Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com *standards* aplicados pela Suprema Corte estadunidense*

Judicial deference to agency regulation: what can we learn with the us Supreme Court applicable standards

*Vanice Regina Lirio do Valle***

RESUMO

Deferência judicial para com as escolhas administrativas regulatórias é matéria frequente nos escaninhos da Suprema Corte estadunidense, gerando um esforço consistente para a construção de *standards* de

* Artigo recebido em 14 de dezembro de 2020 e aprovado em 22 de janeiro de 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.84499.

* Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil. E-mail: vanicevalle@gmail.com. Professora colaboradora da Universidade Federal de Goiás (UFG). *Visiting fellow* junto ao Human Rights Program da Harvard Law School. Pós-doutorado em administração na Ebape/FGV. Doutorado em direito na Universidade Gama Filho. Procuradora do município do Rio de Janeiro.

apreciação capazes de harmonizar a separação de poderes e um Estado administrativo funcional. Este artigo examina os precedentes principais que originaram esses *standards* de deferência judicial quando do controle de escolhas regulatórias, mapeando as categorias jurídicas que presidiram o razoamento da Corte. O objetivo é identificar semelhanças com a matriz de argumentação brasileira na matéria, beneficiando-se de uma fertilização recíproca sempre que possível.

PALAVRAS-CHAVE

Separação de poderes — doutrina de não delegação — Estado administrativo — discricionariedade

ABSTRACT

Judicial deference towards agency regulation is a frequent subject in SCOTUS docket, causing a consistent effort to build applicable standards capable to harmonize separation of powers and a functional Administrative State. This article examines the main judicial precedents in crafting those standards to judicial deference in controlling regulatory choices, mapping the legal categories that presided the Court's reasoning. The objective is to identify similarities with the Brazilian reasoning matrix in the matter, benefiting from cross-fertilization whenever possible.

KEYWORDS

Separation of powers — non-delegation doctrine — administrative State — discretion

1. Considerações iniciais

O milenar desafio da contenção do poder pretendeu encontrar na premissa do equilíbrio e harmonia entre seus braços especializados a ferramenta ótima para seu enfrentamento. Em que pese o brilho da solução, os problemas atinentes à construção desse delicado balanceamento se reconfiguram, retornando à pauta de pesquisa acadêmica de novas perspectivas — tendo sempre por pano de fundo o desafio de garantir o desenvolvimento das funções que lhe são próprias, sem prejuízo de controle eficaz que repudie o abuso.

O recurso à deferência judicial como parâmetro para o controle do poder no Brasil é matéria controvertida, pela evocação de uma indevida constrição à função jurisdicional. De outro lado, o livre escrutínio judicial das escolhas administrativas, inclusive aquelas regulatórias, veiculadoras de políticas públicas, oportuniza a crítica da invasão pelo Judiciário de seara estranha à sua própria *expertise*, com os riscos inerentes de perda de qualidade no resultado. A conciliação entre estas duas visões opostas pode residir na construção de *standards* que permitam o crivo judicial, prestigiando, todavia, a qualificação técnica que se supõe tenha sido invertida na construção da decisão administrativa sob análise — e nisso pode ser útil a construção jurisprudencial estadunidense.

Constitui objeto deste artigo retratar o desenvolvimento pela Suprema Corte estadunidense dos *standards* orientadores da aproximação judicial deferente em relação às escolhas administrativas regulatórias. Esse percurso descritivo será antecedido de elementos do contexto histórico e teórico dos precedentes judiciais coligidos, sem o que a compreensão do conteúdo das decisões apresentadas restaria prejudicada. O objetivo do artigo é identificar quais as categorias teóricas que orientam a construção judicial estadunidense no tema da deferência; questão verdadeiramente prejudicial ao percurso exploratório da translação desses mesmos *standards* ao cenário brasileiro de controle de escolhas regulatórias.

O tema central deste artigo é matéria que vem se insinuando no ambiente doutrinário, judicial e normativo brasileiro.[1] Mais recentemente, o cenário do combate à pandemia evidenciou uma revalorização da aproximação deferente com a edição das Recomendações CNJ nº 66/2020[2] e Recomendação Conjunta Presi-CN nº 2, de 19 de junho de 2020;[3] ambas aludindo expressamente à deferência para com as escolhas materializadas pelos gestores de saúde. Não obstante o apontamento desse padrão atitudinal àquelas estruturas de controle de poder, pouco se investiu no desenvolvimento dos fundamentos

---

1 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, p. 110, 2020.

2 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 66 de 13/05/2020. *Diário de Justiça Eletrônico* / CNJ nº 137/2020, de 14/5/2020, p. 2-4. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318. Acesso em: 8 jul. 2020.

3 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP. Recomendação Conjunta Presi-CN nº 2/2020b, *Diário de Justiça Eletrônico* / CNMP de 19/6/2020. Disponível em: www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf/2020. Acesso em: 8 jul. 2020.

teóricos a justificar a deferência na aproximação judicial quando do escrutínio das escolhas administrativas.

É de se dizer que a pesquisa à construção desenvolvida pela Suprema Corte estadunidense revela duas ramificações distintas do debate. Na primeira delas, tem-se o esforço de recepção e objetivação do conceito em si, com destaque para o fenômeno da delegação legislativa e suas implicações com o tema do equilíbrio e harmonia entre poderes. O segundo conjunto de precedentes envolve a aplicação da deferência em relação à interpretação desenvolvida pela administração, de seus próprios atos regulatórios. No Brasil, o debate em torno do controle da regulação tem igualmente no dogma da separação de poderes um ponto focal, razão pela qual o artigo contemplará especialmente o primeiro segmento de casos, priorizando os precedentes assinalados como seminais no tema, não só pela doutrina estadunidense, mas pela própria Suprema Corte.

A pesquisa é de natureza bibliográfica, compreendendo a base de dados da Suprema Corte Estadunidense, e ainda a produção doutrinária estadunidense que dialogue com o esforço de criação dos *standards* traçados nos casos abordados. A metodologia combina uma dimensão descritiva com uma abordagem final de cariz crítico-dialética.

O texto se inicia com a Parte 1, com as considerações metodológicas, onde, a par da problematização, se apresenta objeto e objetivo. Na Parte 2 tem-se o contexto histórico estadunidense que abre espaço para o crescimento do Estado administrativo e, por via de consequência, para o acirramento do debate quanto a seus limites, em especial no campo da regulação. A Parte 3 contém os precedentes mais marcantes na construção jurisprudencial de *standards* de aplicação da deferência judicial. A Parte 4 apresenta as categorias jurídicas identificadas como relevantes nos precedentes examinados, e sua conexão com o cenário brasileiro. Na Parte 5, apresenta-se a conclusão.

Escolhas regulatórias — objeto de controle nos casos examinados — guardam com as políticas públicas conduzidas por agentes reguladores relação quando menos de gênero e espécie, o que por si só validaria a investigação. Manejar adequadamente o controle judicial da regulação administrativa não pode significar simples transferência de titularidade na formulação de juízos subjetivos — nisso se tendo a importância do esforço de construção de *standards*.

2. *New Deal*, Estado administrativo e o espaço institucional das agências: contextualizando o tema da deferência

O deflagrar do *New Deal*, com seus programas vocacionados à superação dos efeitos econômicos e sociais da Grande Depressão, provoca o debate sobre a tensão oculta entre uma visão tradicional dos parâmetros constitucionais de organização do poder político e aquilo que se reputava necessário assegurar à sociedade estadunidense em momento tão sensível. Identificando a baixa regulação do mercado típica de uma visão mais liberal de Estado como um entrave à superação da crise, os *new dealers* propunham um intervencionismo estatal mais intenso, veiculado tanto pelo desenvolvimento de programas públicos de recuperação econômica e emprego quanto por uma intervenção estatal mais profunda na ação dos agentes privados.[4] Para materializar essa resposta, necessária seria uma nova leitura de componentes estruturais do sistema político e normativo, como o papel da *common law* e seus princípios e limites à atividade regulatória estatal; o espaço próprio de atuação de cada qual das estruturas especializadas de poder; e o leque de competências das distintas entidades federadas.[5] Os *new dealers* propunham um modelo de ação estatal menos focado numa lógica formalista de legalidade estrita, mas que enfatizasse ações administrativas marcadas por uma racionalidade instrumental ao atingimento dos propósitos apontados pela deliberação legislativa, ou por programas públicos em curso. As complexidades inerentes àquele período exigiriam, especialmente no âmbito da função executiva, estruturas dotadas de flexibilidade, *expertise*, capacidade gerencial, *accountability* política e poderes de iniciativa que permitissem ação rápida e adequada.[6] Essa proposta deu azo à criação das chamadas "agências" — unidades organizacionais revestidas dos atributos anteriormente indicados, e que por vezes congregariam a um só tempo, em nome da agilidade pretendida, funções legislativas, executivas e judiciárias.[7]

---

4 SARGENTICH, Thomas O. Teaching administrative law in the twenty-first century. *Widener Journal of Public Law*, v. 1, p. 152-153, 1992.

5 SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, v. 101, p. 421-510, 1987. p. 423.

6 SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron, *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2072, dez. 1990.

7 LAWSON, Gary. The rise and rise of the administrative state. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6, p. 1233, 1994.

A proposta rapidamente suscitou críticas, fundadas no argumento de que se teria nela grave violação ao equilíbrio e harmonia entre poderes. Em contrapartida, seus defensores apontavam as vantagens na criação de estruturas institucionais que se caracterizassem pela aptidão para promover a supervisão e execução de ações públicas direcionadas a iniciativas no campo social ou econômico em área de atuação cuidadosamente definida na sua lei de criação. A conjugação de funções de execução, regulação e adjudicação numa mesma estrutura institucional permitiria, segundo estes, maior coesão nas deliberações públicas na matéria.[8] O resultado seria não um Estado desprovido de órgãos legislativos e judiciários, onde organizações a atividades administrativas são particularmente relevantes, ao menos em seu aspecto quantitativo.[9] Para os contrários, seria evidente o risco ao princípio do equilíbrio e harmonia entre os poderes na criação e fortalecimento de agências com este leque de competências.

Ocorrência marcante nessa trajetória histórica foi a edição em 1946 do Administrative Procedure Act (APA), diploma legal que sobrevém no ambiente tensionado pelo impulso reformista conferido pelos *new dealers*. De um lado, reconhecendo o fenômeno já corrente da multiplicação das agências, o APA se lança no esforço de sua definição: "cada autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ela ou não sujeita a controle por outra agência".[10] Como estratégia de prevenção de excessos, o APA sobrevaloriza a dimensão procedimental das deliberações regulatórias das agências. A estas estruturas é reconhecida a competência para a regulação em pelo menos duas distintas espécies de deliberação: o *rulemaking*, procedimento mais complexo e participativo;[11] e a *adjudication*,[12] mecanismo mais localizado para a composição de controvérsias em matéria sujeita à administração daquela estrutura institucional. Cada qual

---

8 Não se pode desconsiderar o caráter de *common law* do sistema estadunidense, onde já se tem na adjudicação uma combinação entre composição do conflito e desenvolvimento do direito, o que torna menos impactante a reprodução dessa mesma conjugação em outras estruturas institucionais.

9 VAN RIPER, Paul P. The American administrative state: Wilson and the founders-An unorthodox view. *Public Administration Review*, p. 477, 1983.

10 UNITED STATES, 5 U.S.C., § 551 (2012). Verifica-se que, para fins de aplicação do APA, o conceito é muito mais abrangente do que aquele da organização a que o termo agência é associado no direito brasileiro, a saber, autarquia especial do tipo agência reguladora. Esse dado é particularmente relevante quando se tem em conta a eventual viabilidade da transposição de práticas e conceitos desenvolvidos no cenário teórico e jurisprudencial estadunidense na matéria da deferência judicial, que não se restringe a agências independentes, mas compreende todos os centros de competência especializados que desenvolvem regulação.

11 UNITED STATES, 5 U.S.C., § 553 (2012).

12 UNITED STATES, 5 U.S.C., § 554 (2012).

destas espécies de regulação compreenderá duas distintas modalidades com maior ou menor grau de formalização: *informal rulemaking*, *formal rulemaking*, *informal adjudication*, *formal adjudication*.[13]

Se nos preceitos indicados do APA tem-se uma aparente vitória dos *new dealers*, uma leitura mais abrangente da norma revela uma tentativa de composição com os chamados legalistas, mais afeitos à premissa da supremacia do Parlamento, sintetizada na *non delegation doctrine*. O esforço de acomodação se revela de modo agudo no trato do tema da revisão judicial das escolhas das agências. Assim é que, de um lado, o APA confere ao Judiciário competência para decidir sobre "todas as questões de direito relevantes, interpretar preceitos constitucionais e legais, e determinar o sentido ou aplicabilidade dos termos de uma atuação da agência".[14] Essa mesma afirmação é contraditada, em boa medida, pela cláusula inaugural deste mesmo capítulo, que exclui de sua própria incidência hipóteses em que a lei impeça a revisão judicial ou em que a ação da agência pretendida controlar decorra do exercício de juízo discricionário a ela assegurado por lei.[15]

Observe-se que as duas ressalvas apresentadas ao cabimento da revisão judicial têm na lei seu veículo principal, eis que ao Congresso caberá vetar essa mesma ação de controle, ou ainda conferir discricionariedade à agência na sua norma de criação, denominada *enabling statute*. Não por outra razão, o tema das relações entre os poderes, em especial o cânone legislativo da *non delegation doctrine* se tornou central na construção da doutrina da deferência, como se virá a demonstrar.

3. Deferência judicial às escolhas administrativas na jurisprudência da Suprema Corte

O predomínio da matriz de *common law* no sistema estadunidense determina ênfase na elaboração progressiva das matrizes de revisão judicial

---

[13] A expressão comumente utilizada na doutrina estadunidense para segmentar as espécies de atuação da agência — formal e informal — pode ser, para o leitor brasileiro, enganosa. Em ambas as modalidades contempladas no APA se tem um desenho procedimental específico (donde "informal", no sentido conferido no idioma brasileiro parece não reproduzir exatamente aquilo de que se cuida); numa adaptação terminológica, talvez "simplificado" traduzisse melhor a ideia.

[14] UNITED STATES, 5 U.S.C., § 706 (2012).

[15] UNITED STATES, 5 U.S.C., § 701, (a) (2012).

de escolhas públicas. No tema da deferência não foi diferente, importando destacar os precedentes que fixaram *standards* de ampla aplicação.[16]

3.1 Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944)

O caso envolvia a pretensão articulada por trabalhadores da *Swift & Co.*, de remuneração por horas em que permaneceram à disposição da empregadora para eventual atendimento a emergência. O referido período foi desclassificado como horas trabalhadas, a partir do *Interpretative Bulletin Nº 13*, expedido pela Wage and Hour Division, unidade integrante do Department of Labor — agência investida de atribuição para o trato de relações laborais. O referido Boletim regulava cláusulas do Fair Labor Standards Act (FLSA) que identificavam condições mínimas a serem observadas de modo a se qualificar períodos à disposição da empresa como interstício de trabalho, sujeito à remuneração. Sustentava a empregadora que a negativa do pagamento decorria da simples aplicação da regulação da agência traduzida nesse mesmo Boletim, tese recepcionada pelo juízo *a quo*.

A decisão da Suprema Corte inicia por afirmar inexistente qualquer regra de direito[17] que impeça a consideração de horas de espera à disposição do empregador, como horas trabalhadas.[18] A caracterização desse especial regime estaria a depender de ajustes entre empregados e empregadores, cuja evidenciação, por sua vez, reclamava análise de circunstâncias de fato, a servir ao menos como elemento indiciário da existência do referido acordo de vontades. Observe-se que essa proclamação por si só já permitiria a reforma da decisão recorrida, que se firmara pura e simplesmente na premissa de que tempo de espera não se poderia qualificar como tempo trabalhado, à luz da literalidade do FSLA, e do seu detalhamento veiculado pelo *Interpretative*

---

[16] Reitere-se a ressalva empreendida nas considerações iniciais de que não se examinará aqui, considerados os limites próprios ao artigo científico, o conjunto de precedentes que envolve a interpretação pela agência de seus próprios atos regulatórios, limitando-se a uma breve informação no subitem 3.5 adiante.

[17] Tenha-se em conta que a decisão foi exarada num sistema de *common law,* em 1944. Significa dizer que, ainda que existentes regras legais em sentido estrito, estas não exauriam o direito, entendido como conjunto normativo mais amplo, construído inclusive pela elaboração da própria Corte.

[18] Fixar esta premissa se revela importante, eis que, na mesma data, a Corte decidia outro precedente envolvendo o mesmo tipo de discussão – delimitação do que sejam horas trabalhadas à vista do FSLA – que teve desfecho distinto, consideradas especificidades do caso concreto: *Armour & Co. v. Wantock*, 323 U. S. 126 (1944).

Bulletin Nº 13 — sem investigar quanto à existência de específico acordo de vontades.

A decisão, todavia, prossegue, clarificando que esta análise factual teria sido confiada pelo Congresso ao Judiciário —, o que, curiosamente, sugere um afastamento da alternativa da aproximação deferente, eis que remeteria o Judiciário ao exercício de uma apuração de matéria de fato que, no cenário de deferência, seria típico da agência. Reconhece em contrapartida a Corte que a criação da agência e o *múnus* a ela cometido de administração da norma legal em discussão (FSLA) exigiriam, desta mesma estrutura institucional, fiscalização, prevenção a violações; uma série de outras atividades que conferiam a seus agentes uma "considerável experiência nos problemas relacionados à apuração de horas trabalhadas e períodos de inatividade, e ainda um conhecimento das práticas prevalentes na busca da sua solução". O *Interpretative Bulletin Nº 13* representaria a síntese desse aprendizado, apresentando-se como guia aos empregadores para sua própria atuação. Embora não tenha considerado mandatória a indicação formulada pela agência no *multi* citado boletim (estipulação em sentido contrário poderia haver por vontade das partes), a Corte: 1) reconhece que a política concebida pela agência se baseia em conhecimento mais especializado e investigação fática mais aprofundada que a que se poderia desenvolver em juízo; e 2) que o afastamento dos *standards* aplicados pelo Executivo na administração do FSLA só se justificaria por questões muito ponderáveis.[19]

Em conclusão, a Corte reformou a decisão *a quo* — mas por defeito no procedimento. Não se tendo apurado na origem a questão de fato atinente à existência de eventual acordo na matéria entre empregados e empregadores, não haveria como decidir sobre a aplicabilidade do *Interpretative Bulletin Nº 13* à hipótese, e o caso foi devolvido às instâncias inferiores. Uma vez mais, impõe-se a atenção à circunstância de que, em se cuidando de sistema de *common law*, a enunciação de atributos que tornariam persuasória a decisão da administração importa já em definir matriz de controle judicial que, como

[19] UNITED STATES. *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 140 (1944). "[A Corte] consideramos que decisões, interpretações e opiniões do Administrador a partir deste Ato [FSLA], embora não determinantes para a Corte por sua própria autoridade, constituem um corpo de experiência de julgamento informado, a que a Corte e litigantes podem recorrer para orientação. O peso dessa avaliação em um caso determinado vai depender da minuciosidade da análise evidenciada, da substância de seu razoamento, de sua consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores — todos estes, fatores que lhe conferem poder de persuasão, eis que ausente poder de determinação." (tradução nossa).

se verá, remanesceu útil e aplicável para futuro. Entre esses atributos, a Corte reafirma a *expertise* da agência,[20] dado não só a qualificação em tese de seu corpo funcional, mas também o acervo de informações adquirido no dia a dia da gestão das políticas atinentes àquela área; mais indica ainda o caráter minudente da análise da matéria regulada, a substância da motivação e a congruência com suas escolhas pretéritas.

Frise-se que o critério então desenhado tem caráter predominantemente epistêmico, exigindo análise do entorno e dos antecedentes da decisão controlada. Segundo ponto a merecer atenção reside na afirmação de que a decisão da agência deve merecer "consideração" — sem que se tenha ainda a alcunha de "deferência". O recurso retórico assinala sensibilidade para com o debate que à época já se punha envolvendo a preservação da independência judicial.[21]

O pioneirismo do caso não o conduz à categoria daqueles de interesse meramente histórico, eis que o *standard* epistêmico segue tendo ainda hoje aplicação subsidiária, como se virá a demonstrar.

3.2 *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984)*

O contexto de *Chevron* envolve esforços de aplicação do *Clean Air Act* (1963), ato legislativo relacionado com a diminuição de fontes poluentes e outras providências de preservação ambiental. A matriz legislativa é revista pelo *Clean Air Act Amendments* (1977) ante o não atingimento das metas originárias de redução, e tem comandos específicos dirigidos aos entes federativos que não tinham alcançado os referidos padrões. Uma das estratégias consistia em programas especiais de licenciamento particularmente rigorosos quando se cuidasse de iniciativas de "construção e operação de fontes estacionárias principais novas ou modificadas". Componente central da incidência ou não do programa especial de licenciamento; o conceito de fonte estacionária fora

[20] O argumento da *expertise* é reafirmado pela Corte em relativamente curto espaço de tempo, em *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948), p. 333 U. S. 726.

[21] Consigne-se ainda outra locução — distinta de deferência — veiculada em *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945), onde a Corte alude ao *controlling wieght* da interpretação conferida pela agência — no que se tem mais do que a simples "consideração". O precedente específico não se tem aqui examinado, eis que atinente ao segundo vetor de construção jurisprudencial, referido nas considerações iniciais: aquele atinente à aproximação judicial a ser emprestada à interpretação empreendida pela agência de seus próprios atos regulatórios.

no passado, por diversas vezes, objeto de enunciação pela *Environmental Protection Agency* (EPA). A polêmica se põe em torno de nova regulação editada em 1981, que, revendo posição anterior da própria agência, trazia de volta o chamado conceito-bolha, que identifica como fonte estacionária principal prédios, estruturas ou instalações que pertençam a um mesmo agrupamento industrial; localizados em uma ou mais propriedades contíguas ou adjacentes, sob o controle da mesma pessoa (ou pessoas sobre um mesmo controle comum). Dessa definição resulta que alterações empreendidas na planta industrial poderiam estar excluídas do licenciamento especial (mais oneroso), desde que o volume de emissões de todo o conjunto de instalações não aumentasse.

A questão se judicializa por iniciativa do Natural Resources Defense Council (NRDC),[22] grupo de proteção ambiental que sustenta que o conceito-bolha adotado pelo EPA não seria uma construção razoável do termo "fonte principal estacionária" constante da norma legal. Sua oposição decorre da circunstância de que a lei regulada continha, em outra passagem aplicável tão somente aos Estados que tinham alcançado as metas de redução de poluentes, uma definição de fonte estacionária mais restritiva que o conceito-bolha. Da comparação se concluiria irrazoável a adoção via simples regulação de um conceito alargado, a favorecer a ação do poluidor que falhara em empreender à redução de suas emissões contaminantes. A tese é acolhida pela Corte Distrital, e esta é a temática submetida à Suprema Corte, que edita decisão que tem sua síntese traduzida no seguinte trecho: "No que toca à revisão judicial da interpretação conferida pela agência à lei que ela administra, se o Congresso não tiver disposto diretamente sobre a precisa questão em debate, a questão para a Corte é se a resposta da agência se baseia numa construção permissível do sentido da lei".[23]

A conclusão, aparentemente simples, se desdobra a rigor em dois níveis de análise, identificada na doutrina estadunidense como o *two-steps test*.[24]

---

[22] Esta mesma organização suscitara anteriormente debate em torno da competência da EPA para empreender a revisões nos planos de adequação aos novos *standards* ambientais determinados por outras cláusulas do mesmo *Clean Air Act* (v. *Train v. Natural Resources Defense Council, Inc*. 421 U.S. 60 (1975)). Na ocasião, a Corte preservou igualmente a escolha da agência, ao argumento de que existia delegação legislativa em seu favor.

[23] UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council*, Inc., 467 U.S. 837-838 (1984).

[24] O (des)acerto da decisão da Corte Suprema na indicação do teste de dois níveis é objeto de grande controvérsia na doutrina estadunidense, com posições afirmando que em verdade o teste expressa uma redundância e melhor estaria enunciado com um único nível de

No primeiro passo, a indagação versa sobre a existência de deliberação específica do Congresso materializando delegação em favor da agência para regular o tema sob exame.[25] Em havendo, tanto a Corte quanto a agência devem dar efeito à intenção congressual, enunciada de forma inequívoca. O passo dois do teste é definido nos seguintes termos: "se a norma é silente ou ambígua em relação ao tema específico, a questão posta à Corte é se a resposta da agência é baseada numa construção permissível da norma".[26] Evocando longa lista de precedentes, a Corte conclui que a deferência é de se aplicar sempre que: 1) a administração da norma legal conferida à agência envolva reconciliar políticas públicas em conflito, e 2) uma plena compreensão da relevância desta política delineada pela lei exija mais do que um conhecimento ordinário sobre a matéria regulada.

Ainda ao longo da motivação, a decisão da Corte alude à inviabilidade de uma ação substitutiva do Judiciário, quando, diante de um cenário de regulação técnico e complexo, a agência tenha considerado o tema de modo detalhado e fundamentado (têm-se aqui ecos da decisão *Skidmore*). Em casos que tais, o que se verifica em verdade é a conciliação de interesses postos em conflito na opção regulatória — matéria que seria estranha à apreciação judicial.[27]

Interessante observar que, se de um lado a decisão contempla diversas referências aos atributos exigíveis da escolha regulatória — dar-se em ambiente complexo, com consideração detalhada de elementos de cognição, arrimada em suficiente justificativa etc. —, a conclusão se dá pela cunhagem de um critério formal, que examina a existência da delegação legislativa, e a partir dela reconhece verdadeira presunção relativa de adequação da escolha

---

apreciação (STEPHENSON, Matthew C.; VERMEULE, Adrian. Chevron has only one step. *Virginia Law Review*, v. 95, p. 597, 2009); outros sustentando que há "passos intersticiais" a serem percorridos quando do exercício da *judicial review* (COGLIANESE, Cary. Chevron's Interstitial Steps. *George Washington Law Review*, v. 85, p. 1339, 2017). A controvérsia se acirra com a decisão havida em *United States v. Mead Corp*. — 533 U.S. 218, que se comentará na sequência, que, segundo alguns, teria trazido um passo anterior a ser desenvolvido na análise — *Chevron step zero* (SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, p. 187, 2006). Essa discussão, não obstante desafiadora, não é prejudicial à análise que se empreende no presente texto.

25 No caso específico, a dúvida residia em saber se a definição ofertada pelo *Clean Air Act Amendment* para fonte estacionária, inicialmente enunciado para programas de manutenção de qualidade de ar, se aplicaria igualmente aos programas de exceção (*permit programs*) instituídos em favor de Estados desalinhados com os *standards* de redução de poluentes.

26 UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Chevron U.S.A., Inc., op. cit., p. 843.

27 UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Chevron U.S.A., Inc., op. cit., p. 865.

administrativa, que só se verá afastada quando se revele arbitrária, caprichosa ou manifestamente contrária à lei.[28]

Não obstante pontos em comum com *Skidmore* — a sensibilidade para com a escolha congressual pela delegação legislativa do trato da matéria à agência, e o reconhecimento de que é sobre esta estrutura administrativa que recai a *expertise* necessária ao adequado tratamento da matéria —, *Chevron* culmina por adotar solução distinta daquele precedente. O *two-steps test* rejeita a lógica da apreciação das especificidades da escolha regulatória, optando pela proclamação de que o controle a ser desenvolvido pelo Judiciário não envolve investigar tenha a escolha da agência recaído sobre a alternativa ótima; mas sim que ela contemple opção que se revele contida dentro dos limites da delegação, e que não traduza abuso de poder.

O argumento da delegação legislativa se apresenta robustecido pela ideia de que dela decorra legitimação específica em favor do seu destinatário, o que permitiria a formação de uma forte presunção em favor da escolha administrativa regulatória; esta mesma presunção autorizaria o estabelecimento de um padrão analítico objetivo no que toca à aplicabilidade da deferência judicial às escolhas administrativas.

Não obstante o caráter aparentemente cartesiano do *standard* enunciado, *Chevron* rapidamente suscitou divergências dentro da própria Suprema Corte,[29] considerada a abrangência da proteção ali conferida às decisões formuladas no exercício do juízo discricionário das agências. O debate se tem sintetizado em duas posições polarizadas perfilhadas por seus integrantes: 1) *Chevron* efetivamente instituiria uma forte presunção em favor da escolha da agência (salvo seu cariz arbitrário, caprichoso ou de violação à lei), num *standard* aplicável a qualquer espécie de decisão regulatória; ou no extremo oposto, 2) *Chevron* não poderia, consideradas a separação de poderes e a independência judicial, pretender uma aplicação generalizada que pudesse, no exercício da jurisdição, afastar uma análise caso a caso.[30] Esta divergência vai oportunizar uma série de outras decisões em que a pretensão abrangente do critério *Chevron* se vê em alguma medida recortada.

---

[28] UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Chevron U.S.A., Inc., op. cit., p. 844.

[29] SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, v. 1989, n. 3, p. 512, jun. 1989.

[30] Cass R. Sunstein, Chevron step zero, op. cit., p. 187.

3.3 United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001)

O debate em torno do âmbito de aplicação de *Chevron* se reapresenta à Corte a partir da diversidade de instrumentos de materialização de decisão da agência. Observada a definição abrangente constante do Administrative Procedure Act (APA), têm-se de pronto duas possibilidades de veiculação da decisão, identificados como *rule*[31] e *rule making*.[32] Uma vez mais, o leitor nacional deve ser advertido do falso cognato, eis que a tradução intuitiva de *rule* para o português sugeriria um comando genérico e abstrato, evocando a noção de ato administrativo normativo; todavia o conceito do APA abrange sob o nome genérico de *rule* também as decisões em concreto.

À tipologia de espécies de decisões da agência é de se somar ainda a *order* — deliberação de caráter mandatório[33] cunhada a partir do procedimento identificado também pelo APA como *adjudication*. A dúvida discutida no precedente agora sob análise repousava em saber se *Chevron* se aplicaria indistintamente a qualquer destas espécies decisórias.

Uma primeira abordagem desta *quaestio* se terá antes em *Christensen v. Harris County*,[34] onde o exercício de competência regulatória da agência se dera por intermédio de *opinion-letter*; figura que não encontra referência expressa no APA. Ausente o conceito específico, a deliberação recairia na categoria genérica de *rule*. A Corte rejeita a aplicação da deferência *Chevron* tendo em conta exatamente a natureza do pronunciamento sob exame — *opinion-letter* – que se afirmou não revestido de "força de lei", na primeira evocação que se tem notícia dessa mesma categoria. No ano subsequente, o tema se reapresenta

---

[31] UNITED STATES, 5 U.S.C. § 551 (4) (2012) "[…] a íntegra ou parte de uma afirmação de aplicação genérica ou particular da agência, revestida de efeito futuro, destinada a implementar, interpretar ou prescrever norma ou política, ou ainda descrevendo a organização, procedimento ou requisitos a práticas de uma agência, nisso se incluindo a aprovação ou prescrição para futuro de taxas, remunerações, reestruturações financeiras, corporativos ou reorganizações a qualquer título; preços, instalações, equipamentos, serviços ou abonos para ou decorrentes de avaliações, custos ou contabilização, ou práticas relativas a qualquer dos componentes acima […]" (tradução livre).

[32] UNITED STATES, 5 U.S.C. § 551 (5) (2012) "[…] procedimento de formulação, emendamento ou revogação de uma *rule* […]" (tradução livre).

[33] UNITED STATES, 5 U.S.C. § 551 (6) (2012) "[…] a íntegra ou parte de uma decisão final da agência, seja afirmativa, negativa, injuntiva ou declaratória na sua forma, em sede outra que não o *rule making*, incluindo, todavia, o licenciamento" (tradução livre).

[34] *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 577 (2000). Consigne-se que o *justice* Scalia, em seu voto dissidente em *United States v. Mead Corp.* 533 U.S. 254, afirma que esta referência traduziria mero *dicta*, eis que o resultado do julgamento, recusando a aplicação da deferência *Chevron*, resultaria do simples reconhecimento do anacronismo da decisão.

à Corte, que cunha o precedente que se revelará paradigmático na limitação do alcance do *standard Chevron* de deferência: *United States v. Mead Corp*.

Discutia-se, então, decisão da Secretaria do Tesouro atinente à fixação de alíquotas de tributação incidente sobre diários ou registradores comercializados pela reclamante *Mead*. A determinação da alíquota se dava ordinariamente por meio de *ruling letter*, modalidade decisória referida no *Code of Federal Regulation*,[35] materializada em resposta a um pedido por escrito, veiculada numa carta endereçada ao interessado que formulou a indagação. Divergindo da alíquota indicada na *ruling letter* que lhe foi dirigida,[36] *Mead* pretendeu sua revisão, sustentando não merecesse a determinação regulatória recorrida a deferência cunhada no modelo *Chevron*, eis que vazada em mecanismo administrativo interno, revestido de pouca formalidade.

O debate se trava, mais uma vez, em torno do exercício de discricionariedade desenvolvido pela agência — que antes conferira ao produto comercializado por *Mead* uma determinada alíquota de tributação, e agora assinalava outra, mais onerosa. O voto condutor do *justice* Souter explicita de início que a Corte pretende deliberar quanto à melhor maneira de lidar com uma grande variedade de formas utilizadas pela lei de criação de cada agência, para investi-la de discricionariedade; bem como de procedimentos vocacionados à produção regulatória a elas oferecidos[37] para conferir sentido aos atos do Congresso.[38] Na sequência, o que se tem é o desenho de dois níveis distintos de análise no que toca à delegação legislativa: um primeiro nível envolverá o tipo de ação regulatória que o Congresso tenha pretendido transferir à agência; o segundo versará sobre o espaço deliberativo na matéria de fundo a ela reservado. Em ambos os níveis se cuida de discricionariedade — no primeiro deles, saber se houve a transferência de autoridade reguladora em abstrato para pronunciamentos revestidos de coercitividade; no segundo, saber se essa mesma transferência, identificada como havida, sofreu ou não, no trato da substância da matéria que lhe foi delegada, alguma limitação expressa pelo Legislativo no seu eixo temático central.

---

[35] UNITED STATES, 19 CFR § 177.1, (d) (1).

[36] A agência empreendeu um reenquadramento do produto comercializado pela empresa, passando a uma categoria com substantivo aumento da tributação que até então vinha lhe sendo imposta.

[37] Tenha-se em conta que, para concretizar a decisão regulatória, a agência tem ao seu dispor o leque de procedimentos previsto no APA, que pode ser especificado no seu *enabling statute*.

[38] *United States v. Mead Corp.* 533 U.S. 220.

Para o equacionamento da questão posta no primeiro nível — se existe em tese transferência de autoridade regulatória coercitiva —, a Corte lança mão da categoria já referida, das "normas com força de lei",[39] para dizer que só nestes casos tem-se deferência como possibilidade, sujeita ainda à aplicação do *two-steps test* proposto por *Chevron*. A consagração dessa verdadeira questão prejudicial levou a doutrina a afirmar ter a Corte em *Mead* criado um *step zero*.

Existente a delegação para edição de normas com força de lei — revestidas de coercitividade —, o tema do recorte de discricionariedade segue, agora já no *step one* de *Chevron*, com a aferição de eventual manifestação expressa do Congresso de transferência à agência da gestão da matéria regulada. Assim é que uma agência de alimentos (por hipótese) pode ter a si reconhecida competência em abstrato para a edição de norma com força de lei, e ter excluída como possibilidade regulatória, por exemplo, a proibição integral da produção de alimentos transgênicos. Ato regulatório desta hipotética agência que proibisse a produção de algum alimento transgênico superaria o *step zero*, mas não ultrapassaria o *step one*.

Segue-se a indagação: e quando se poderia reconhecer se tenha delegação legislativa para a edição de normas "com força de lei"? A primeira afirmação no precedente é a mais intuitiva, e associa esse atributo às manifestações regulatórias às quais o APA em si confere generalidade e coercitividade — *notice-and-comment* e *adjudication*. O voto, todavia, enuncia claramente uma válvula de escape, afirmando que a "força de lei" poderia ainda ser identificada por qualquer outra indicação no texto legislativo que empreendeu originalmente à delegação,[40] da existência de uma real intenção do Congresso de transferência desse particular tipo de autoridade — não se limitando, portanto, às hipóteses expressamente nominadas no APA. Esse intuito do legislador se poderia aferir seja a partir das atribuições gerais conferidas pela lei à agência delegatária; ou, ainda que não fosse esse um resultado específico enunciado na lei,[41] de outros indicadores do mesmo diploma que evidenciem tenha o legislativo a expectativa de que a agência seja capaz desse tipo de pronúncia subordinante.

---

[39] *Ibid*., p. 226-227. Importante ter em conta que o conceito utilizado pela Corte — "normas com força de lei" — não tem enunciação no APA.
[40] *Ibid*., p. 218.
[41] *Ibid*., p. 219.

Interessante observar que a segmentação da análise da delegação de juízo discricionário — primeiro, em abstrato, autorizando a edição de normas vinculantes (*Mead*), e, depois, em concreto, recortando o espectro de escolhas discricionárias possíveis (*Chevron step one*) — não inviabiliza a afirmativa já antes havida de que esta deliberação congressual (pela delegação) possa se verificar tanto de forma expressa quanto implícita.

Efeito concreto mais imediato da decisão em *Mead* é um temperamento da aplicação *across-the-board*[42] da deferência judicial no controle das decisões das agências — o voto condutor chama essa visão, defendida por Scalia, de simplificadora, donde o imperativo de sua rejeição. O modelo, a rigor, passa a combinar análise epistêmica detalhada (no *step zero*) com aferição formal (nos *steps one* e *two* do padrão *Chevron*). O precedente se revela insuficiente para parametrizar as decisões em todo o Judiciário estadunidense, fragilidade que determina, em curto espaço de tempo, nova pronúncia no tema.

3.4 Barnhart v. Walton, 535 U.S. 212 (2002)

Discute-se aqui o cabimento da aproximação judicial deferente, tendo em conta decisão da Social Security Administration, agência encarregada da gestão do *Social Security Act*. A hipótese envolvia requerimento de segurado, que se viu alcançado por condição de saúde inabilitante que potencialmente lhe poderia assegurar prestação pecuniária. A cláusula legislativa envolvida no debate apontava, como pressupostos ao benefício, o comprometimento da saúde[43] e a incapacidade para o trabalho; aludindo expressamente que a condição decorrente do primeiro componente deveria se estender por pelo menos 12 meses, sem referir o mesmo limite temporal no que toca ao segundo. A norma editada pela agência exige o interstício para ambas as condições, e por essa circunstância *Walton* teve a si indeferido o benefício. Reformada a decisão pela Corte Estadual, o tema é submetido à Suprema Corte pela agência, que postula seja aplicada a deferência para com o ato regulatório, apontando inobservância ao precedente fixado em *Mead*. Importante

---

[42] A expressão — presunção *across-the-board* — tinha sido já utilizada por Scalia (1989) em texto acadêmico para sintetizar seu alcance segundo o paradigma de *Chevron*. Essa mesma abrangência teria sido recortada, na visão do mesmo Scalia, em seu voto divergente em *Mead* (Ibid., p. 257).

[43] A expressão no original em inglês é *impairment*.

sublinhar que a decisão regulatória em favor da qual se pretendia deferência não se alinhava entre as hipóteses às quais intuitivamente se reconheceria a "força de lei" — mas, segundo a agência, mereceria aplicação do *standard* de deferência judicial.

No tema sob análise, a Corte evoca a afirmação havida antes em *Mead* de que a força de lei não se reserva às modalidades mais formais de deliberação, e busca aprofundar quais sejam os elementos indicadores desse mesmo atributo, que se possa extrair do *enabling statute*, como se verifica do trecho seguinte:

> Neste caso, a natureza intersticial da questão jurídica; a relatada *expertise* da agência, a importância da questão para a administração da norma legal, a complexidade dessa mesma administração da norma, e a cuidadosa consideração que a agência deu à matéria por um longo período de tempo indicam que *Chevron* provê a lente jurídica adequada através da qual se deve examinar a legalidade da interpretação empreendida pela agência ora sob exame.[44]

A decisão pretende esclarecer os elementos a serem aferidos no *step zero* reveladores da delegação para editarem-se normas "com força de lei", mas seus termos não favorecem esse resultado. De um lado tem-se o sentido obscuro do que seja a "natureza intersticial da questão jurídica"; de outro lado a alusão à "[…] consideração cuidadosa [de] que a agência deu à matéria por um longo período […]" extrapola os limites da análise das fronteiras da delegação legislativa, para considerar um elemento que é da prática da regulação pela agência, naquela matéria — componente este típico do modelo *Skidmore* descrito no subitem 3.1. Não por outra razão, a aplicação de *Mead* segue pouco homogênea em Cortes estaduais,[45] circunstância que agrava um cenário de insegurança jurídica, seja em relação à agência, seja a seus jurisdicionados.

---

[44] *Barnhart v. Walton, 535 U.S. 222.*

[45] BRESSMAN, Lisa Schultz. How "Mead" has muddled judicial review of agency action. *Vanderbilt Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1445, out. 2005.

3.5 Ainda sobre a construção jurisprudencial no campo da deferência

Não se encerra em *Mead*, com sua complementação em *Barnhart*, o desenvolvimento conceitual do tema da deferência judicial para com as escolhas regulatórias desenvolvidas no âmbito da administração pública. Apontou-se nas considerações iniciais a este texto uma segunda vertente de discussão que, adotando a viabilidade constitucional da deferência como premissa, analisa o cabimento dessa mesma aproximação judicial à interpretação desenvolvida pela agência de seus próprios atos regulatórios. Cabe sempre relembrar que, conforme apresentado no subitem 3.3, no sistema estadunidense, a *adjudication* integra o conceito de regulação. Assim, natural que o exercício da *adjudication* para a solução de um caso concreto envolve a interpretação pela agência não só da lei originária de delimitação de suas competências, mas também de normas regulatórias eventualmente por ela já editadas e que sejam aplicáveis ao caso concreto.

Neste segundo viés de debate, desponta como precedente relevante, *Auer v. Robbins*,[46] assentando o cabimento da aproximação judicial deferente à interpretação empreendida pela agência de sua própria regulação, salvo quando esta se demonstre claramente equivocada, ou inconsistente com a regulação originária em si.

O precedente reanima o debate em torno da deferência por pelo menos dois aspectos sensíveis, relacionados com o pilar do *checks and balances*. De um lado, ao assentar que a deferência é devida às decisões em que a agência interpreta e aplica sua própria regulação, a Corte reforça a viabilidade constitucional de se concentrar em um único braço especializado de poder, as funções de regular, aplicar e interpretar. De outro lado, afirmando que a única possibilidade de afastamento da premissa da deferência judicial quando a agência interpreta suas próprias decisões regulatórias anteriores é a erronia evidente, a Corte estaria ampliando a autoridade da agência pelo alargamento do campo de incidência da aproximação deferente fixado em *Chevron*. Afinal, a erronia patente, exigida em *Auer* para viabilizar o controle judicial, é de mais difícil caracterização que o juízo de permissibilidade constitucional recomendado no *step two* de *Chevron*. O resultado é que a interpretação que a

[46] UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997).

agência empreende de sua própria regulação mereceria maior deferência que aquela que ela empreende da lei.

A matéria retorna à consideração da Suprema Corte em *Kisor v. Wilkie*,[47] cujas circunstâncias permitem compreender a sutileza do debate atual. James Kisor, combatente veterano do Vietnã, requerera em 1982 benefício pecuniário devido às vítimas de *stress* pós-traumático. O pedido foi indeferido ao argumento fático de que não se caracterizara no requerente a patologia alegada. Posteriormente o pedido é reapresentado e provido, mas com efeitos *ex nunc*, aplicando-se à hipótese norma regulatória da própria agência que autorizava efeitos retroativos tão somente quando a reforma da decisão se dava com base em "registros oficiais do serviço" reputados "relevantes" para solver a contenda. Sustentou a agência que, embora a presença do veterano em operações militares traumáticas constasse de seus registros oficiais de serviço, não fora esse o fundamento para o indeferimento inicial. Assim, os dados constantes dos registros oficiais foram considerados não "relevantes" para embasar a reconsideração da decisão original, que se fundou na revisão do diagnóstico médico — donde descabida a retroatividade do benefício. O caso envolve, claramente, a interpretação em sede de *adjudication* de norma regulatória anteriormente editada pela própria agência (dispondo sobre a retroatividade dos benefícios); foi o sentido conferido ao que se reputasse "relevante" do acervo de dados constantes de seus próprios registros que determinou a negativa da prestação pecuniária.

Kisor envolvia formalmente a pretensão de *overruling* de *Auer* — o que não foi acolhido pela Corte. Importante consignar, todavia, que, a exemplo do já antes acontecido em *Mead* e *Barnhart*, o Tribunal explicitou haver o percurso racional necessário para que se pudesse empreender a aplicação da deferência *Auer*, reafirmada. É nesse *iter* racional de análise judicial da escolha da agência que se tem delimitado o tipo de investigação que permitiria concluir tenha essa opção regulatória preservado a intenção do Congresso de delegação de juízos discricionários à agência, sem incidir de outro lado em violação ao princípio do *checks and balances*, estruturante que é da organização de poderes.

De todo o narrado, e observados os termos do objetivo delineado a este texto, cabe agora a identificação das categorias teóricas que presidem a construção dos *standards* para a aproximação judicial deferente.

---

[47] UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Kisor v. Wilkie*, No. 18-15, 588 U.S. ___ (2019).

4. Delegação legislativa, discricionariedade e legitimidade democrática: peças-chave na deferência estadunidense

A compreensão do ambiente histórico em que se deu o surgimento em si das agências, e do que hoje se denomina Estado administrativo, permite já identificar como categorias centrais para todo o debate em torno da deferência judicial: 1) limites e possibilidades da delegação legislativa em seu favor; 2) espectro de discricionariedade suscetível de delegação; e 3) legitimidade democrática dessa translação de competência.

Tenha-se em conta neste campo a centralidade no direito estadunidense da *non delegation doctrine* — premissa teórica que se tem extraída da cláusula constitucional disciplinadora do Poder Legislativo. Embora não exsurja da literalidade do texto a vedação à delegação do exercício da função normativa,[48] o entendimento predominante assentou-se em torno da ideia de que ela traduziria o comando dos *founding fathers* de que as escolhas relevantes para a coletividade devem ser formuladas legislativamente — e não pelo Poder Executivo.[49] Some-se a isso o argumento lockeano de que a delegação empreendida pelo povo a seus representantes não admitiria nova transferência. Também não é infrequente o argumento de que *non-delegation* seria componente estruturante do princípio de equilíbrio e harmonia entre poderes — que, curiosamente, tampouco se tem literalmente enunciado na Constituição estadunidense.

Evidentemente, o parâmetro de não delegação não poderia se apresentar num sentido forte, sob o risco de inviabilizar, a um só tempo, o desenvolvimento da função legislativa (que sofreria uma sobrecarga pelo imperativo de dispor sobre todas as matérias envolvendo o funcionamento do Estado) e mesmo da executiva (que poderia se ver bloqueada na sua ação pela ausência de regulação não delegável). Assim, pela interpretação empreendida pela própria Suprema Corte em *J.W. Hampton Jr. & Company v. United States*,[50] a *non delegation doctrine*

---

[48] Na perspectiva de pura literalidade, a cláusula investe o Congresso de poderes legislativo, mas nada diz em relação à sua eventual transferência pelo mesmo detentor desta originária investidura. Sustentando que o texto constitucional, seja pela cláusula contida no artigo I, Seção I, seja pela consagração do princípio de separação de poderes, não autoriza a proclamação da *non delegation doctrine*, consulte-se POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Interring the nondelegation doctrine. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, p. 1721-1762, 2002.

[49] SUNSTEIN, Cass R. Nondelegation canons. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 2, p. 316, primavera 2000.

[50] UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *J.W. Hampton Jr. & Company v. United States* 276 U.S. 394 (1928).

evoluiu para uma compreensão segundo a qual a delegação é possível, desde que orientada a administração-delegatária por aquilo que se denominou *intelligible principle*,[51] donde se extrairiam balizas para o desenvolvimento da regulação por outras estruturas que não o Legislativo.

Em que pese a inexistência no direito brasileiro de uma doutrina de não delegação, o tema dos limites da transferência da escolha regulatória do legislador para a administração e suas implicações com a separação de poderes é pauta frequente no Plenário do STF,[52] o que evidencia a proximidade entre o debate estadunidense a os argumentos manejados em nosso país.

A noção de discricionariedade, por sua vez, adentra ao debate veiculado na sequência de precedentes por vários ângulos. Inicialmente, a própria ideia de *checks and balances* já pressupõe a rejeição à possibilidade de excessiva concentração de juízos discricionários numa mesma estrutura de poder.[53] Assim, a categoria é de ser trabalhada dessa dupla perspectiva — excesso de discricionariedade é algo a ser evitado seja quando direcionado à agência, seja quando assegurado ao Judiciário.[54] O percurso dos precedentes analisados evidencia a busca deste justo meio, com *Skidmore* franqueando ao Judiciário um espectro de discricionariedade na aferição da existência dos componentes de fato que a Suprema Corte reputou autorizadores da aplicação do *standard* de deferência judicial.

Chevron, por sua vez, modifica um modelo em que a decisão judicial poderia se fundar em critérios diversos,[55] selecionados a partir de um juízo puramente subjetivo engendrado pelo próprio julgador, para uma formulação segundo a qual a visão da agência externada na decisão regulatória tem especial peso, em homenagem à sua especial capacidade institucional. Tem-se

---

[51] "*If Congress shall lay down by legislative act an intelligible principle to which the person or body authorized to fix such rates is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power.*" (*J.W. Hampton Jr. & Company v. United States*).

[52] A título de ilustração, consulte-se a ADI 4.874, em que o STF, analisando a constitucionalidade de norma reguladora editada pela Anvisa, adotou por eixo principal de discussão exatamente a análise dos limites da delegação legislativa àquela agência.

[53] CASS, Ronald A. Vive la deference?: rethinking the balance between administrative and judicial discretion. *George Washington Law Review*, v. 83, n. 4/5, p. 1294-1329, set. 2014.

[54] Antonin Scalia, Judicial deference to administrative interpretations of law, op. cit. p. 515.

[55] É de Merril (MERRILL, Thomas W. Judicial deference to Executive precedent. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 972-973) a sistematização dos critérios habitualmente considerados pelas Cortes quando da análise de decisões administrativas nas seguintes categorias: 1) fatores relacionados com a intenção do Congresso em atribuir às agências a competência para interpretar e regular uma cláusula legislativa; 2) fatores relacionados com os atributos da decisão administrativa em concreto sob análise; e 3) fatores que se creia demonstrem congruência entre os resultados buscados pela agência e a intenção do Legislativo em relação àquela específica matéria.

então a proteção ao exercício de discricionariedade da agência, só admitindo sua reversão na ausência da delegação (*step one*) ou na hipótese extrema em que se tenha a escolha regulatória como não permissível.[56]

O debate quanto à existência e os limites para a formulação de escolhas discricionárias e coercitivas é claramente explicitado em *Mead*[57] e reiterado em *Barnhart*, com a enunciação de elementos identificadores da intenção de outorga pela deliberação legislativa. Deferência judicial se apresenta como mecanismo de harmonização entre os benefícios operacionais da admissão da transferência da discricionariedade na regulação, e a prevenção à concentração indesejada de discrição numa mesma estrutura institucional.[58]

A abordagem nos precedentes examinados lança luz sobre ângulo menos examinado no Brasil do tema da discricionariedade — normalmente estudado na perspectiva da decisão em concreto e das eventuais patologias desse exercício de discrição. Parece claro, todavia, que o desenvolvimento em si da atividade regulatória como procedimento deliberativo se constitui importante manifestação do exercício da discrição administrativa, e como tal é de ser entendido e controlado.

Finalmente, o tema da legitimidade democrática se constitui pano de fundo de todo o debate. Numa perspectiva mais intuitiva, de possível tensão entre agência e Legislativo, a aplicação da deferência judicial numa concepção mais ampla — *across the board*, como proposto por Scalia — suscita sempre a contradita de que importa em esvaziamento inautorizado das funções do Congresso substituído pela agência; e do Judiciário, limitado pela aproximação deferente. O contra-argumento é de que os agentes públicos responsáveis pelas agências não escapam à *accountability* que é própria a essa mesma institucionalidade. Nestes termos, tem-se o prestígio ao princípio democrático em outra de suas manifestações, que não a da representação censitária.

Observado o mesmo problema na perspectiva da relação entre Judiciário e Legislativo, tem-se que a reprovação judicial à delegação empreendida pelo Congresso expressa um juízo de censura dessa mesma estrutura de poder

---

[56] HICKMAN, Kristin; KRUEGER, Matthew D. In search of the modern Skidmore standard. *Columbia Law Review*, v. 107, n. 6, p. 1250-1254, out. 2007.

[57] UNITED STATES. U.S. Supreme Court. Mead Corp, op. cit., p. 236.

[58] O debate noticiado — mas não aprofundado — neste texto no que toca à deferência para com as decisões da agência interpretando sua própria regulação veicula a resistência a esse tipo de concentração de discricionariedade, eis que ela poderia se manifestar nos planos da normatividade e da adjudicação.

no ponto em que proclama que agência se revele a estrutura institucional mais adequada à gestão daquela matéria.[59]

Sintetizados os critérios desenvolvidos nos precedentes percorridos, têm-se quando menos os três testes resultantes da combinação entre *Chevron* e *Mead*: 1) existe delegação legislativa para a edição de pronunciamentos vinculantes?; 2) existe transferência de juízo discricionário na matéria em particular?; 3) a escolha regulatória empreendida pela administração se revela normativamente permissível — não a melhor escolha, mas uma escolha constitucional e legislativamente possível? Estes, por si, já se revelam úteis à parametrização da análise judicial quando em jogo a tese da aproximação deferente também no Brasil, eis que se apresentam como resposta ao conflito aparente de um mesmo conjunto de categorias teóricas.

Escolhas regulatórias, ainda quando fundadas em discricionariedade técnica, têm na sua raiz um componente de deliberação política. Não por outra razão elas são inicialmente confiadas às instituições investidas de legitimidade representativa. Alternativas que importem em variações sobre essa resposta intuitiva — seja pela delegação legislativa à agência, seja pela substituição de Legislativo ou Executivo pela ação controladora do Judiciário — despertam sempre a *vexata quaestio* da adequação da estrutura institucional substituinte para formulação desse mesmo juízo discricionário. Essa a contenda presente nos precedentes examinados; este o debate havido no Brasil quando em pauta o controle judicial de escolhas regulatórias.

Evidentemente, maior clareza nas opções legislativas de transferência desta mesma autoridade para formulação de escolhas discricionárias seria o ideal — mas sendo elas, como são, fruto de juízo político, estarão sempre sujeitas ao não dito e ao encoberto. Se é certo que a omissão legislativa ou a redação sibilina no tema das competências de regulação em sentido amplo reconhecidas à administração não pode resultar em blindagem ao controle; não é menos certo que a sindicância judicial é de se dar a partir de critérios jurídicos objetivos. Neste sentido, dos precedentes visitados já se extraem os três passos do *standard* hoje aplicável no direito estadunidense, que, se sustenta, admitam aplicação também no Brasil.

---

[59] Cass R. Sunstein, Chevron step zero, op. cit., p. 206.

5. Concluir para prosseguir

A pauta de investigação no tema da deferência judicial decerto que não se esgota neste texto, que suscita de já, como pauta de pesquisa, o aprofundamento de *standards* aplicáveis à realidade brasileira, a partir da experiência da construção jurisprudencial estadunidense. Fica o convite aos pesquisadores que leem esse texto, sendo certo que vão me encontrar pelo caminho, eis que essa a direção que agora sigo na minha pesquisa.

Último aprendizado que se extrai do percurso aqui relatado está em que uma categoria teórica com a relevância que tem a deferência judicial em favor de escolhas administrativas regulatórias, que se comunica diretamente com eixo estruturante da organização do poder, como é o sistema de *checks and balances*, não se constrói em um único golpe de pena — mas exige um desenvolvimento conceitual paulatino, numa revisitação dialógica dos precedentes já construídos pela Corte.

O incremento da complexidade das funções estatais conduz a incessantes intercessões entre as tradicionais funções de poder, fenômeno político e prático que deve ser internalizado pelo direito nessa atualização de sentido quanto à contribuição real de freios e contrapesos numa estrutura de poder que só será adequada se for capaz de viabilizar em concreto a operação do Estado no cumprimento de seus compromissos institucionais.

Referências

BAMZAI, Aditya. The origins of judicial deference to executive interpretation. *Yale Law Journal*, v. 126, n. 4, p. 908-1001, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 66 de 13/05/2020. *Diário de Justiça Eletrônico*/CNJ, n. 137, 14 maio 2020. p. 2-4. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP. Recomendação Conjunta Presi-CN nº 2/2020b, *Diário de Justiça Eletrônico*/CNMP, 19 jun. 2020. Disponível em: www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf/2020. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.874, relatora min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 1/2/2018, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe*-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

BRESSMAN, Lisa Schultz. How "Mead" has muddled judicial review of agency action. *Vanderbilt Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1443-1492, out. 2005.

CASS, Ronald A. Vive la deference?: rethinking the balance between administrative and judicial discretion. *George Washington Law Review*, v. 83, n. 4/5, p. 1294-1329, set. 2014.

COGLIANESE, Cary. Chevron's interstitial steps. *George Washington Law Review*, v. 85, p. 1339, 2017.

HICKMAN, Kristin; KRUEGER, Matthew D. Krueger. In search of the modern Skidmore standard. *Columbia Law Review,* v. 107, n. 6, p. 1235-1320, out. 2007.

LAWSON, Gary. The rise and rise of the administrative state. *Harvard Law Review*, v. 107, n. 6, p. 1231-1254, 1994.

MERRILL, Thomas W. Judicial deference to Executive precedent. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 969-1041, 1992.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Interring the nondelegation doctrine. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, p. 1721-1762, 2002.

SARGENTICH, Thomas O. Teaching administrative law in the twenty-first century. *Widener Journal of Public Law*, v. 1, p. 147-182, 1992.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, v. 1989, n. 3, p. 511-521, jun. 1989.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron step zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, p. 187-249, abr. 2006.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, v. 101, p. 421-510, 1987.

SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron. *Columbia Law Review*, v. 90. n. 8, p. 2071-2120, dez. 1990.

SUNSTEIN, Cass R. Nondelegation canons. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 2, p. 315-343, primavera 2000.

STEPHENSON, Matthew C.; VERMEULE, Adrian. Chevron has only one step. *Virginia Law Review*, v. 95, p. 597-609, 2009.

UNITED STATES. Administrative Procedure Act, 5 U.S.C §§ 101-11001 (2012).

UNITED STATES. Code of Federal Regulation, 19 U.S.C. §§ 1-4732 (2012).

UNITES STATES. Federal Register, v. 48, n. 197, 46.167.

UNITED STATES. National Archives. Federal Register. The Daily Journal of the United States Government. Disponível em: www.federalregister.gov/agencies. Acesso em: 28 jul. 2020.

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Armour & Co. v. Wantock*, 323 U.S. 126 (1944).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co*., 325 U.S. 410 (1945).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Christensen v. Harris County*, 529 U.S. 576 (2000).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *J.W. Hampton Jr. & Company v. United States* 276 U.S. 394 (1928).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Kisor v. Wilkie*, No. 18-15, 588 U.S. ___ (2019).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Skidmore v. Swift & Co*., 323 U.S. 134 (1944).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Train v. Natural Resources Defense Council, Inc*. 421 U.S. 60 (1975).

UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001).

VAN RIPER, Paul P. The American administrative state: Wilson and the founders-an unorthodox view. *Public Administration Review*, p. 477-490, nov./dez. 1983.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr. 2020.