

## SUMÁRIO

<i>Prefácio de Jean-Bernard Auby</i> .....	7
<i>Apresentação de Carlos Ari Sundfeld</i> .....	11
<i>Agradecimentos</i> .....	13
<b>Introdução</b>	
<b>1. O objeto do estudo, seus limites e sua justificativa</b> .....	33
1.1 <i>A constatação: a complexidade material e institucional da administração pública contemporânea</i> .....	34
1.2 <i>A dívida: em que medida o Direito se adapta a esta complexidade administrativa?</i> .....	35
1.3 <i>O objeto do estudo: a adaptação da intensidade do controle judicial</i> .....	36
1.3.1 <i>O controle judicial substantivo</i> .....	37
1.3.2 <i>A ação administrativa objeto do controle</i> .....	37
1.3.3 <i>A intensidade do controle</i> .....	38
1.3.4 <i>A questão da adaptação da intensidade do controle</i> .....	40
<b>2. A estrutura do trabalho: a divisão em três partes</b> .....	41
2.1 <i>A Primeira Parte: a atenção às características da ação administrativa controlada</i> .....	43
2.2 <i>A Segunda Parte: os procedimentos para determinação da intensidade do controle judicial</i> .....	43
2.3 <i>A Terceira Parte: a escolha da intensidade do controle a partir dos modelos disponíveis</i> .....	44
<b>3. O recurso ao Direito Comparado e as jurisdições escolhidas para análise</b> .....	45
3.1 <i>Os critérios para escolha das jurisdições estudadas</i> .....	45
3.2 <i>As jurisdições escolhidas e sua justificativa</i> .....	46

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

---

<b>PRIMEIRA PARTE – OS CRITÉRIOS SUBSTANCIAIS PONDERADOS PARA A DETERMINAÇÃO DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL</b> .....	51
--	----

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<b>SEGUNDA PARTE – OS PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA A DETERMINAÇÃO CONCRETA DA INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL</b> .....		281
---	--	-----

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

## Capítulo II – A Deferência Dissecada

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

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

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