em todos os capítulos deste trabalho, mas só agora, no último deles, ela será diretamente tratada – ou *dissecada*, no dizer do título. A intenção é reunir questões que ficaram de fora dos demais capítulos, para completar a compreensão dos dilemas envolvidos na determinação da intensidade do controle judicial sobre as decisões da administração pública.

A primeira dificuldade em tratar especificamente da deferência reside em sua polissemia. O termo pode significar coisas distintas, embora relacionadas. Numa primeira acepção – aquela que parece a mais própria –, o termo “deferência” denota uma *atitude ou postura respeitosa*, uma *orientação autorrestritiva* de tribunais ou magistrados específicos.¹ Neste sentido, afirmar que um tribunal aplicou “deferência” no controle judicial a uma decisão da administração pública significaria que o tribunal considerou com *respeito* a solução administrativa. Mais precisamente, implicaria que o tribunal não decidiu *diretamente* a questão jurídica (ou, por exemplo, não interpretou *diretamente* a legislação em questão), mas apenas considerou a *razoabilidade*, a *coerência*, a *logicidade*, da decisão ou interpretação adotada pela autoridade administrativa.² É o que ocorre (ou, ao menos, o que deveria ocorrer) quando os tribunais aplicam os modelos deferentes de controle judicial, como o de razoabilidade no Canadá, o controle fraco na Itália, o controle restrito na França ou a doutrina *Chevron* nos Estados Unidos. É essencial atentar a que nesta primeira acepção a deferência não implica necessariamente a manutenção da decisão administrativa: é possível, afinal, que, utilizando qualquer um dos modelos de controle acima elencados, o tribunal chegue à conclusão final de que a decisão administrativa *não fora*, por exemplo, razoável, ou permissível, ou coerente, ou lógica – e decida anulá-la. Ainda assim terá havido deferência judicial, ao menos nesta primeira acepção de “postura respeitosa”.

Numa segunda acepção a deferência denota não uma postura ou atitude judicial específica em relação às decisões administrativas controladas, mas

1. No Direito Canadense é bastante influente o conceito de David Dyzenhaus da deferência como “respeito”: “Deference as respect requires not submission but respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision, whether that decision be the statutory decision of the legislature, a judgment of another court, or the decision of an administrative agency. I will argue that only this principle can rearticulate the proper relationship between the legislature, administrative agencies and the courts. I will argue further that the sense it makes requires the courts to reject the Diceyan model of law in which the idea of submissive deference is an essential component. I also suggest that the model of the rule of law to which the principle of deference as respect is committed might well prove fruitful in the new political context of administrative law, in particular because of its explicit commitment to the value of equality (“The politics of deference: judicial review and democracy”, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 286).

2. Douglas W. Kmiec observa que a relação entre os tribunais e as agências “is not supervisory (like that of the Supreme Court to the appellate and district courts) but more akin to one of respect or noninterference indicative of coequal branches” (“Judicial deference to execute agencies and the decline of the nondelegation doctrine”, 2 *Admin. L. J.* 269, 270 (1988)).

uma específica *solução* judicial depois de operado o controle. Deferência, neste sentido, corresponde precisamente à *manutenção* da decisão administrativa contestada judicialmente. Aqui, *deferir* à administração significa *não anular* sua decisão, *não acatar* a contestação que lhe foi feita. Sob certo ângulo, a primeira acepção liga-se ao *modo como* os tribunais procedem ao controle (de *forma respeitosa*), enquanto a segunda acepção está relacionada ao *resultado* deste controle (um julgamento favorável à autoridade administrativa, o qual mantém a decisão contestada).

Ambos os sentidos são usados de forma corrente nos discursos doutrinários ou judiciais. Um complicador é que nem sempre é claro pelo contexto qual o sentido empregado; e nem sempre o autor do discurso se preocupa em esclarecer esta questão. Neste trabalho o sentido mais relevante é o primeiro, da deferência como *postura respeitosa* ou como *atitude autorrestritiva* dos tribunais. Assim o termo foi empregado em todos os capítulos até aqui. A prevalência justifica-se pelo próprio objeto do trabalho: a intenção era examinar o fenômeno da *determinação da intensidade do controle judicial*. A preocupação do trabalho ia até o momento em que a intensidade do controle (não deferente ou deferente em níveis variados, na primeira acepção) era definida. O resultado dos julgamentos operados sob uma intensidade tal ou qual interessa menos diretamente a este trabalho. Na acepção de manutenção de uma decisão administrativa contestada, a “deferência” não é, aqui, tão relevante.

É, portanto, na acepção de *orientação respeitosa* que a deferência aparece neste capítulo. O objetivo é examiná-la sob três ângulos diferentes, para permitir uma visão mais completa deste fenômeno. As perspectivas de análise poderiam ser referidas como *prática*, *dinâmica* e *causal*. A cada uma delas se consagrou uma parte do capítulo.

No item 1 adota-se uma perspectiva prática. A preocupação está centrada na *eficácia* das doutrinas deferenciais: até que ponto elas se traduzem efetivamente (*na prática*) numa postural judicial respeitosa, numa orientação autorrestritiva? O recurso a alguns estudos empíricos jogará dúvidas sobre esta circunstância, ao destacar a influência da ideologia e dos juízos pessoais de correção dos magistrados na avaliação que fazem da razoabilidade de uma decisão administrativa.

No item 2 o objetivo é examinar a *dinâmica* dos modelos deferenciais de controle. Através de um enfoque histórico na *criação* e na *evolução* destes modelos em cada jurisdição estudada pode-se ter uma compreensão mais completa sobre eles. No primeiro caso, a perspectiva dinâmica revelará que a criação de um modelo de controle deferente nem sempre visa a veicular um movimento de retração judicial; pode também (contraintuitivamente)

servir a viabilizar uma *ampliação* da intervenção judicial, em áreas antes não submetidas a controle algum. No segundo caso, as diferentes evoluções dos modelos de controle deferenciais (sua disseminação ou seu declínio) indicarão distintos pendores deferenciais de cada uma das jurisdições.

Esta circunstância abrirá espaço para o terceiro item, em que se especula sobre as *causas* destes diferentes pendores deferenciais que caracterizam as jurisdições. Tendo os olhos fixados em elementos *estruturais* de cada jurisdição, investiga-se até que ponto eles podem ser tidos como responsáveis pelo grau de deferência nela verificado. A exposição inicia pela análise do impacto de uma jurisdição administrativa: a orientação não deferencial verificada nos Países que a apresentam pode ser considerada um produto seu? Depois disso examina-se até que ponto a propagação do realismo jurídico, mais acentuada nos Estados Unidos e no Canadá, poderia responder por uma orientação deferencial dos tribunais destes Países.

1. A prática da deferência: a eficácia das doutrinas deferenciais

Neste item o enfoque é *prático*. Busca-se examinar a *eficácia* das doutrinas deferenciais. Trata-se de uma inquirição a propósito da realidade ou efetividade da *postura respeitosa* dos tribunais nos casos em que incidam ou devam incidir os modelos deferenciais de controle judicial. Em que medida o estabelecimento destas doutrinas de fato se traduz em uma orientação judicial autorrestritiva? Até que ponto os tribunais obedecem aos comandos das doutrinas, limitando sua intervenção?

Com recurso a alguns estudos empíricos muito interessantes produzidos pela doutrina jurídica americana, será visto que é incerta a adesão dos magistrados, individualmente considerados, às fórmulas deferenciais. Isso porque a ideologia de cada um deles e seus juízos pessoais de correção exercem influência significativa sobre as avaliações de razoabilidade de uma decisão administrativa (item 1.1). Por força destas incertezas, apresentaram-se algumas propostas voltadas a ampliar a eficácia das doutrinas deferenciais. Uma das mais importantes delas (denominada *Chevron as a voting rule*) será objeto de análise neste item. Na sequência se fará também uma avaliação dos próprios méritos de *Chevron*, em função da sua suposta ineficácia e em comparação à proposta de reforma (item 1.2).

1.1 A incerta adesão dos magistrados aos comandos deferenciais

No capítulo anterior apresentou-se a dificuldade dos tribunais para distinguir entre diferentes modelos de controle deferente. Foi visto que no

histórico jurisprudencial das jurisdições estudadas a existência de múltiplos modelos é mais frequentemente fonte de incertezas do que de calibragem precisa da deferência. Revelou-se a complexidade de dissociação entre finas nuanças como “razoabilidade” e “razoabilidade manifesta” no caso do Canadá, ou entre regras como “arbitrariedade” e “permissibilidade” nos Estados Unidos.³ Este item volta-se ao estudo de questão diversa, embora relacionada: a dúvida a propósito do *cumprimento* ou da *obediência* dos magistrados a *um específico* modelo concreto, distinto do modelo não deferente. Em que medida pode ser dito que os magistrados de fato se atêm ao direcionamento a que anulem apenas decisões “razoáveis” ou “arbitrárias”, mantendo intactas as demais?

Numa primeira aproximação, é preciso admitir que as formulações dos modelos de controle judicial deferente são usualmente imprecisas, deixando uma álea grande de subjetividade a ser exercida pelo julgador. A regra mais comum é a da “razoabilidade”. De acordo com ela, devem ser mantidas as decisões administrativas que não forem “irrazoáveis”. Esta é a determinação direta do modelo de razoabilidade no Canadá, mas também, com algumas precisões adicionais, do modelo de controle fraco⁴ na Itália e do Passo 2 de *Chevron*⁵ nos Estados Unidos. A “razoabilidade”, no entanto, está longe de ser uma noção objetiva. Diferentes indivíduos tenderão a divergir sobre a razoabilidade de um raciocínio ou de um pronunciamento.

3. Sobre o tema, v. o item 2 do capítulo anterior. Nas palavras de Adrian Vermeule: “The problem is that verbal formulae are typically too crude to capture the fine shades of difference that are needed to tweak deference rules in either direction (...). Legal language can capture the idea of the best legal answer and can indicate the idea of deference where decisions under review are not clearly erroneous. More fine-grained standards of deference, however, are difficult to express; cognitive capacities are typically inadequate to sustain a fine-grained schema of deference standards” (*Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 152).

4. Como se afirmou no capítulo anterior (item 2.2.1.1), na Itália o controle deferente é caracterizado por um critério múltiplo, incerto e cumulativo. O critério é incerto porque a formulação utilizada pelos tribunais administrativos varia um pouco de um caso a outro. Ele é cumulativo porque se exige que a decisão administrativa passe por todos os testes (e não apenas um deles) para ser julgada válida. Em geral examinam-se “a logicidade, a congruidade, a coerência e a razoabilidade” da decisão administrativa.

5. Embora a formulação clássica de *Chevron* fale em “permissibilidade”, e não em razoabilidade, a Suprema Corte igualou as duas ideias em diversas oportunidades, inclusive na própria decisão de *Chevron*. V., por exemplo, *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 844 (1984): “In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency”.

Em teoria, estas divergências tenderiam a se dissipar nas hipóteses de regimes deferenciais extremos. Nestes casos a determinação aos magistrados é distinta: eles só devem anular decisões que sejam *manifestamente* irrazoáveis ou *manifestamente* erradas.⁶ O uso destas expressões grifadas parece querer expressar que só se autoriza a anulação de decisões *incontestavelmente* irrazoáveis ou erradas. Neste sentido a célebre definição de *erro manifesto* dada pelo Comissário de Governo Braibant no caso *Lambert*, na França: “um erro que não permite *qualquer dúvida* para um espírito normalmente esclarecido”.⁷ Também neste sentido, embora de forma menos contundente, as caracterizações da irrazoabilidade manifesta no Direito Canadense como uma irrazoabilidade *óbvia*.⁸

Sucede que a prática jurisprudencial registra situações que parecem contrariar esta lógica. Não são poucos os casos em que há divergência entre os magistrados sobre se uma decisão administrativa é manifestamente irrazoável ou não.⁹ Esta circunstância chamou a atenção e causou estranheza a alguns doutrinadores.¹⁰ Do ponto de vista teórico e estritamente conceitual, no entanto, a situação é facilmente explicável. Embora a ideia de uma decisão *manifestamente irrazoável* passe a imagem de algo muito distante de uma decisão “correta” – pelo quê as duas hipóteses seriam facilmente discerníveis –, uma decisão teoricamente “manifestamente irrazoável” segue bastante próxima de uma decisão “simplesmente irrazoável”. E esta poderia ser a razão das discordâncias aí havidas. Numa eventual divergência sobre o regime extremamente deferente, não é, necessariamente, que um magistrado pense ter havido uma irrazoabilidade manifesta, por exemplo, e o outro pense ter havido uma decisão *correta*. Pode ser que eles discordem apenas quanto à natureza *manifesta* da irrazoabilidade que ambos concordam que afeta a decisão.

6. Ainda que, pelas razões expostas no capítulo anterior, nos pareça que o regime de “*erro manifesto*” francês se aproxima mais de um regime de irrazoabilidade do que de um regime de *irrazoabilidade* manifesta.

7. Conclusões do Comissário de Governo Guy Braibant no caso CE, 13.11.1970, *Lambert*.

8. V. item 2.1.2 do Capítulo I desta Terceira Parte.

9. V., por exemplo, *CUPE versus Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 SCR 539, em que uma maioria formada por seis ministros identificou a irrazoabilidade manifesta, enquanto três outros ministros afirmaram que ela seria inexistente.

10. Cf. Guy Régimbald: “In our opinion, it should have been impossible given the definition and application of the standard of patent unreasonableness to come to this conclusion. In fact, given that three judges are of the opinion that the decision was not patently unreasonable, it cannot qualify as being so outrageous as warranting the intervention of the Court. If that had been the case, the decision should have been unanimous” (*Canadian Administrative Law*, Markham, Lexis Nexis, 2008, p. 437).

O problema da subjetividade dos juízos de razoabilidade permanece, no entanto. A grande preocupação reside em que os magistrados se valham das imprecisões dos comandos deferenciais para impor suas próprias soluções, em detrimento daquelas da autoridade administrativa. Seguindo-se de fato as orientações das doutrinas deferenciais, era de se esperar que as preferências pessoais dos magistrados ficassem à margem dos julgamentos que eles promovem da razoabilidade das decisões administrativas. Contudo, a prática demonstra que estes juízos são influenciados tanto pelas concepções pessoais do magistrado daquilo que seria a *decisão correta* (item 1.1.1) como por sua *ideologia política* (item 1.1.2).

1.1.1 *A influência dos juízos de correção nos juízos de razoabilidade*

Uma primeira questão diz respeito à relação existente entre os juízos de razoabilidade e de correção. No Direito Canadense o Ministro Sopinka sugeriu que os magistrados devem primeiro identificar a solução correta, para só em seguida – e quando a decisão administrativa com ela não coincidir – proceder a um juízo de razoabilidade (item 1.1.1). Outros autores sustentam uma relação ainda mais profunda entre estes dois juízos. Eles afirmam que o exame da razoabilidade envolveria uma avaliação psicologicamente impossível, na medida em que os indivíduos não seriam capazes de *graduar a plausibilidade* de decisões que destoem daquelas que eles consideram corretas. Indo de encontro a esta tese, há casos que sugerem a conveniência de um enfoque procedimental da razoabilidade como forma de contornar as dificuldades de uma avaliação substancial direta (item 1.1.2).

1.1.1.1 *A polêmica tese do Ministro Sopinka no caso Paccar da Suprema Corte canadense*

Numa primeira hipótese, seria possível imaginar que o juízo de razoabilidade compreende *necessariamente* um juízo inicial de correção. Neste sentido, para avaliar a razoabilidade de uma decisão o magistrado deveria identificar preliminarmente a *decisão correta*, permitindo em seguida um *distanciamento plausível*, dentro de cujo âmbito se inseririam as decisões razoáveis. Numa imagem gráfica, a decisão correta estaria em um centro rodeado pela multiplicidade de soluções razoáveis. Mais afastadas do centro – em uma distância, portanto, “não plausível” – estariam as decisões irrazoáveis, e ainda mais afastadas aquelas manifestamente irrazoáveis. Neste sentido, os juízos de razoabilidade e de correção estão sempre relacionados,

porque a visão de um indivíduo do que é razoável é influenciada pelo que ele considera o correto ou preferível.

Esta foi precisamente a tese sustentada pelo Ministro John Sopinka, da Suprema Corte do Canadá, no caso *Paccar*. Por ser extremamente relevante para este item do trabalho, o trecho merece transcrição integral. Disse o Ministro: “Eu não concordo que seja sempre necessário que o tribunal revisor ignore sua própria visão relativa aos méritos da decisão sob controle. Todo juízo relativo à razoabilidade de uma decisão envolve necessariamente uma avaliação dos seus méritos. Razoabilidade não é uma qualidade que existe isoladamente. Quando um tribunal afirma que uma decisão sob controle é ‘razoável’ ou ‘manifestamente irrazoável’, está fazendo uma afirmação sobre a relação lógica entre os fundamentos da decisão e as premissas que o tribunal acredita serem verdadeiras. Sem o ponto de referência de uma opinião (ou mesmo uma conclusão) sobre os méritos uma afirmação relativa desta natureza não pode ser feita. Eu concordo com (...) a importância da deferência judicial na revisão das decisões de autoridades administrativas especializadas. Mas, na minha visão, a deferência judicial só se torna relevante quando o tribunal se encontra em desacordo com a autoridade administrativa. Apenas então é necessário considerar se o erro (então identificado) está dentro ou fora dos limites da razoabilidade. (...). Enquanto o tribunal estiver satisfeito com a correção da decisão da autoridade administrativa, toda referência à razoabilidade é supérflua”.¹¹

Há vários problemas com este raciocínio. O primeiro deles refere-se ao uso que ele faz da imagem gráfica de “distância” das soluções “não corretas” para uma solução supostamente correta. Esta imagem possui alguma utilidade? É, mesmo, possível *medir* a distância que separa duas soluções abstratamente concebidas? Ainda que isso seja possível, o que seria tal

11. *Caimaw versus Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 SCR 983, at. 1018: “I cannot agree that it is always necessary for the reviewing court to ignore its own view of the merits of the decision under review. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. When a court says that a decision under review is ‘reasonable’ or ‘patently unreasonable’ it is making a statement about the logical relationship between the grounds of the decision and premises thought by the court to be true. Without the reference point of an opinion (if not a conclusion) on the merits, such a relative statement cannot be made. I share La Forest J.’s opinion of the importance of curial deference in the review of specialist tribunals’ decisions. But, in my view, curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. (...). So long as the court is satisfied with the correctness of the tribunals’ decision, any reference to reasonableness is superfluous”.

“distância plausível” da decisão correta? Não há aqui uma transferência de problemas? Estimar o que seja uma distância plausível não é a mesma coisa que determinar o que é razoável e o que não é?

Um segundo problema é mais relevante. Plausível como possa parecer, o raciocínio do Ministro Sopinka contrasta frontalmente com os fundamentos da atitude deferencial no Direito Canadense.¹² Esta atitude baseia-se precisamente na compreensão preliminar de *inexistência de respostas corretas* e no espaço aberto às autoridades administrativas para *escolher*.¹³ No caso que inaugurou a era deferencial nesta jurisdição (*CUPE*, em 1979) a Suprema Corte tratava de um caso de ambiguidade normativa. Examinou a razoabilidade de três interpretações contidas nos autos não para identificar aquela que fosse apropriada, mas para destacar a razoabilidade de todas elas.¹⁴ No mais, o raciocínio do Ministro Sopinka viola o precedente deferencial de *CUPE* em ainda outro elemento: esta decisão estabelecera precisamente que nestes casos em que a legislação não trouxesse uma clara solução caberia às autoridades administrativas a *precedência* (a *primazia*) na realização das escolhas então possíveis. A tese do Ministro Sopinka reverte esta lógica, voltando a colocar os tribunais como os atores principais para revelar o sentido de determinada legislação.¹⁵

A afirmação do Ministro Sopinka em voto concorrente foi subscrita por apenas mais um ministro, e não revela a forma de ver da maioria. A despeito disso, em estudo empírico realizado quase 15 anos após o caso *Paccar*, William Lahey e Diana Ginn observaram que muitos tribunais inferiores realizavam precisamente este raciocínio quando instados a controlar decisões administrativas sob o modelo de razoabilidade.¹⁶

12. Ian Holloway, “A sacred right: judicial review of administrative action as a cultural phenomenon” (1993), 22 *Man. L. J.* 28, 65-66.

13. J. M. Evans, “Jurisdictional review in the Supreme Court: realism, romance and recidivism” (1991), 48 *Admin. L. R.* 255.

14. *Canadian Union of Public Employees (CUPE), Local 963 versus New Brunswick (Liquor Corp.)*, [1979] 2 SCR 227 at. 242.

15. David J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, 5ª ed., Toronto, Emond Montgomery, 2003, p. 71: “This approach conflicts with the whole notion that Dickson J. espoused in *New Brunswick Liquor* that there is often no single correct answer to statutory interpretation problems. Also, it assumes the primacy of the reviewing court over the agency or tribunal in delineating the meaning of the relevant statute. At a more basic level, it makes judicial review that much more likely. It will frequently be difficult for conscientious judges to rule that an error has been committed but to then do nothing to correct that error on the basis that it was not as big an error as it could have been”.

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

No ano seguinte à publicação deste estudo, no caso *Ryan*, a Suprema Corte deixou claro que os procedimentos cognitivos que devem ser promovidos pelos magistrados nos casos de um juízo de razoabilidade e de correção diferem em seus fundamentos: “Quando realizar controle judicial sob o modelo de correção, o tribunal pode promover seu próprio raciocínio para chegar ao resultado que julga correto. Por outro lado, quando lhe couber decidir se uma ação administrativa foi irrazoável, o tribunal não deve *em nenhum momento* perguntar-se qual decisão teria sido correta. Aplicar o modelo de controle de razoabilidade envolve efetivar a intenção legislativa de que um corpo especializado tenha a responsabilidade primária de decidir uma questão de acordo com seu próprio processo cognitivo e por suas próprias razões. O modelo de controle de razoabilidade não implica que ao autor da decisão seja atribuída mera ‘margem de erro’ a partir do que o tribunal acredita ser a decisão correta”.¹⁷

1.1.1.2 A complexidade dos juízos de razoabilidade e a alternativa procedimental

Mas esta dissociação entre os juízos de correção e razoabilidade é, mesmo, possível? Alguns autores sugerem que um indivíduo seria *psicologicamente incapaz* de enxergar razoabilidade em uma solução que contrastasse com sua própria solução ideal. Aqui a ideia não é apenas que a noção do correto informa a noção do razoável – é que simplesmente um indivíduo *só conseguiria* identificar razoabilidade na solução que julga mais adequada. Esta tese sugere uma dificuldade ou impossibilidade de que o indivíduo se desprenda de suas próprias visões de mundo e considere plausível uma

259, 276: “Finally, there was little consistency in the jurisprudence as to whether a deferential standard of review was seen simply as allowing an administrative decision-maker more latitude to deviate from the correct answer or whether choosing such a standard of scrutiny reflected a recognition that, in a particular context, there may not have been a single “correct” answer”.

17. *Law Society of New Brunswick versus Ryan*, [2003] 1 SCR 247, para. 50: “At the outset it is helpful to contrast judicial review according to the standard of reasonableness with the fundamentally different process of reviewing a decision for correctness. When undertaking a correctness review, the court may undertake its own reasoning process to arrive at the result it judges correct. In contrast, when deciding whether an administrative action was unreasonable, a court should not at any point ask itself what the correct decision would have been. Applying the standard of reasonableness gives effect to the legislative intention that a specialized body will have the primary responsibility of deciding the issue according to its own process and for its own reasons. The standard of reasonableness does not imply that a decision-maker is merely afforded a ‘margin of error’ around what the court believes is the correct result”.

solução diversa da sua.¹⁸ Ela implicaria a ineficácia das doutrinas deferenciais. Afinal, de nada importaria ter regras determinando que o magistrado mantivesse as decisões razoáveis se um tal julgamento fosse virtualmente impossível, diante das suas limitações cognitivas. Os modelos deferentes de controle judicial seriam, assim, meras ilusões, não atingindo o resultado esperado, de prover as autoridades administrativas de maior espaço de manobra e ação para cumprir seus objetivos da maneira que melhor lhes pareça.

Em 1997 David Dyzenhaus afirmava desconhecer qualquer julgamento da Suprema Corte canadense em que um ministro tenha afirmado que uma decisão administrativa, apesar de incorreta, teria que ser mantida porque não seria manifestamente irrazoável.¹⁹ Mas foi precisamente isto que se deu no caso *Southam*, julgado naquele mesmo ano. Nele o controle judicial se dava sobre decisão da autoridade antitruste (*Competition Tribunal*) sobre a aquisição de dois importantes jornais comunitários e de um semanário de anúncios imobiliários por *Southam Inc.*, sociedade que já detinha os dois jornais diários que serviam a Região de Vancouver.

A autoridade entendeu que estas operações não limitavam a concorrência no mercado de publicidade impressa para o comércio varejista, mas limitavam a concorrência no mercado de publicidade impressa para propriedades imóveis. A decisão foi contestada tanto por *Southam* como pela autoridade responsável pela propositura da ação antitruste, que entendeu que a decisão da autoridade antitruste não fora suficiente para eliminar as preocupações concorrenciais existentes. Um argumento muito importante neste

18. Este parece ser o raciocínio do hoje Ministro da Suprema Corte americana Stephen Breyer (“Judicial review of questions of law and policy”, 38 *Admin. L. Rev.* 363, 379 (1986)): “A third reason why neither a strict view of Chevron nor any other strictly defined verbal review formula requiring deference to an agency’s interpretation of law can prove successful in the long run, is that such a formula asks judges to develop a cast of mind that often is psychologically difficult to maintain. It is difficult, after having examined a legal question in depth with the object of deciding it correctly, to believe both that the agency’s interpretation is legally wrong, and that its interpretation is reasonable. More often one concludes that there is ‘better’ view of the statute for example and that the ‘better’ view is ‘correct’, and the alternative view is ‘erroneous’”. Também assim Adrian Vermeule (*Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*, p. 163): “The requirements of Chevron doctrine are unstable, because second-order interpretation is psychologically too demanding for judges. (...) They think they are faithfully distinguishing the correct from the reasonable, while in fact self-serving bias, motivated reasoning, and other mechanisms cause them to think that the only reasonable view is the one they happen to find correct”.

19. David Dyzenhaus, “The politics of deference: judicial review and democracy”, cit., in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, p. 292.

sentido era o de que alguns documentos internos de *Southam* demonstravam que a própria empresa acreditava que seus jornais diários tinham dificuldade no mercado de Vancouver em função da concorrência exercida pelos jornais comunitários, ali muito relevantes. Este seria um indicativo de que a decisão da autoridade antitruste no sentido de que estes jornais pertenciam a mercados relevantes diversos seria irrazoável.

Mas a Corte recusou este argumento. Entendeu que ele foi examinado longamente pela autoridade antitruste, que apresentou razões pelas quais não dava a este reconhecimento de *Southam* a importância que se lhe poderia dar.²⁰ Em diversas passagens a Corte faz questão de demonstrar que o exame procedido pela autoridade da concorrência foi bastante profundo. Chega a citar os métodos aplicados pela autoridade e a quantidade de páginas escritas e testemunhas ouvidas.²¹ Isso tudo para concluir que, embora a decisão da Corte possa ser considerada “não usual” e “difícil de aceitar”, ela não é irrazoável. E, ainda que a Corte entenda que, se tivesse originalmente a tarefa de julgar o caso, poderia tê-lo julgado diferente, não lhe cabe anular a decisão da autoridade antitruste em controle judicial sob o modelo de razoabilidade.²²

20. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 77-78: “The Federal Court of Appeal also found fault with the Tribunal’s treatment of evidence that Southam regarded the community newspapers as its chief competitors. (...) In fact, the Tribunal devoted 28 pages of its reasons (pp. 191-218) to the question of inter-industry competition. The Tribunal did not ‘ignore’ evidence of broad inter-industry competition. It simply did not regard that evidence as decisive”.

21. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 15: “During the hearing, the Tribunal heard from 50 witnesses and received literally volumes of documents in evidence. That the Tribunal paid heed to this prodigious body of evidence is clear from its written reasons, which occupy some 147 pages in a law report. Fortunately, it is not necessary for purposes of this appeal to reproduce the Tribunal’s reasons in any detail”.

22. *Canada (Director of Investigation and Research) versus Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, para. 79-80: “It is possible that if I were deciding this case de novo, I might not dismiss so readily as the Tribunal did what is admittedly weighty evidence of inter-industry competition. In my view, it is very revealing that Southam’s own expert, an American newspaper consultant, identified the community newspapers as the source of Southam’s difficulties in the Lower Mainland. To find, in the face of such evidence, that the daily newspapers and the community newspapers are not competitors is perhaps unusual. In that sense, the Tribunal’s finding is difficult to accept. However, it is not unreasonable. (...) I wish to observe, by way of concluding my discussion of this issue, that a reviewer, and even one who has embarked upon review on a standard of reasonableness simpliciter, will often be tempted to find some way to intervene when the reviewer him or herself would have

Este julgamento vai de encontro às teses que sustentam a inviabilidade psicológica de um juízo de razoabilidade. Ele sugere, ainda, um caminho para promovê-lo, com foco nas questões procedimentais ou argumentativas. Em *Southam* a Suprema Corte sustentou a razoabilidade de uma decisão “não usual” ou “difícil de aceitar”, com menções aos profundos estudos realizados pela autoridade antitruste. Esta análise detalhada, por si só, demonstraria a razoabilidade da decisão. Trata-se de um deslocamento de uma concepção *substancial* da razoabilidade para uma concepção procedimental sua. Este mecanismo já fora apontado no item 2.2.2 do Capítulo II da Primeira Parte como interessante consequência de uma orientação deferencial. Ali se destacou como o movimento de retração judicial substancial vem frequentemente acompanhado do recrudescimento das garantias procedimentais dos cidadãos. Em especial, relatou-se um reforço do dever de motivação das decisões administrativas e dos direitos de participação no processo decisório da administração pública. Aqui, este enfoque procedimental se apresenta como uma forma de contornar as complexidades de uma avaliação substancial direta da razoabilidade.

1.1.2 *A influência da ideologia sobre os juízos de razoabilidade*

Os juízos de razoabilidade parecem ser também fortemente influenciados pela *ideologia* do julgador. Neste sentido são extremamente ilustrativos os estudos empíricos promovidos pela doutrina americana a propósito da aplicação concreta das doutrinas deferenciais.²³ Em um dos mais recentes

come to a conclusion opposite to the tribunal's. Appellate courts must resist such temptations”.

23. Para um importante estudo não empírico sugerindo a mesma influência ideológica, v. Richard J. Pierce Jr., “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia Circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, 1988 *Duke L. J.* 300, 303 (1988). Na França, Danièle Lochak relata que as denúncias de forte politização do Conselho de Estado se deram principalmente na década de 1980: “Il a fallu que reviennent au Conseil d'État des personnalités ayant servi la gauche pour que l'on commence à dénoncer la politisation du Conseil. Le Conseil d'État a ainsi été soupçonné ou même ouvertement accusé, à plusieurs reprises au cours de ces années, de se prononcer en fonction de critères partisans. Certes, en 1962, le Général De Gaulle avait interprété l'arrêt Canal comme une manifestation d'hostilité envers sa politique, mais cette accusation était restée isolée. En 1981, l'avis réservé donné sur les nationalisations a fait passer le Conseil d'État pour un adversaire déclaré de la nouvelle majorité. En 1984, à la suite de l'annulation contentieuse de plusieurs élections remportées par des candidats communistes, le secrétaire général du Parti Communiste a mis publiquement en cause l'impartialité du Conseil en relevant l'appartenance de deux commissaires du gouvernement aux instances dirigeantes du RPR. En 1986, le gouvernement, mécontent des réserves

destes estudos, William Eskridge e Lauren Baer analisaram mais de 1.000 decisões da Suprema Corte no âmbito da doutrina *Chevron*, identificando uma forte influência da ideologia dos ministros no seu padrão de votação (item 1.1.2.1). Conclusões semelhantes já haviam sido atingidas anteriormente por diversos professores em estudos relativamente mais limitados (item 1.1.2.2).

Na ciência política é comum que se diferencie entre dois modelos de comportamento judicial. No modelo comportamental (*attitudinal model*) o magistrado decidiria os casos de acordo com suas preferências políticas. No modelo jurídico (*legal model*) sua decisão seria baseada nos fatos do caso, nos precedentes judiciais e nas disposições legislativas relevantes.²⁴ A julgar pelas conclusões extraídas destes estudos, a realidade se aproximaria do primeiro modelo.

1.1.2.1 A ideologia na Suprema Corte americana: o estudo recente de Eskridge e Baer

Em interessantíssimo estudo empírico, William Eskridge e Lauren Baer examinaram todas as decisões da Suprema Corte americana que tratavam de controle judicial de interpretações legislativas (*statutory construction*) de autoridades administrativas num período de 23 anos. O marco inicial do estudo (1984) corresponde ao ano de prolação da decisão de *Chevron*, que supostamente inauguraria uma era de deferência judicial em matéria de interpretações legislativas de autoridades administrativas. O marco final foi o ano de 2007, o ano anterior ao da publicação do estudo. No total, os autores analisaram e classificaram 1.014 decisões. Como todas as decisões se inseriam no âmbito da doutrina *Chevron*, era de se esperar uma atitude deferencial dos ministros em relação às interpretações da administração pública. A teor do teste veiculado por esta doutrina, os ministros deveriam

émises par le Conseil à propos des ordonnances sur les privatisations et du projet de loi sur le code de la nationalité, a incriminé l'influence des membres du Conseil d'État réintégrés dans le corps après avoir servi le précédent gouvernement. La polémique a atteint un pic en 1988, la dénonciation visant à la fois les recrutements au tour extérieur, l'appartenance affichée de membres du Conseil d'État aux organes dirigeants de formations politiques, la violation de l'obligation de réserve, ou encore l'utilisation de l'institution comme tremplin pour une carrière politique. (...). Depuis 1988, les tensions se sont apaisées et la controverse sur la politisation du Conseil d'État s'est tarie, alors même que l'engagement politique de ses membres n'a pas cessé" ("Le Conseil d'État en politique", *Le Seuil – Pouvoirs* 123/126, 2007/4).

24. Cf., por exemplo: Saul Brenner e Harold J. Spaeth, *Stare Indecisus: the Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge, CUP, 2008.

questionar-se sobre se a legislação era clara em relação à questão trazida a juízo. Não sendo este o caso, deveriam eles manter a solução oferecida pela autoridade administrativa sempre que ela fosse *permissível/razoável*.

O estudo revela dados surpreendentes. Ao que mais interessa a esta parte do trabalho, ele expõe a influência do posicionamento ideológico de cada ministro em seus votos. Eskridge e Baer classificaram cada uma das interpretações contestadas em liberais ou conservadoras, de modo a alocá-las em cada um dos conhecidos espectros políticos americanos. Do mesmo modo, os ministros foram, eles também, classificados em liberais ou conservadores. O encontro destas variáveis demonstrou que os ministros liberais são mais propensos a votar pela manutenção das interpretações liberais do que pela manutenção das interpretações conservadoras.²⁵ O mesmo viés ideológico é encontrado no padrão de votação dos ministros conservadores.

Em média, tomado cada ministro individualmente, a variação da taxa de concordância entre interpretações liberais e conservadoras corresponde a 14 pontos percentuais.²⁶ Dois ministros de inclinação liberal (Thurgood Marshall e William Brennan) apresentaram taxas de diferença superiores a 40 pontos percentuais. Marshall exhibe os números mais surpreendentes: votou pela manutenção de 84,8% das interpretações consideradas liberais; e pela manutenção de apenas 38,8% das interpretações consideradas conservadoras. John Paul Stevens, curiosamente o Relator da decisão de *Chevron*, votou pela manutenção de 79,2% das decisões consideradas liberais, mas pela manutenção de apenas 49,6% das conservadoras. A mais célebre figura conservadora da Suprema Corte, Antonin Scalia, votou pela manutenção de 71,6% das interpretações conservadoras, mas pela manutenção de apenas 53,8% das decisões classificadas como liberais. Por outro lado, apenas 2 ministros (Byron White e Lewis Powell), dentre os 17 que estiveram na Suprema Corte nos 23 anos estudados, apresentaram taxa de diferença inferior a 5 pontos percentuais. Apenas o Ministro Lewis Powell apresentou uma taxa de diferença insignificativa (0,4 pontos percentuais).

25. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1155 (2008): “In other words, liberal justices are overwhelmingly more likely to agree with liberal agency interpretations than with conservative agency interpretations, and conservative justices are overwhelmingly more likely to agree with conservative agency interpretations than with liberal agency interpretations”.

26. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1155.

Tomadas unicamente as interpretações de uma das ideologias, as divergências entre os ministros também se mostram dignas de atenção. Enquanto o Ministro liberal Thurgood Marshall concordou com 84,8% das interpretações classificadas como liberais, o Ministro conservador Clarence Thomas concordou apenas com 46,8%. Levando em conta as interpretações consideradas conservadoras, a diferença é ainda maior: enquanto o Ministro liberal William Brennan concordou com apenas 36,7% delas, a taxa de concordância do Ministro conservador Warren Burger atinge impressionantes 87%.²⁷ Os números sugerem que os juízos procedidos pelos magistrados a propósito da ambiguidade (Passo 1 de *Chevron*) de uma legislação ou da razoabilidade de sua interpretação oferecida por uma autoridade administrativa (Passo 2 de *Chevron*) estão longe de constituir atividade *neutra*. Ao contrário, estes juízos são afetados pela ideologia de cada magistrado. Eskridge e Baer chegam a sugerir que a ideologia de um magistrado é o fator *mais* relevante para determinar se determinada interpretação vai ser por ele mantida ou anulada.²⁸

1.1.2.2 Outros estudos sobre o impacto ideológico nas doutrinas deferenciais

O estudo de Eskridge e Baer é surpreendente, principalmente por levar em consideração *todas* as decisões da Suprema Corte no domínio da interpretação legislativa promovida por autoridades administrativas. Ele não é, no entanto, totalmente inovador. Trabalhos anteriores, com escopo mais limitado, já haviam chegado a conclusões semelhantes sobre o impacto de visões políticas dos magistrados. Entre 2006 e 2008 Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein publicaram dois estudos empíricos em que examinavam centenas de decisões da Suprema Corte e de tribunais inferiores. No caso da Suprema Corte a amostragem era universal; no caso dos tribunais inferiores os estudos enfocaram o controle das decisões de duas autoridades adminis-

27. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1154).

28. William Eskridge, Jr., e Lauren Baer, “The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from *Chevron* to *Hamdan*”, cit., 96 *Georgetown Law Journal* 1083, 1156: “Indeed, our data strongly suggest that ideology plays a powerful and pervasive role in shaping Supreme Court decisions with regard to agency statutory interpretations. Perhaps the best indicator of whether the agency will win in any given case is the ideological characterization of the agency interpretation and, therefore the ability of that interpretation to persuade Justices of similar ideological leanings on the Court”.