A DOUTRINA CHEVRON: o ocaso anunciado?*

THE CHEVRON DOCTRINE: an announced downfall?

Paulo Roberto Binicheski

RESUMO

Discute a Doutrina Chevron, um célebre caso em que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos estabeleceu um modelo de teste legal com vistas a determinar se deveria conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental a um estatuto legal regendo a atividade desta.

Assere que a nomeação e investidura recentes de um juiz para a Suprema Corte com ideologia crítica ao definido na Doutrina Chevron estão sendo vistas como indicativos da possibilidade concreta da retirada desse precedente.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; Suprema Corte americana; Doutrina Chevron; lei; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The author addresses the Chevron Doctrine, a landmark case in which the United States Supreme Court set forth a legal test for determining whether to grant deference to a government agency's interpretation of a statute which it administers.

He states that the recent fact that a judge with a critical ideology of the Chevron Doctrine has been nominated and sworn in as a Supreme Court justice is being considered as indicative of the concrete possibility of this precedent being withdrawn.

KEYWORDS

Administrative Law; US Supreme Court; Chevron Doctrine; law; unconstitutionality.

* Artigo jurídico para a disciplina Fundamentos histórico-jurídicos da Justiça Administrativa, ministrada pelo Professor Ricardo Perlingeiro, no Curso de Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina consagrada em *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC* é um dos casos mais famosos julgados no âmbito do Direito Administrativo, mas não foi considerado assim quando foi decidido[1], e a história de sua formação pode lançar luzes acerca dos contornos fáticos e jurídicos da regra de Direito criada. O estabelecido pela Suprema Corte americana há mais de trinta anos, quando representou uma fórmula aparentemente simples de autorrestrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas, pode estar com os dias contados (MERRIL, 2017).

Há um fator relevante. O novo Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, Neil Gorsuch, indicado pelo Presidente Donald Trump possui um currículo com fortes críticas ao consagrado na *Doutrina Chevron*. Neil Gorsuch é magistrado oriundo da Corte de Apelação do Décimo Circuito, cargo para o qual foi nomeado, em 2006, por George W. Bush e possui posição bem clara de oposição ao consagrado na *Doutrina Chevron*. Em julgado do ano passado (2016), ainda no Décimo Circuito, Gorsuch proferiu um voto bem contundente, com severas críticas ao elaborado na *Doutrina Chevron*. (Gutierrez-Brizuela v. Lynch. 834 F.3d 1142) (10th Cir. 2016).

A posição ideológica de Neil Gorsuch poderá influenciar a Suprema Corte americana a rever o precedente da *Doutrina Chevron*? A resposta exige uma investigação nos aspectos jurídicos e históricos que culminaram no decidido em *Chevron* na sua formulação originária, passando pela ideologia daquele momento e do que defende o mais novo Justice da Suprema Corte americana.

A posição ideológica de Neil Gorsuch poderá influenciar a Suprema Corte americana a rever o precedente da Doutrina Chevron? A resposta exige uma investigação nos aspectos jurídicos e históricos que culminaram no decidido em Chevron [...]

É provável que o entendimento do Justice Gorsuch venha influenciar uma posição da Suprema Corte nos contornos interpretativos da *Doutrina Chevron*, ao indicar a releitura para dar alguns freios aos dogmas da ambiguidade ou da delegação legislativa às agências governamentais nos Estados Unidos da América?

O que parece defluir dos variados comentários colhidos pela crítica ao mais recente Justice da Suprema Corte Americana, ao comparar com o Justice Scalia, falecido ainda durante a campanha presidencial que elegeu Donald Trump, é a assertiva de ser um bom contador de histórias. (HYLTON, 2017, p. 1). Neil Gorsuch (2016, p. 905-920) é conhecido pelo bom humor, oratória fluente e amplo conhecimento jurídico, sendo considerado defensor de uma interpretação restritiva da Constituição dos Estados Unidos, elementos indicativos de refletir em uma virada da famosa *Teoria Chevron*, desde que possa convencer seus colegas Justices.

Gorsuch já externou, em variados momentos, argumentos respeitáveis contra *Chevron*, dado que defende veementemente o princípio da separação entre os poderes e é insatisfeito com a posição da agência governamental de imigração, a BIA, conforme expôs em seu voto acima referido. Em Gutierrez-Brizuela v. Lynch, Gorsuch foi muito incisivo na discordância dos fundamentos da *Doutrina Chevron*, e destacou que, em um mundo sem *Chevron*, muito pouco mudaria, exceto talvez as coisas mais importantes, com sinais de uma judicatura com propensão a retirá-la dos precedentes ou fixar outras balizas. A história o dirá.

Este ensaio pretende investigar a *Doutrina Chevron* em sua conformação original e seus desdobramentos interpretativos na Suprema Corte dos Estados Unidos e a recente decisão do Décimo Circuito com o voto do Juiz Neil Gorsuch, a fim de avaliar uma possível alteração na regra do precedente da Suprema Corte americana.

2 A DOUTRINA CHEVRON

A controvérsia objeto deste ensaio reside na apreciação da decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos em *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC* (467 U.S. 837 (1984)), a qual estabeleceu um modelo de teste legal com vistas a determinar se deve conferir deferência[2] à interpretação dada por uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade desta.

Segundo o teste encontrado pela Suprema Corte, ao juiz cabe inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; em existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a suposta vagueza da lei e apenas verificar se a solução posta pela agência é razoável.

A *Court* adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial às interpretações de lei da agência em duas etapas. No primeiro passo, a questão a ser resolvida é se o Congresso falou diretamente; se a intenção do Congresso é clara, isso é o fim do assunto; tanto a *Court*, bem como a agência devem dar efeito à intenção inequivocamente expressa do Congresso (SCALLIA, 1989, p. 511)[3]. Os tribunais, para responder ao primeiro passo, usam as ferramentas tradicionais da interpretação da lei e perguntam se o Congresso tinha uma específica intenção em relação ao tema em questão (MERRIL, 2017, p. 255).

Na ausência de uma resposta afirmativa à primeira pergunta, a análise de *Chevron* move-se para o segundo passo: no entanto, se a *Court* determinar que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em discussão, o tribunal não vai simplesmente dar a sua própria interpretação sobre o estatuto, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Bem, se a legislação é silente ou ambígua quanto ao assunto específico, a questão para o tribunal é a de saber se a resposta da agência está baseada em uma interpretação permissível, ou seja, razoável (IDEM, p. 512)[4].

Ao juiz não cabe perguntar se a interpretação é a única e se o tribunal teria chegado a idêntico resultado, mas sim de demonstrar que a interpretação seja "reasonable" e poderia ser adotada a linha interpretativa da agência governamental (IDEM, p. 255).

A fórmula de dois passos era tudo ou nada quanto ao que foi interpretado pela agência. No primeiro passo, a interpretação era verificar a linguagem da lei, ou seja, a agência não teria nenhuma deferência, pois seria verificado se a interpreta-

ção estava de acordo com a previsão do Congresso. Claro, se a interpretação dada pela agência fosse coincidente com a do Congresso, a *Court* defenderia a posição da administração[5]. Porém, se o tribunal decidisse a questão no segundo passo, a agência obteria máxima deferência (IDEM, p. 256) [6].

Os Estados Unidos já adotavam a deferência judicial antes de *Chevron* quando a autoridade administrativa interpretava a legislação sob sua responsabilidade (JORDÃO, 2016a, p. 199) e somente não era muito consistente (GIACOMUZZI, 2017, p 179)[7], sendo que, em muitas situações, a convicção judicial superava o que entendia o administrador, quando não coincidia com o que entendia a *Court*. Em *Chevron*, a Suprema Corte assentou o princípio de que as *Courts* devem aceitar o controle dado pela autoridade administrativa no escopo de uma interpretação razoável nos casos de ambiguidade de uma legislação.

A *Doutrina Chevron* possui vantagens evidentes para a agilidade da administração pública, pois permite uma maior margem de manobra na interpretação do processo administrativo, na implementação das políticas de governo com a flexibilidade necessária, o que não teria com a calcificação do precedente judicial[8]. Segundo Scalia, caso as *Courts* resolvessem as ambiguidades legislativas, somente uma alteração na lei permitiria produzir uma alteração quanto ao significado legal e em *Chevron* é permitido às agências à luz dos avanços do conhecimento, das pressões políticas impostas ao Congresso, especificar o significado mais atualizado das leis (SCALIA, 1989, p. 517-518).

De qualquer forma, as limitações legais existentes parecem garantir contra eventuais mudanças por puro capricho ou arbítrio[9] e para que não venham a tornar ilegal uma ação da agência, a exemplo da necessária fundamentação para justificar a eventual alteração na interpretação e a obediência aos procedimentos fixados em lei, inexistindo, assim, motivo para deixar de valorar a nova interpretação sob a antiga orientação da agência[10]. Segundo explicou Scalia, quando a agência altera a sua interpretação do estatuto legal, é o caso de admitir-se estar com uma posição equivocada da regra de Direito (*got the law wrong*) e ante novas informações ou mudanças sociais sob o impacto do processo político, desde que com as limitações discricionárias: *Chevron, as I say, permits recognition of this reality*. (IDEM, p. 519)[11].

É até aceitável a mudança de opinião de uma agência, mas para tanto deverá fornecer uma explicação adequadamente fundamentada[12]. O recuo de uma agência, notadamente na alteração da interpretação legal, somente deve ser admitido quando não estiver no curso de um litígio, ou seja, a alteração interpretativa para ganhar um processo. Destarte, a delegação legislativa para os recuos da administração cabem, em *Chevron*, quando obedecidas as formalidades legais e no curso regular dos assuntos próprios das agências (IDEM, p. 520).

Uma questão que será debatida mais adiante, ao referir a posição de Neil Gorsuch, é a chamada "delegação do Congresso", seja de forma explícita ou implícita, às agências para deliberar sobre ambiguidades da legislação. A decisão *Chevron* partiu da regra anterior, ao indicar que o Congresso teria delegado autoridade às agências para atuarem como intérpretes primários das leis sob sua administração, o que não é indene de críticas (MERRIL, 2017, p. 256).

Sob *Chevron*, a tarefa de resolver a ambiguidade legislativa e a conciliação de interesses conflitantes cabe à administração, com vantagens institucionais comparativas, maior legitimidade democrática e maior *expertise* nas questões pertinentes (JORDÃO, 2016a, p. 203-204).

Ao juiz não cabe perguntar se a interpretação é a única e se o tribunal teria chegado a idêntico resultado, mas sim de demonstrar que a interpretação seja "reasonable" e poderia ser adotada a linha interpretativa da agência governamental [...]

Claro, é possível que os tribunais reconheçam que pelo menos uma classe de termos estatutários será habilmente definida não por outros textos jurídicos, mas por meio de investigação estranha aos textos legais, e deve-se perguntar se a agência passou por um processo razoável para chegar a sua atual interpretação. Isso significa que a *Court* pode até rejeitar a interpretação da agência em um caso em particular, mas provavelmente deixará à agência a flexibilidade necessária para propor mais tarde uma interpretação alternativa[13].

No que tange à ambiguidade da lei ou a clareza, a regra criada em *Chevron*, em sua aparente simplicidade no teste binário, a merecer um controle deferente ou não deferente, não oferece um modelo para identificar a suposta ambiguidade legislativa. Eduardo Jordão (2016b, p. 17-18) explica que os tribunais, para avaliar a ambiguidade da lei, vão além da mera abstração e efetuam uma leitura completa e complexa da legislação, com vistas a identificar a intenção do Congresso, o que implica examinar o texto legislado, as definições dos dicionários, os cânones de interpretação, a estrutura da lei, o propósito ou intenção legislativa e a história legislativa.

Quando o Congresso edita uma lei e confere o diploma legal para a administração de uma agência governamental e o texto legislado resta ambíguo, parece ter delegado implicitamente às autoridades administrativas o poder de interpretação da norma. Destarte, a delegação enfatiza a natureza **política** das decisões administrativas, a *delegação implícita do Congresso para a promoção de políticas públicas*. (IDEM, p. 204). Aliás, em *Chevron* a Suprema Corte invocou precisamente a teoria democrática para dotar a interpretação das leis às agências, pois estão sob supervisão do Presidente, eleito por todas as pessoas; e assim, é apropriado que elas resolvam as questões concorrentes que o próprio congresso não resolveu, pois os juízes não são partes de nenhum ramo político e não têm eleitorado (MERRIL, 2017, p. 256-257).

Anteriormente à *Chevron*, a interpretação do Direito era a província dos tribunais, o *say what the law is*, notadamente a pronunciar sobre o significado dos estatutos legais (Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803) *apud* MERRIL, 2017, p. 257). Após *Chevron*, os doutrinadores e os juízes passaram a perceber que as agências poderiam ter vantagens como intérpretes, ao me-

nos em algumas circunstâncias, notadamente em suas áreas de *expertise*.

3 O CONSENSO EM *CHEVRON* E SUA SEDIMENTAÇÃO

Anteriormente ao *leading case* chegar à Suprema Corte, alguns aspectos da mudança política nos Estados Unidos e a atuação da Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency*) ou simplesmente *EPA* podem explicar em parte o que culminou na *Doutrina Chevron*.

A eleição de Ronald Reagan, como presidente em 1980, marcou uma grande mudança na política do Poder Executivo às questões de regulamentação da segurança e para o meio ambiente. Constituiu na implantação de uma filosofia de desregulamentação, aproximando-se aos mecanismos do mercado, notadamente nos aspectos regulamentares da matéria ambiental. A agência *EPA*, em consonância com a metodologia política do Governo, anunciou que estava reconsiderando questões relacionadas à definição de **fontes fixas** e permitindo aos Estados adotarem uma definição mais liberal, ou seja, uma definição que levasse em consideração a integralidade de uma planta industrial. O resultado foi que a *EPA* permitiu que os Estados adotassem uma definição de fonte não qualificada no modelo anterior, mudança que foi justificada para dar uma "maior flexibilidade"[14]. Na definição do conceito bolha adotado, as indústrias poluidoras poderiam instalar ou modificar uma peça de equipamento sem violar as condições da concessão da licença, condicionando a não aumentar o nível de poluição em sua totalidade da planta industrial, ou seja, todos os aparelhos poluentes dentro de uma mesma planta industrial seriam considerados como uma única fonte poluidora, como se fosse uma bolha (JORDÃO, 2016a, p. 201-202)[15].

Em Chevron, a Suprema Corte assentou o princípio de que as Courts devem aceitar o controle dado pela autoridade administrativa no escopo de uma interpretação razoável nos casos de ambiguidade de uma legislação.

Os novos regulamentos de 1981 foram questionados judicialmente no Circuito D.C. por três grupos de defesa do meio ambiente, liderados pelo *Natural Resources Defense Council*. O caso foi atribuído a uma Câmara do Tribunal composto pelos Juízes Abner Mikva, Ruth Bader Ginsburg e William Jameson. Os dois primeiros juízes eram tidos como liberais e Mikva mais tarde deixou a magistratura e foi servir como conselheiro na Casa Branca no governo Clinton, tendo Ginsburg sido nomeado pelo Presidente Clinton para a Suprema Corte. A decisão da turma foi unânime para anular a nova regulação proposta pela *EPA*, sob o entendimento de contrariar os propósitos da legislação de melhoria da qualidade do ar[16].

Thomas Merril (2017, p. 267) faz uma abordagem dos votos dos juízes que anularam a nova regulação e afirma ser irônico que o voto da Juíza Ruth Ginsburg tenha sido escolhido para a revisão da Suprema Corte, pois teria sido um voto mais restrito, enquanto que os dos outros juízes seriam mais abrangentes. O resultado do Circuito D.C. parece refletir que os juízes foram propensos a substituir suas próprias preferências em detrimento das da *EPA*.

A questão da controvérsia do conceito bolha foi um dos exemplos das iniciativas de desregulamentação da administração e anulada pelo Circuito D.C. Sem dúvida, afirma Thomas Merril (2017, p. 267), a pressão dos defensores da política de desregulamentação pressionaram o Procurador-Geral a buscar uma revisão do caso *Chevron*, para prosseguir na campanha de desregulamentação, até porque a decisão do Circuito D.C. estava de acordo com outras duas decisões anteriores e que não foram desafiadas pelo governo. A ideia defendida, portanto, era a intenção de prosseguir com a política de desregulamentação, e os precedentes no Circuito D.C. pareciam obstáculo ao que pretendia o governo na atuação das agências.

A petição para o *certiori* foi apresentada somente em março de 1983, quando fora decidido, em um outro caso, o apelo do governo para uma maior deferência na política de desregulamentação. É difícil afirmar que esse caso tenha influenciado *Chevron*, mas pode ter moderado os argumentos do Procurador-Geral, conforme explana Thomas Merril (2017, p. 267-268). Por outro lado, prossegue Thomas Merril (2017, p. 268), muito embora sem provas, alguns juízes podem ter pendido um pouco mais ao governo, para não passar a impressão de que a *Court* tomou partido na política de desregulamentação. No entanto, as petições para o *certiori* não indicam que as partes tenham pedido ao tribunal para reconsiderar as questões básicas da deferência, mas apontam para o problema prático do conceito de bolha e a confusão produzida pelas três decisões do Circuito D.C com a alegação de ter o tribunal de apelações ultrapassado os limites do *judicial review* (MERRIL, 2017, p. 268)[17].

Na sua investigação do julgado pela Suprema Corte, Thomas Merril (2017, p. 268) menciona que nada indica, quanto aos argumentos apresentados para o mérito e na visão da Suprema Corte, que o caso seria visto como um meio para declarações importantes sobre a interpretação estatutária. No entanto, o Justice Stevens pode ter sido influenciado pelos argumentos do Procurador-Geral quanto aos temas da qualidade do ar que podia ser melhorada com a adequada acomodação do crescimento econômico, mediante a visão de que as delegações às agências deviam ser vistas de modo diferente (MERRIL, 2017, p. 268). Explica o autor em causa que o Justice Stevens teria desenvolvido o tema da separação dos poderes por conta própria, enquanto que a petição do Procurador-Geral e dos entrevistados afirmava que o Circuito D.C. tencionava colocar os Estados em uma camisa de força federal (PERLINGEIRO, 2015, p. 269-270).

As notas do Justice Blackmun parecem indicar que a decisão seria de 4x3, indicando uma divisão entre os juízes, mas alguns movimentos internos entre componentes da Suprema Corte podem ter pendido para a anunciada decisão unânime, e nos apontamentos examinados consta a informação de que o Justice Burger manifestara a preocupação de que o Circuito D.C. teria ido bastante longe, e a Suprema Corte teria que resolver isso. Sem adentrar nos detalhes colhidos, a certeza é que a Suprema Corte estava dividida, e alguns juízes expressaram dúvidas quanto a um bom resultado, tendo culminado com a atribuição para o Juiz Stevens de preparar o voto que seria ado-

tado (IDEM, p. 270-274).

Em resumo, o decidido pela Suprema Corte em *Chevron* é que não há provas de que o Justice Stevens tenha entendido que seria um caso de mudanças fundamentais, até porque, em algumas ocasiões, ao ser questionado sobre os seus escritos do julgamento, a resposta era que de que teria considerado a questão como uma mera atualização da lei estabelecida (MERRIL, 2017, p. 275)[18].

Tanto é possível assim afirmar que, em um caso de imigração, quando o Departamento de Justiça buscava o apoio em *Chevron* e obter deferência em sua interpretação, o Justice Stevens votou no sentido de que não era apropriada a deferência, pois era *pure question of statutory construction for the courts to decide*. (IDEM, p. 276) [19]. E Thomas Merril (2017, p. 276) aponta que tampouco existem provas de que os demais juízes compreendessem *Chevron* como algo do tipo de decisão transformadora e inicialmente, no período de 1985-86, a Suprema Corte não deu muita importância ao seu precedente e parecia ser destinado à obscuridade, mas, no final da década de 1980, a porcentagem de casos com o exame de sua decisão aumentou muito, para cerca de 40% e no final dos anos 90 já chegava em torno de 60%.

Outras causas também contribuíram para que *Chevron* viesse a adquirir o *status* de um precedente fundamental de Direito Administrativo, o que pode ser atribuído da consideração principal no Circuito D.C., com a migração de juízes (Antonin Scalia) e funcionários para a Suprema Corte (MERRIL, 2017, p. 277-278). O ensaio de Thomas Merril (2017, p. 279) aponta que alguns juízes mais jovens foram tendencialmente favoráveis à adoção, desde logo, da *Doutrina Chevron*, e as preferências políticas podem não ter influenciado, pois a Juíza Patrícia Wald, de origem democrata, nomeada por Carter, foi a responsável pela rápida assimilação do precedente no Circuito D.C.

Aliás, ao estudar a história de *Chevron*, notadamente de que os juízes republicanos nomeados por Reagan no Circuito DC seriam tendentes, à época, a consagrar a *Doutrina Chevron* e, dando maior deferência às agências governamentais, em oposição aos juízes democratas, hoje parece merecer uma nova leitura (MERRIL, 2017, p. 278-279), além do que a consideração quanto à origem do juiz sempre foi tomada como especulações [20]. O fato é que a afirmação de que os juízes republicanos poderiam ter aproveitado a *Doutrina Chevron* como uma arma mais eficaz para defender decisões administrativas controversas (IDEM, p. 279) talvez não fosse, nem à época, um dado preciso e, na atualidade, tampouco o é no âmbito da Suprema Corte, ao considerar eventual peso na ideologia de N. Gorsuch, francamente com posição externada para uma ampla revisão.

A explicação mais plausível que pode ser atribuída à ascensão de *Chevron* foi a atuação dos advogados do Executivo, com forte apelo para defender as posições das agências, notadamente naqueles casos em que o Congresso não teria falado diretamente quanto ao assunto em discussão. No mesmo sentido, os advogados do Executivo, do Departamento de Justiça, atuavam para que *Chevron* fosse um padrão de revisão, e a persistência teria dado resultado, com a consideração dos tribunais para o padrão criado (IDEM, p. 281).

4 O ESCLARECIMENTO DE *CHEVRON* – O CASO *MEAD* E A FASE ZERO

A sedimentação aparente de *Chevron* e sua simplicidade do teste binário, no qual a interpretação da administração encontraria a solução razoável e os tribunais concederiam a deferência, não se sustentou. Aos poucos, conforme anotado por Eduardo Jordão, os tribunais foram confrontados com situações em que a interpretação administrativa não estava escorada em procedimentos formais, a fim de avaliar a devida legitimidade (JORDÃO, 2016b, p. 26).

Em *Mead* (United States v. Mead Corporation, 533 US 218,232 (2001)), o teste binário e aparentemente simples foi deixado de lado, cuidando das complexidades encontradas, e a Suprema Corte afirmou que a deferência de *Chevron* seria devida nas situações em que a intenção do Congresso fosse identificada em consonância com a interpretação da autoridade administrativa nas questões em que tenha força de lei (IDEM).

Desse modo, a partir de *Mead*, o teste binário somente será efetuado caso superada uma fase preliminar, na qual será examinada a intenção do Congresso, no sentido de que a interpretação da agência (autoridade administrativa) fosse dotada de força de lei (IDEM), o que implica delegação de uma camada do Poder Legislativo, algo que parece estar em desacordo com o princípio da separação dos poderes, tão cara aos Estados Unidos, o que será adiante abordado quando da análise do voto de Neil Gorsuch, ainda no Décimo Circuito.

O que foi decidido pela Suprema Corte em *Mead* parece não esclarecer adequadamente como resolver a identificação da suposta intenção, algo que, como diz Neil Gorsuch, é um negócio notoriamente duvidoso nas melhores circunstâncias, de se encontrar em uma instituição composta por 535 membros [Gutierrez-Brizuela v. Lynch. 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016)].

Aliás, um pouco antes de *Mead*, a Suprema Corte já sinalizava o retorno ao debate acerca da delegação de poderes às agências, a exemplo do caso Christiansen v. Harris County (2000)[21], e é um dado a ser elidido, pois o Congresso americano comumente autoriza as a adotar *rules and regulations*, mas não diz especificamente que espécie de regras, se legislativas – e portanto com força de lei – ou não-interpretativas[22].

Assim, sem qualquer direção no texto legislativo, não há, no caso *Mead*, um critério seguro sobre quando é possível o controle judicial dos atos administrativos, mas naquelas hipóteses em que não puder ser identificada a intenção do Congresso; ainda assim não cabe às *Courts* decidirem, desde logo, a matéria, de forma direta. Cabe, nessas situações, adotar a *Deferência Skidmore*. Segundo o assentado pela Suprema Corte em *Mead*, cabe aos tribunais, para uma segura orientação ao decidir para deferência ou não, observar o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto debatido, o que iluminará o esclarecimento da *Court*. O que de diferente tem entre *Skidomore* e *Chevron*, é que a *deferência Skidomore* não atua na base do tudo ou nada, *mas importa a concessão de um peso gradual à opinião da autoridade administrativa em função de seus múltiplos aspec-*

tos. (JORDÃO, 2016b, p. 27).

Na verdade, a experiência especializada de uma agência na administração de um regime legal pode ser muito influente na determinação da persuasão, limitando consideravelmente a liberdade dos tribunais de desconsiderar a decisão da agência (GALLAI, 2003, 757-758)[23]. Uma questão que se afirma é que a decisão em *Mead* causa um aumento na transparência das atividades das agências. Explica-se: Em *Mead* pode existir um aumento de poder direto às *Courts* para supervisionar as ações administrativas e indiretamente, as agências podem definir suas políticas, mas sem desvios, pois devem demonstrar os efeitos persuasivos de suas ações com a necessária transparência (GALLAI, 2003, p. 758).

A tensão existente entre o estado de direito e a flexibilidade na regulação não é nova, pontua Giacomo Gallai (2003, p. 737-738), e estão interligadas, pois ao eliminar a possibilidade de revisão das decisões administrativas das agências, exige a obediência nas formalidades da lei para poder completar a liberdade de estabelecer políticas públicas.

Em *Chevron,* na sua estrutura aparentemente simples e binária, não se abordava a questão de que as interpretações legislativas da administração pública poderiam ser efetivadas por formas diferentes, o que, mais tarde, foi percebido como uma circunstância relevante e não era claro que os tribunais deviam deferência aos atos veiculados de modo informal. Quando a discussão veio, o resultado concreto foi a introdução de uma fase preliminar, um padrão intermediário para o *review de novo* e a *Chevron Deference*, com a consequente promoção da transparência administrativa, dando o fardo às agências de demonstração da existência de delegação do Congresso para proferir decisões com força de lei (GALLAI, 2003, p. 767).

O decidido em *Mead* pode restar afetado em face do ambiente político, notadamente na atualidade, pois a crescente demanda por segurança nacional (nos EUA) tende a favorecer uma maior eficácia da atividade das agências, possivelmente exigindo a diminuição da transparência e um menor escrutínio pelo poder judicial. Nessa luta, entre a segurança e a transparência, o peso de *Mead* será determinado com a capacidade dos tribunais para garantir que o uso da *escape clause* não prive a regra geral da deferência *Skidmore* de sua eficácia e importância (IDEM, p. 757-758).

5 O CASO BRANDON X E A REVOGAÇÃO ADMINISTRATIVA DE UM PRECEDENTE – UM PASSO ADIANTE OU O RETROCESSO ANUNCIADO?

De acordo com os princípios de *Chevron*, no caso conhecido como *Brand X* [National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services. 545. U.S. 967 (2005)], a Suprema Corte americana rejeitou o argumento de que *Chevron* não se aplica quando uma ação da agência entra em conflito com a prática passada e, mais ainda, foi concluído que *Chevron* dita que a interpretação de uma agência no que tange a ambiguidades de uma lei que administra recebe deferência, pois devem ser apoiadas as posições das agências, quando suas políticas derivam da "realidade cotidiana" (MANNI, 2016, p. 384). Em *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, a Suprema Corte decidiu que a interpretação dada por uma agência a um estatuto que administra deve prevalecer se a lei for ambígua e a interpretação da agência for razoável. Em *National Cable Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services* [545. U.S. 967 (2005)], o Tribunal deu um passo adiante e considerou que, se o teste *Chevron* em duas etapas estiver satisfeito, a interpretação de uma agência deve prevalecer mesmo quando um tribunal tiver adotado uma interpretação contrária no passado.

Ao que exsurge de *Brand X*, a agência obtém uma espécie de autoridade legislativa delegada, dado que pode anular um precedente judicial em favor da interpretação preferida da agência executiva. No entanto, o Décimo Circuito decidiu um pouco diferente e afirmou que a interpretação de uma agência deve aguardar a opinião de um tribunal, ou seja, a interpretação de uma agência não surtirá efeitos enquanto o tribunal não retirar o precedente legal [Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142 (10º Cir. 2016)].

Desse modo, a decisão recente do Décimo Circuito pode conduzir a uma reinterpretação da *Doutrina Chevron*. Efetivamente, o voto do juiz relator resta acompanhado, embora com opiniões distintas pelo Juiz Neil Gorsuch, agora Justice da Suprema Corte e trará maiores reflexões e implicações em sua judicatura na mais alta *Court* americana [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)][24].

Quanto ao caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, o problema interpretativo consiste na definição de qual é a regra prevalente em dois dispositivos da lei de imigração. A lei de imigração dos Estados Unidos parece conter duas disposições conflitantes: U.S.C. §§ 1255(i)(2)(A) e 1182(a)(9)(C)(i)(I). A primeira norma legal concede ao Procurador-Geral a possibilidade de ajustar o *status* daqueles que tenham entrado ilegalmente no país e lhes permitir residir legalmente (De Niz Robles, 803 F.3D at 1167). A segunda norma estipula que aqueles que tenham ingressado ilegalmente nos Estados Unidos, por mais de uma vez, são categoricamente proibidos de obter o direito de residir legalmente, a não ser que cumpram um período de espera de dez anos fora das fronteiras americanas.

A deferência ao Procurador-Geral para decidir os pedidos de amparo já configura um precedente do Décimo Circuito de 2005, ao decidir que a autoridade em questão detinha o poder legal de dar amparo sem exigir o período de espera de dez anos (*Padilla-Caldera v. Gonzales* (*Padilla-Caldera I*), 426 F.3d 1294, 1299-1301 (10th Cir. 2005)) [25]. No entanto, a interpretação do Décimo Circuito não foi a última palavra, pois a agência de imigração, a *Board of Immigration* (BIA) ofereceu, em 2007, uma opinião no sentido de que, por uma questão de discrição política, a tensão entre os dispositivos legais deveria ser resolvida em desfavor do Procurador-Geral para avaliar os pedidos de ajuste de *status* (*Briones*) [*In re* Briones, 24 I. & N. Dec. 355, 370–71 (B.I.A. 2007) (GORSUCH, 2016, p. 914)][26]. Portanto, a decisão administrativa da BIA estava em conflito direto com o precedente do Décimo Circuito (Padilla-Caldera I).

Posteriormente, em um caso que chegou ao Décimo Circuito, quando a agência de imigração adotou a nova regra anunciada (*Briones*), o tribunal concluiu que as duas diretrizes legais eram ambíguas. Destarte, em face da segunda fase do

teste adotado em *Chevron*, presumia-se a delegação pelo Congresso à autoridade administrativa para fazer uma escolha política razoável decorrente da suposta ambiguidade da lei. Logo, conjugando com a extensão de *Brandon X*, ao tribunal cabe anular a própria interpretação da lei já fixada [*Padilla-Caldera v. Holder* (*Padilla- Caldera II*), 637 F.3d 1140, 1148-52 (10th Cir. 2011)].

Destarte, depois desse último caso, ao dar deferência a BIA, a regra é de que todos os futuros peticionários devem satisfazer o período de espera de dez anos sem solicitar o amparo do Procurador-Geral. No entanto, ainda há o problema para ser resolvido a quem solicitou o amparo do Procurador-Geral quando ainda estava em vigor o precedente *Padilla-Caldera I*, ou seja, antes da interpretação administrativa de *Briones*. No caso *De Niz Robles*, a BIA quis dar efeito retroativo ao que deliberou em *Briones*, mas o Décimo Circuito não concedeu a deferência, pois uma nova regra de aplicabilidade geral ao abrigo da *teoria Chevron* e de *Brandon X*, ou seja, de autoridade legislativa delegada, deve valer para o futuro (prospectividade). É a opinião de Neil Gorsuch (2016, p. 912), quando alude que os fundadores dos EUA foram enfáticos ao dispor que a legislação deve geralmente surtir efeitos prospectivos e que há uma presunção tão antiga quanto a *common law* de que toda legislação, seja de ordem criminal ou civil, deve afetar apenas o futuro e não o passado.

E quanto à última questão em aberto, Hugo Gutierrez-Brizuela requereu o ajuste de seu *status* com base do que o Décimo Circuito fixou em Padilla-Caldera I, quando ainda vigia o precedente no tribunal [27], não obstante após a decisão administrativa de *Briones*. O que se viu é que a agência de imigração quis fazer valer a sua posição administrativa com efeitos retroativos, pois já havia efetuado o anúncio da nova interpretação ao regime legal de imigração.

Conforme assentado no julgamento, o precedente continuava vinculando no âmbito do Décimo Circuito, até o momento em que decidiu por sua retirada, ou seja, ao decidir o caso *Padilla-Caldera* e passou a vigorar a interpretação administrativa de *Briones*.

A questão básica extraída do voto do relator é que os precedentes judiciais devem ser respeitados, pois as pessoas possuem o direito de confiar nas regras fixadas pelos tribunais enquanto assim permanecerem. Por outro lado, caso restasse permitido às agências alterar as regras do jogo no curso dos litígios, os prejuízos seriam muito maiores: há os custos associados ao grau de incerteza a uma classe inteira de pessoas com interesses em jogo, qual seja, o direito em potencial de permanecer legalmente nos Estados Unidos da América e os problemas do devido processo legal, entre eles a pretensa aplicação retroativa de uma regra.

Por isso, a solução proposta pelo relator foi no sentido de que o precedente da *Court* permanece enquanto não for revogado pelo tribunal, mas as agências administrativas podem efetivamente anular os precedentes judiciais, contudo, sua aplicação será apenas para o futuro.

Quanto ao voto de Neil Gorsuch, há inúmeras críticas, as quais certamente vão nortear o futuro debate nos tribunais e na Suprema Corte. O Juiz Gorsuch começa com muita ênfase, afirmando: *There's an elephant in the room with us today. We have studiously attempted to work our way around it and even left it unremarked. But the fact is* ***Chevron*** *and* ***Brand X*** *permit executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power and concentrate federal power in a way that seems more than a little difficult to square with the Constitution of the framers design. Maybe the time has come to face the behemoth (Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149)*[28].

O Juiz Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)][29] lembra a ideia subjacente da teoria da separação dos poderes, notadamente para proteger o cidadão contra a indevida invasão governamental em face das liberdades do povo, incluindo-se aqueles que foram enumerados posteriormente na Declaração de Direitos, o famoso *Bill Of Rights*. Há um questionamento bem incisivo pelo Juiz Gorsuch (Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*), ao aventar a possibilidade do que poderia acontecer na hipótese de uma eventual maioria política no Legislativo e de o Executivo decidir casos e controvérsias do passado, ou quando os juízes não respeitassem as decisões políticas e pudessem decidir as questões da política para o futuro ou até mesmo executar as políticas (GORSUCH, 2016, p. 913). Portanto, justamente para evitar esses tipos de perigo que foi idealizada a separação de poderes, com os poderes difusos e um governo menos capaz de invadir as liberdades do povo.

Para o Justice Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)], o alcance de *Brand X* ao abrir a possibilidade de uma nova interpretação administrativa alterar o precedente judicial é um fator de risco e configura uma espécie de super tribunal de recursos, algo que pode ser enquadrado como uma revisão inconstitucional de uma interpretação judicial da lei. Assim, quando os ramos políticos discordam de uma interpretação judicial da lei, a Constituição prescreve o processo corretivo apropriado, qual seja, uma nova legislação [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)].

O princípio do *stare decisis*, enfatiza Neil Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)], sempre muito reverenciado pelos autores da Constituição, justamente porque conheciam sua importância de configurar uma arma contra a tirania. Portanto, *Brandon X* corre o risco de atropelar o projeto constitucional mediante a concessão às agências executivas para anular, de forma prospectiva, uma declaração judicial

Quando o Congresso edita uma lei e confere o diploma legal para a administração de uma agência governamental e o texto legislado resta ambíguo, parece ter delegado implicitamente às autoridades administrativas o poder de interpretação da norma.

quanto ao significado da lei, o que a legislação poderia fazê-lo, mas sem os inconvenientes do processo legislativo que a Constituição prescreve.

E o segundo passo de *Chevron* quando informa aos juízes para permitir às agências executivas resolverem o significado de qualquer disposição legal ambígua parece não ser menos do que uma doutrina feita para que o juiz abdique do dever judicial de interpretar as disposições estatutárias e as ações das agências quando sejam inconsistentes com essas interpretações, pontua o Juiz Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)]. Em *Chevron*, o problema é que os tribunais não estão cumprindo com seu dever de interpretar a lei e declarar as ações das agências inválidas ou inconsistentes com essas interpretações nos casos que lhes são submetidos (Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) [Gorsuch, J., *concurring*)].

A sedimentação aparente de Chevron e sua simplicidade do teste binário, no qual a interpretação da administração encontraria a solução razoável e os tribunais concederiam a deferência, não se sustentou.

Ainda, Gorsuch busca apoio nas disposições da APA, 5 U.S.C. § 706, para argumentar que parece restar desmentido as suposições de *Chevron*, pois o Congresso teria textualmente investido os tribunais com a responsabilidade de interpretar disposições estatutárias [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)]. E nada teria dito o Congresso com a pretensa delegação do seu poder legislativo às agências executivas, o que chama de ficção [(Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)].

E vai além. Afirma que, mesmo na suposição de que houvesse algo parecido com uma delegação parlamentar de autoridade legislativa, a questão é se o Congresso poderia realmente delegar sua autoridade legislativa, o poder de escrever novas regras de aplicação geral? Ora, com base em precedente da Suprema Corte, o Congresso não pode delegar o Poder Legislativo ao Presidente, pois esse princípio é universalmente reconhecido como vital para a integridade e a manutenção do sistema de governo regido pela Constituição [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)][30]. Na mesma linha, sustenta que o propósito de *Chevron* parece estar em desacordo com a teoria da separação dos poderes, das funções legislativas e executivas, bem como em seus efeitos [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)].

Claro, o Juiz Neil Gorsuch aduz que o Congresso pode permitir ao Executivo fazer novas regras de aplicação geral, algo parecido com a legislação, desde que essa contenha um princípio claramente da política geral que a agência deve aplicar e os limites da delegação de autoridade, ou seja, o Congresso deve ao menos fornecer orientações substanciais acerca da configuração.

Em seu voto, o Justice Gorsuch entende que o princípio da separação dos poderes pode restar afetado com *Chevron*, e a acumulação de poderes pode soar perigosa, justamente por não ocorrer em um único dia, mas vem lentamente e decorre do desrespeito das restrições impostas pela Constituição.

O Juiz Gorsuch afirma a suspeita entre a *Chevron* e a compatibilidade com a separação dos poderes, pois a própria Suprema Corte já decidiu no sentido de que não deva ser aplicada a *Deferência Chevron* nos casos em que as agências buscam interpretar as leis criminais (Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*). E assim seria por uma razão muito simples, pois as *Courts* estariam abdicando do papel de dizer o que é a lei e de exercer de forma independente a interpretação dos estatutos. Portanto, não parece existir uma lógica da não aplicação do mesmo princípio nas leis de natureza puramente civil. Afinal, a APA não faz distinção entre as leis puramente civis e outros tipos de leis ao descrever os deveres interpretativos dos tribunais.

E a linha que separa as leis criminais das de natureza civil é muito tênue, uma vez que o teste de equilíbrio é complicado para administrar, pois sugere um teste composto por sete fatores não exclusivos para distinguir as penalidades legais dentre as de natureza civil e criminal [31].

Além de tudo isso, pontua Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)], o precedente *Mead* é um dos exemplos práticos da administração de *Chevron*. Conforme anota, a Suprema Corte acrescentou um *step zero*, quando então, para os tribunais decidirem sobre aplicar ou não a *Deferência Chevron*, passa a ser exigido um teste de equilíbrio multifatorial, nem sempre fácil de ser elidido. E em segundo lugar, algumas questões nunca foram resolvidas, afirma Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)], entre elas a de decidir se o Congresso falou diretamente quanto a questão ou se deixou ambíguo, o que deveria ser consultado? Somente a linguagem da lei? A estrutura e história? Os Cânones de interpretação? Os relatórios dos Comitês? Todas os pedaços da história legislativa devem ser desencavados? E anota Gorsuch [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)]: já foram identificadas por alguns ao menos três variantes em potencial da jurisprudência da Suprema Corte para definir a linha entre o primeiro e o segundo passo do teste *Chevron*.

E o Justice Gorsuch não está sozinho nas críticas, pois há cada vez mais juízes e acadêmicos levantando questões fundamentais sobre se *Chevron* deveria existir, e não é novidade o ceticismo quanto à deferência. Tanto que, em 2015, o Justice Clarence Thomaz, em voto que acompanhou a decisão da Corte, mas com razões distintas, chegou a questionar a constitucionalidade da *Doutrina Chevron* [Michigan v. EPA, 135 S. Ct. 2699, 2712–14 (2015) (Thomas, J., *concurring*)] (POJANOWSKI, 2016, p. 1078)[32].

Antes de discutir o que mudaria para o Direito Administrativo a substituição da deferência em *Chevron*, o tribunal deveria rever as questões legais e identificar o que provavelmente permaneceria em face do abandono da *Doutrina Chevron* (IDEM, p. 1080). Muito pouco deve ser alterado, pois as revisões legais do que não é elegível para a deferência *Chevron* permaneceriam iguais, pois ou a agência não administra o estatuto em

questão ou a sua interpretação não será deferida no teste multifatorial de *Mead* ou as interpretações legais das agências já estariam sob o precedente do padrão de *Skidmore* (POJANOWSKI, 2016, p. 1080). (IDEM).

Além disso, o impacto do possível abandono de *Chevron* depende de identificar o quão rigorosamente os tribunais aplicam o primeiro passo na atualidade e se eles devem utilizar todas as ferramentas interpretativas usuais à sua disposição e considerar não apenas a provisão em questão, mas também o texto mais amplo e a estrutura do ato e talvez até outra legislação relacionada ou similar (IDEM).

Em suma, será muito difícil dar razão à administração quando o juiz concluir que a agência interpretou de uma forma, mas não era a melhor com outra concorrente. Na afirmação de Antonin Scalia, uma pesquisa tão rigorosa faria de *Chevron a doctrine of desperation* (IDEM, p. 1078)[33].

Portanto, é possível afirmar, a *Doutrina Chevron* deverá ser revista, pois uma revisão judicial do significado da lei limitaria a capacidade de uma agência alterar a lei já existente e evitaria os problemas com o devido processo, restaurando a confiança e permitindo aos cidadãos organizarem os seus negócios, com a necessária garantia de que o tapete não lhes seria retirado amanhã, nos próximos dias ou após as próximas eleições [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)]. E por fim, um mundo sem *Chevron* pouco mudaria, exceto talvez as coisas mais importantes [Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., *concurring*)].

6 CONCLUSÃO

Muito embora o sistema jurídico dos Estados Unidos seja o da *common law* e exista a consagração da teoria do precedente, a Suprema Corte não guarda fidelidade extrema aos seus julgados, pois pode mudar a regra do Direito criada, seja ao passar a desconsiderá-lo totalmente, seja ao dar um sentido diverso de sua concepção original.

No campo da Suprema Corte, assim já ocorreu em inúmeros precedentes, como o caso da pena de morte e do aborto, nem é possível afirmar que um Justice venha a seguir uma diretriz partidária de sua origem, pois uma vez nomeado juiz, passa a agir com total independência.

Além disso, os precedentes dos tribunais podem ser revogados por lei do Congresso. Em alguns casos, como decidido em *Brandon X*, existe a possibilidade de a decisão da autoridade administrativa revogar um precedente judicial, o que não é isento de críticas.

Quanto à *Doutrina Chevron*, a sua conformação original já não mais persiste, e as sucessivas discussões na Suprema Corte alteraram muito de sua concepção primeira, como foi o caso da inserção do *step zero*.

E a doutrina norte-americana está sendo muito crítica com a *Deferência Chevron*, o que parece refletir um momento bastante particular na política dos Estados Unidos. A escolha de um novo juiz para a Suprema Corte americana, com senso crítico daquele precedente é um indício muito forte de que, em breve, deverá ser revista a *Deferência Chevron*. Depois, a composição da Suprema Corte americana já não é mais aquela que decidiu originalmente *Chevron*, além do que sucessivos julgamentos questionam o alcance da *Deferência Chevron*.

Qual será a medida da revisão? Ao que indicam a doutrina pesquisada e o caso decidido no Décimo Circuito pelo Justice Neil Gorsuch, aponta-se para um possível retorno a *Skidomore*. Assim, será exigida dos tribunais uma apreciação mais rigorosa quanto aos fundamentos das decisões administrativas, com o cuidado ao devido processo e investigação de qual seria a melhor decisão.

NOTAS

1 No original: *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC is one of the most famous cases in administrative law, but it was not regarded that way when it was decided*. O ensaio original de Thomas Merril foi parcialmente modificado para acrescentar algumas informações e revisões mais atualizadas, segundo informa Charles Evans Hughes, Professor da *Columbia Law School*. (MERRIL, 2017, p. 253, em nota explicativa).

2 Para Ricardo Perlingeiro (2017, p 186), ao comentar sobre a deferência administrativa e controle judicial intenso, um Judiciário generalista *pode se sentir tentado a agir como as* courts *americanas, abstendo-se de controlar as questões fáticas das decisões administrativas, e limitando-se a uma revisão de legalidade e (principalmente) formal das decisões impugnadas*. Ao longo deste ensaio, pode ser vislumbrado que o sistema judicial dos Estados Unidos está propenso a exercer um controle judicial com mais intensidade do que até então fazia e a uma tendência de esvaziar ou reinterpretar a *Doutrina Chevron*, com fortes críticas tanto da Doutrina como dos tribunais.

3 Decisão da Suprema Corte, 467 U.S. 837 (1984). 842-843.

4 Em igual sentido, *vide* p. 255. Explica Sérgio Guerra (2010, p. 7), *na verdade, a aplicação do princípio da razoabilidade não identifica efetivamente um parâmetro ou critério* único *para aplicação a todos os casos decididos pelas Agências Reguladoras. No entanto, em geral, os tribunais estadunidenses respeitam as decisões das entidades reguladoras, diante do reconhecimento da capacidade técnica e científica detida pelas Agências* (judicial deference).

5 Eduardo Jordão (2016a, p. 207-208) anota que a não deferência *pode resultar de um cânone de interpretação segundo o qual devem ser evitadas leituras que causem problemas constitucionais quando a legislação permitir alternativas menos problemáticas* […] *e pode ser invocado independentemente de* Chevron *ou através do Passo 1 do seu teste bifásico. Nesse último caso o tribunal afirmará, então, que não há ambiguidade legislativa, na medida em que apenas uma alternativa interpretativa é possível em face da Constituição*.

6 A doutrina também fez críticas ao decidido em *Chevron*, e Richard Willard afirma que a Suprema Corte parece ter resolvido o caso de uma certa forma desajeitada, o que seria até não intelectualmente justificado, pois o *step two* seria o típico caso de discrição (STARR, 1987, p. 376-377).

7 José Guilherme Giacomuzzi (2017, p. 179) pontua que todo regulamento administrativo contém ambiguidades e a posição da Suprema Corte, no que tange às interpretações das agências sobre os seus regulamentos (*agency-administered statutes*), antes de 1984, era muito flexível, e existiam duas linhas argumentativas para instruir as cortes sobre o correto papel judicial no controle dos atos administrativos tomados pelas agências.

8 A propósito, Scalia (1989, p. 517) afirmou em sua palestra: *Certamente, parece-me que referido procedimento tiraria da* Chevron *uma de suas maiores vantagens, do ponto de vista da teoria governamental, a de permitir necessária flexibilidade, assim como participação política apropriada, no processo administrativo* (tradução nossa). No original: *Indeed, it seems to me that such an approach would deprive Chevron of one of its major advantages from the standpoint of governmental theory, which is to permit needed flexibility, and appropriate political participation, in the administrative process.*

9 Vide 5 U.S. Code § 706 – [...] *Scope of review* [...] *The reviewing court shall– (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be– (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;* [...]. Esclarece Sérgio Guerra: *foi com a edição do* Administrative Procedure Act,

em 1946, que se uniformizou o tratamento dispensado às *Agências Reguladoras. Esse* act *definiu as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência,* à *exceção do Congresso e dos Tribunais. O* judicial review *funciona, assim, com uma instância revisora das Agências Reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de forma singular* (adjudication making) *ou normativa* (rulemaking). *Nesse contexto, o* Administrative Procedure Act*, de 1946, contém na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme o direito* (GUERRA, 2010, p. 7). Anota Gustavo Binenbojm (2007, p. 203), [...] *o Judiciário norte-americano tem tido um papel crescente no controle das agências reguladoras. A chamada* hardlook doctrine *foi desenvolvida para permitir ao Judiciário se desincumbir das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo* Administrative Procedure Act – APA – *garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito [...] e invalidar decisões 'arbitrárias ou caprichosas'*.

10 As agências possuem limites em suas ações. *Há salvaguardas para abuso e arbitrariedade na regulamentação, dados o* judicial review *e o controle do Legislativo. O Congresso reservou-se o direito de exigir em certos casos formalidade por parte das agências, que devem ouvir testemunhas e coletar provas no procedimento de formulação de regras.* [...] *Regras interpretativas também são produzidas pela administração. Trata-se de normas para aplicação de regras legislativas em casos especiais, não previstos pelo legislador da norma geral.* [...] *As agências públicas também exercem funções julgadoras* (adjudicatories) *no direito constitucional norte-americano, tendo poder de determinar direitos e obrigações a particulares com base na aplicação dos regulamentos a caso específico* (GODOY, 2004, p. 117-118).

11 É claro, quando a ação administrativa da agência adota uma posição legal em assuntos que não sejam dela, o posicionamento não está qualificado para subsunção ao tratamento conferido em *Chevron* (SCALIA, 1989, p. 519).

12 Assim já foi decidido: *Sudden and unexplained change, or change that does not take account of legitimate reliance on prior interpretation, may be arbitrary, capricious [or] an abuse of discretion, and therefore unworthy of deference.* [Smiley v. Citibank (S.D.), N.A., 517 U.S. 735, 742, 116 S. Ct. 1730, 135 L. Ed. 2d 25 (1996)].

13 Para o assunto, *vide* Bernstein (2016, p. 44-45).

14 Quanto ao assunto, *vide* Merril (2016, p. 264-265).

15 Eduardo Jordão (2016a, p. 202) explica que daí surge o chamado "*buble concept of stationaryu source*".

16 Quanto ao assunto, *vide* Merril (2017, p. 265). Aliás, a ironia é que Anne Gorsuch Burford, mãe do novo Justice Neil Gorsuch estava à frente da *EPA* à época da nova regulação, tanto que consta como demandada nos registros do Circuito D.C.

17 A propósito, Ricardo Perlingeiro (2015, p. 321) esclarece que *a possibilidade de revisão judicial* (judicial review)*, notadamente no que diz respeito à margem de apreciação de fatos e aos Poderes Discricionários, tende a limitar-se aos casos em que a decisão administrativa ofende a razoabilidade ou os direitos fundamentais.*

18 Notadamente à nota de rodapé n. 77 do texto em comento (MERRIL, 2017, p. 275).

19 INS v. Cardozo-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987). Alguns anos após, o Justice Stevens ainda escreveu uma opinião concorrente em que outra vez assumiu a posição de que *Chevron* não se aplica a questões puras de Direito (*Negusie v. Holder*, 129 S. Ct. 1159 (2009) (MERRIL, 2017, p. 276).

20 *Vide* comentários na nota de rodapé n. 93 do texto referido (MERRIL, 2017, p. 279).

21 529 U.S. 576 (2000). O pronunciamento da *Court* em *Christensen* esclareceu que persiste a aplicação em primeiro da Doutrina da Deferência articulada anteriormente em *Skidmore* e representa um recuo claro da Doutrina *Chevron*. Para maior desenvolvimento quanto ao tema específico, *vide* Gallai (2003, p. 737-738).

22 Cf. Giacomuzzi (2017, p. 183 et seq.).

23 Conforme anota o autor citado, é o que foi decidido em Heartland By-Products, Inc. v. United States, 264 F.3d 1126 (Fed. Cir. 2001) (GALLAI, 2003, p. 757-758).

24 A expressão *concurring* significa que é a opinião que acompanha o voto vencedor mas com fundamentação distinta (GOYOS JÚNIOR, 2006, p. 107).

25 Substituído por 453 F.3d 1237, 1242-44 (10th Cir. 2006).

26 Segundo *Briones*, a BIA sustentava que o regime legal era ambíguo e que no passo 2 de *Chevron* gozava do direito de exercer seu próprio *delegated legislative judgment*, e que, por questões de política, preferiu uma abordagem diferente, podendo impor sua nova política de forma retroativa às pessoas, como o sr. De Niz Robles (GORSUCH, 2016, p. 914-915).

27 Um precedente que fixa uma regra de Direito no sistema dos Estados Unidos permanece em vigor (precedente vinculativo) enquanto não for determinada a sua retirada dos precedentes ou lei posterior vier a substituí-lo.

28 Em tradução livre: *Há um elefante na sala conosco hoje. Tentamos contorná-lo e mesmo deixá-lo passar despercebido. Mas o fato é que* Chevron *e* Brand X *permitem que burocracias executivas engulam enormes quantias de poderes legislativos e judiciais e concentrem poder federal de modo que parece mais do que um pouco difícil de alinhar com a Constituição no* design *de quem legislou. Talvez tenha chegado a hora de encarar o gigante*. A palavra *behemoth* usada no escrito de Gorsuch pode melhor ser traduzida como gigante, mas também serve para descrever uma espécie de animal, provavelmente um hipopótamo que foi referido no Livro de Jó (Velho Testamento) ou como uma criatura ou coisa de grandes dimensões.

29 Aliás, é a opinião de Neil Gorsuch (2016, p. 909), sobre a separação de poderes deliberadamente escolhida pelos autores da Constituição, quando fizeram uma separação cuidadosa das funções de cada poder, notadamente ao descrever, em artigos distintos, cada um deles.

30 E faz referência ao caso *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892).

31 *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99-100 (1997) (suggesting the use of a balancing test composed of seven non-exclusive factors to tell the difference between civil and criminal statutory penalties). A propósito, consta no referido acórdão da Suprema Corte: *In making this latter determination, the factors listed in Kennedy v. Mendoza Martinez, 372 U.S. 144, 168–169 (1963), provide useful guideposts, including: (1) "[w]hether the sanction involves an affirmative disability or restraint"; (2) "whether it has historically been regarded as a punishment"; (3) "whether it comes into play only on a finding of scienter"; (4) "whether its operation will promote the traditional aims of punishment–retribution and deterrence"; (5) "whether the behavior to which it applies is already a crime"; (6) "whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it"; and (7) "whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned." It is important to note, however, that "these factors must be considered in relation to the statute on its face," id. at 169, and "only the clearest proof" will suffice to override legislative intent and transform what has been denominated a civil remedy into a criminal penalty, Ward, supra, at 249* [...].

32 O autor ainda cita que o Chief Justice Roberts expressou o desconforto da abnegação judicial com o crescimento da máquina administrativa e no mesmo rumo as críticas dos Professores Philip Hamburger, Jack Beermann, Michael Herz e da Professora Aditya Bamzai (POJANOWSKI, 2016, p. 1079).

33 Referindo ao caso *Immigration & Naturalization Serv. v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 454 (1987) (Scalia, J., concurring).*

REFERÊNCIAS

BERNSTEIN, Anya. Differentiating deference. *Yale Journal on Regulation, New Haven,* v. 33, n.1, p. 2-53, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina*: estudos em homenagem a Augstin Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GALLAI, Giacomo. United States v. Mead Corp.: will administrative transparency survive the increasing demand for national security? *Pepperdine Law Review*, Malibu, v.30, n. 4, p. 725-768, 2003.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Os poderes das agências americanas e judicial review – leading case e básicas observações. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v.30, n. 90, p. 169-184, jun. 2003. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/ Infobase/20db5/20e13/21311?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 27 jul. 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

GORSUCH, Neil M. Of lions and bears, judges and legislators, and the legacy of justice Scalia. 905-920. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 66, n. 4, p. 905-920, 2016.

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *Dicionário jurídico Noronha*: inglês-português, português-inglês. 6. ed. São Paulo: Observador Legal, 2006.

GUERRA, Sérgio. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. *REDAE*: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador,

n. 21, p. 7, fev./abr. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/ revista/redae-21-fevereiro-2010-sergio-guerra.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.
HYLTON, Keith N. *Gorsuch versus Scalia:* how will antitrust change? Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/ antitrust_source/ apr17_hylton.authcheckdam.pdf >. Acesso em: 17 jul. 2017.
JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa:* a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016a.
_____. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Público*: RBDP, Belo Horizonte, v 14, n. 52, p. 9-43, jan./mar. 2016b.
MANNI, David P. National cable & telecommunications ass'n v. brand x internet services: a war of words, the effect of classifying cable modem service as an information service. *Moorad Sports Law Journal,* Villanova, PA, v. 13 p. 353-389, 2006.
MERRIL, Thomas W. *The story of chevron*: the making of an accidental landmark. Disponível em: <http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2016/ 11/66.2.3-Merrill-Chevron.pdf >. Acesso em: 18 jul. 2017.
PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 40, v. 239, p. 293-331, jan. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2511545>. Acesso em: 23 jun. 2017.
_____. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2919991>. Acesso em: 27 jul. 2017.
POJANOWSKI, Jeffrey A. Without deference. *Missouri Law Review*, Columbia, MO, v. 81, n. 4, p. 1075-1093, Fall 2016.
SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretation of law. *Duke Law Journal*, Durham, NC, v. 38, n. 3, p. 511-521, June 1989.
STARR, Kenneth W. et al. Judicial review of administrative action in a conservative era. *Administrative Law Review*, Washington, n. 39, p. 353-398, 1987.
TABELA DE CASOS
Gutierrez-Brizuela v. Lynch. 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016).
467 U.S. 837 (1984).
Smiley v. Citibank (S.D.), N.A., 517 U.S. 735, 742, 116 S. Ct. 1730, 135 L. Ed. 2d 25 (1996).
Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).
INS v. Cardozo-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987).
Negusie v. Holder, 129 S. Ct. 1159 (2009).
United States v. Mead Corporation, 533 US 218,232 (2001).
Gutierrez-Brizuela v. Lynch. 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016).
Heartland By-Products, Inc. v. United States, 264 F.3d 1126 (Fed. Cir. 2001).
National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services. 545. U.S. 967 (2005).
545. U.S. 967 (2005).
Gutierrez-Brizuela v. Lynch, 834 F.3d 1142 (10º Cir. 2016).
Padilla-Caldera v. Gonzales (*Padilla-Caldera I*), 426 F.3d 1294, 1299-1301 (10th Cir. 2005), e substituído por 453 F.3d 1237, 1242-44 (10th Cir. 2006).
Padilla-Caldera v. Holder (*Padilla- Caldera II*), 637 F.3d 1140, 1148-52 (10th Cir. 2011).
Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149.
Marshall Field & Co. v. Clark, 143 U.S. 649, 692 (1892).
Hudson v. United States, 522 U.S. 93, 99-100 (1997).
Michigan v. EPA, 135 S. Ct. 2699, 2712–14 (2015) (Thomas, J., *concurring*).
Immigration & Naturalization Serv. v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 454 (1987) (Scalia, J., concurring).

Artigo recebido em 19/10/2017.
Artigo aprovado em 17/11/2017.

Paulo Roberto Binicheski é promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, titular da 1ª Promotoria de Defesa do Consumidor.