

e.
publica
public law journal

Os casos Chevron e Mead - Análise e crítica analítica

Chevron and Mead - An analytical approach

Pedro Santos Azevedo

Vol. 9 No. 1
abril 2022
e-publica.scholasticahq.com

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

OS CASOS CHEVRON E MEAD - ANÁLISE E CRÍTICA ANALÍTICA

CHEVRON AND MEAD - AN ANALYTICAL APPROACH

PEDRO SANTOS AZEVEDO¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
pdsazevedo@hotmail.com

Sumário: 1. O Caso Chevron U.S.A., Inc. V. Natural Resources Defense Council, Inc.; 1.1. Contexto e decisão; 1.2. A deferência Chevron e a «Two Step Doctrine»; 1.3. Objeto e pressupostos; 1.4. Problematização da «Two Step Doctrine» no caso Chevron; 1.5. O primeiro teste (t1): a «ambiguidade»; 1.5.1. Hipótese i): questão não regulada especificamente pelo ordenamento jurídico; 1.5.2. Hipótese ii): questão diretamente regulada pelo ordenamento jurídico de forma não ambígua; 1.5.3. Hipótese iii): questão diretamente regulada pelo ordenamento jurídico de forma ambígua; 1.6. O segundo teste (t2): a «razoabilidade»; 1.6.1. A incidência e consequências de t2; 1.6.2. Análise da «razoabilidade»; 1.7. Consequências da concessão de deferência Chevron; 2. O Caso United States V. Mead Corp.; 2.1. Contexto e decisão; 2.2. O caso Skidmore; 2.3. Crítica ao caso Mead; 3. Conclusões

Resumo: O presente estudo aborda a questão da deferência judicial, no famoso caso *Chevron*, em diálogo com a decisão subsequente do caso *Mead*, decididos, em última instância, pelo Supremo Tribunal de Justiça Estados Unidos da América. Procura alternar-se a apresentação dos casos e as ideias clássicas a estes associados com uma análise e crítica de uma perspectiva analítica, com o objetivo de assinalar os elementos que nos parecem menos corretos nas decisões e no *reasoning* por detrás das mesmas, procurando, ao mesmo tempo, apresentar visões e raciocínios alternativos, que supram essas falhas e fortaleçam a cientificidade que se pretende de uma decisão judicial.

Abstract: This text addresses the issue of judicial deference, in the famous *Chevron* case, in dialogue with the subsequent ruling in the *Mead* case, both ultimately decided by the United States Supreme Court of Justice. The presentation of the cases and the classical ideas associated with it is combined with an analysis and critique from an analytical standpoint, in order to pin out the elements and reasoning that are questionable in the foresaid decisions, while, at the same time, looking to present alternative views and reasoning, to address these flaws and strengthen the intended scientificity of these judicial decisions.

Palavras-chave: Deferência judicial; discricionariedade; atribuição de competência; teoria analítica do direito

Keywords: judicial deference; discretion; competence; analytic legal theory

1. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Este trabalho incide em especial sobre dois casos célebres na jurisprudência administrativa norte-americana – o caso *Chevron* e o caso *Mead*. A questão de fundo desenvolve-se em torno da chamada «*deferência judicial*», ou «*judicial deference*», na expressão original, e, implicitamente, em torno da forma como os diferentes poderes – tipicamente, ainda que de forma contingente, o legislativo, executivo e judicial – interagem entre si.

Nos dois casos abordados – ao qual se junta um terceiro, o caso *Skidmore*, e um importante voto de vencido do *Justice*² Scalia no caso *Mead* – está em causa a decisão sobre em que condições pode, ou deve, o poder judicial, nomeadamente o Supremo Tribunal norte-americano³, interferir numa decisão administrativa, que é, por sua vez, emitida num determinado enquadramento normativo ditado pelo Congresso norte-americano, no exercício do seu poder legislativo.

Aborda-se a questão de um ponto de vista mais tradicional e alinhado com aquilo que foi decidido e com aquilo que alguma doutrina subsequente escreve, passando-se posteriormente para uma abordagem mais analítica, tentando decompor os fatores que compõem a decisão e compreender a melhor forma de a analisar, em busca de uma solução jurídica sustentada e que respeite critérios de cientificidade.

1. O caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*

1.1 Contexto e decisão

Na década de 80, em concreto no ano de 1984, o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América (doravante, também designado apenas por «Supremo») julgou aquele que viria a ser conhecido como o caso *Chevron*⁴ (doravante, também designado apenas por «*Chevron*»), numa das decisões judiciais mais famosas de sempre na história da

2. «Generally, judges on the highest court in a jurisdiction are called justices, while trial judges and intermediate appeals court judges are not (...) In the federal system, judges on the United States Supreme Court are called justices, while judges on the federal district courts and courts of appeal are judges.» Sobre o tema, cfr. J. BOATRIGT, «The history, meaning, and use of the words Justice and Judge», *St. Mary's Law Journal*, Volume 49, pp. 727-748, em especial p. 741 (citação) e pp. 741-748 (relativamente à distinção na atualidade).

3. Sobre o *Supreme Court*, a obra de BICKEL que, ainda que especificamente orientada à defesa de uma determinada conformação da relação entre os vários poderes, nomeadamente o jurisdicional, contém uma série de referências importantes. Cfr. A. M. BICKEL, *The least dangerous branch - Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986.

4. O nome completo, que melhor descreve o caso, é *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. et al. American Iron And Steel Institute, et al., Petitioners, v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al. William D. Ruckelshaus, Administrator, Environmental Protection Agency, Petitioner, v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.* 467 U.S. 837 (1984). A decisão completa pode ser consultada em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>.

jurisprudência administrativa norte-americana, discutida não apenas no contexto dito anglo-saxónico mas também nos ordenamentos jurídicos de base continental, como é o caso do ordenamento jurídico português.

A disputa tem como pano de fundo o *Clean Air Act Amendments*, que, em 1977, impôs aos Estados federados que não tivessem até então atingido os standards nacionais de qualidade do ar estabelecidos pela *Environmental Protection Agency* (doravante, também «EPA» ou, genericamente, «agency»⁵), no seguimento de legislação anterior, o cumprimento de determinadas obrigações relacionadas com emissões poluentes.

Uma dessas obrigações era a de estabelecer um sistema de licenciamento que regulasse, e aqui transcreve-se diretamente a expressão, «*new or modified major stationary sources of air pollution*» (grandes fontes estacionárias de poluição do ar, novas ou modificadas, em tradução livre).⁶

As condições inerentes à emissão de poluentes foram depois densificadas pela EPA em 1981, tendo daí resultado a possibilidade de os Estados

5. Optou-se por não traduzir diretamente o termo «agency» e «agencies» na medida em que não existe uma formulação em língua portuguesa que corresponda exatamente ao que as agencies representam no universo do direito norte-americano. O vocábulo «agency» poderia ser traduzido, de forma literal, como «agência», tendo como resultado a utilização de um termo que, na organização administrativa portuguesa, é muito mais restrito do que o termo *agency* face à organização administrativa norte-americana. Em termos de abrangência, o termo mais parecido seria porventura «entidade», que, sendo mais amplo, se torna demasiado amplo, por poder incluir no seu significado pessoas coletivas que não são *agencies* (nomeadamente entidades privadas, que não fazem, à partida, parte do sentido de *agency*, exceto se estiverem a exercer poderes públicos delegados). Por fim, «entidade pública» é uma expressão que tem também contornos muito precisos no direito português, e pode incluir uma multiplicidade de pessoas coletivas públicas mais vasta do que aquelas que o termo *agency* pretende significar. Face ao exposto, decidiu-se utilizar a expressão na sua língua original, que representa, no fundo, e sem pretensões de exaustividade ou de problematização excessiva, as entidades que agem no exercício de poderes públicos. A acrescer a esta razão, existe uma outra: as próprias entidades a que os tribunais norte-americanos chamam *agencies*, conforme se pode verificar por diversos casos estudados, e inclusivamente mesmo nos casos *Chevron*, *Mead* e *Skidmore*, são muito diferentes entre si, dificultando uma ligação unívoca entre o termo traduzido e a tradução. Esta circunstância não é, de todo, benéfica para o correto tratamento das questões: o ordenamento norte-americano, e em concreto os seus tribunais, poderiam beneficiar bastante se adotassem uma abordagem mais analítica em casos como este, em algo tão simples quanto a compreensão da natureza da entidade cuja atuação analisam.

6. Curiosamente, um dos grandes problemas desta expressão passou tendencialmente ao lado dos comentários e das análises, que é a de saber o que constituiu uma «*major source*» ou uma «*grande fonte*» ou uma «*fonte principal*». Mais uma vez, a decomposição do caso de forma analítica permitiria identificar todos os potenciais focos de indeterminação e abordar o problema de maneira sistemática. Identificando o problema, reconduzindo à polissemia, D. DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa - a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Almedina, 2006, pp. 503, nota de rodapé 6: «Aliás, esta é exactamente a causa de incerteza de linguagem que esteve na base do *Chevron*, do qual resultou, entre outros aspectos, o reconhecimento de uma determinada margem de acção a partir de indefinições semânticas: a causa esteve na polissemia da palavra *source* em matéria de emissões poluentes.»

adotarem, para efeitos do licenciamento da construção de novas fontes de poluição do ar, bem como da modificação de fontes existentes, uma definição ampla das mesmas (cujo conceito, legal, remonta ao *Clean Air Act Amendments* de 1977).

Essa densificação administrativa da definição legal (“*new or modified major stationary sources of air pollution*”), por parte da *Environmental Protection Agency*, implica, se tida como válida, a permissão de, no interior de uma determinada instalação que contenha vários equipamentos emissores de poluição, instalar novos equipamentos ou alterar equipamentos existentes de forma que pudesse, aparentemente, não preencher as condições de licenciamento, se e só se tal ação não aumentar o total de emissões de poluentes libertados quando considerados globalmente, isto é, considerando a instalação no seu todo.

Nesses casos apenas *aparentemente* as condições de licenciamento não eram cumpridas, porque se tal ação não aumentasse o total de emissões de poluentes libertados quando considerados globalmente o licenciamento era permitido. Esta teoria viria a ser conhecida como a «*bubble theory*».

De acordo com a *Environmental Protection Agency* e a sua «*bubble theory*», os estados deveriam – e iriam – considerar cada instalação poluente como uma unidade, para efeitos de contabilização das emissões poluentes, sendo assim permitida a «reorganização» dentro de cada instalação. Perante estes dados, são equacionáveis dois diferentes cenários:

- i) *instalação de novos equipamentos*, que aumentam as emissões poluentes, e conseqüente desativação ou melhoramento, ao nível das emissões, de outros já existentes nos locais, que levem a que a variação de emissão de poluentes seja igual ou menor do que zero;⁷
- ii) *modificações de equipamentos existentes*, tornando uma parcela mais poluente, e desativação ou melhoramento, ao nível das emissões, de outros equipamentos existentes na mesma unidade, no sentido de diminuir a poluição emitida por estes, que levem a que a variação de emissão de poluentes produzidos pela *bubble* (ou bolha) – isto é, pela unidade globalmente considerada – seja também igual ou menor do que zero.⁸⁻⁹

7. Em tese, a não ser que as novas instalações tivessem emissões zero, por mais eficientes que estas fossem corresponderiam sempre a um acréscimo de emissão de poluentes, por ser mais uma instalação, dentro da instalação mãe, a libertar essas emissões.

8. Neste caso, o cenário é ligeiramente diferente: a premissa base parte do pressuposto que esta modificação faça com que a instalação em causa emita mais poluentes do que antes da modificação. Caso o contrário ocorresse, e à luz da teoria da bolha, as emissões globais da instalação mãe diminuiriam.

9. A diferença, assim, entre o ponto i) e o ponto ii) é que se no ponto i) qualquer criação de uma nova infraestrutura vai aumentar a emissão de poluentes, ao passo que no caso ii) é preciso um requisito adicional para esta teoria entrar sequer em jogo: a modificação de equipamentos existentes, normalmente pretendida para aumentar a ca-

A restrição do conceito de «*stationary source*», ao deixar de considerar cada emissor como tal, passando a considerar a globalidade dos emissores presentes na mesma unidade como um só, ao abrigo da referida «*bubble theory*», leva necessariamente à restrição da intensidade das obrigações legais relativas à poluição, que, por sua vez, permite um alargamento da ação não condicionada dos privados ao nível de construção de novas fontes de poluição e alteração de fontes existentes.

Chamado a decidir, o Supremo pronunciou-se, no caso *Chevron*, no sentido de que a definição da *Environmental Protection Agency* seria «*uma definição permitida do termo legal “fonte estacionária”*»; ou, no original, «*a permissible construction of the statutory term “stationary source”*». Vejamos.

1.2 A deferência *Chevron* e a «*Two Step Doctrine*»

O caso *Chevron* refere-se, como se disse, à atividade administrativa e à sua conjugação com o poder legislativo e o poder judicial.¹⁰ O tema de fundo é a questão da relação da atividade discricionária da administração pública com os referidos poderes, sendo todavia apresentado de forma diferente à que habitualmente assistimos em sistemas continentais.

Um dos primeiros pontos que deve ser destacado, desde logo, é o facto de não se efetuar um tratamento sistemático, orgânico, das *agencies*, conforme já foi abordado em nota de rodapé, *supra*. Quer na decisão do Supremo, que se refere a uma agência em concreto – a *Environmental Protection Agency* – quer nos textos que se estudaram, utiliza-se comumente uma abordagem muito pragmática, tipicamente anglo-saxónica, incidente sobre *aquilo que a agency* estava a executar, *em que capacity* o estava a fazer, e *quem eram* os seus representantes no ato em causa.

Não existe, *ab initio*, uma abordagem estruturada, como a que porventura encontraríamos numa análise num sistema continental, sobre a natureza daquela *agency* em concreto, nem das *agencies* em geral, considerando a sua definição estatutária e o seu conjunto de competências, atribuições, e forma de relacionamento com outras entidades.¹¹

Assim, importa desde já definir que quando estas decisões se referem a *agencies*, podem estar em causa diferentes casos, que são todavia habitualmente reconduzíveis a casos de entidades que estão a agir no exercício da atividade administrativa e que se encontram, de alguma forma, ligadas ao chamado poder executivo no sentido norte-americano

pacidade das fábricas, teria de levar a um aumento das emissões poluentes.

10. Esta decisão deixou para trás – ainda que, como veremos a seguir, essa tradição viesse a ser retomada, parcialmente, em 2001, com o caso *Mead* – aquela que era a doutrina dominante desde 1944, plasmada no chamado caso *Skidmore*. Falaremos desses casos adiante.

11. No caso *Skidmore*, a título de exemplo, que veremos de seguida, é feita uma pálida referência à diferença entre a sede e as sucursais do *Customs Service*.

do termo.¹² Num modelo continental, o espectro de tipos de entidades iria desde entidades reguladoras a direções-gerais, serviços municipalizados, comissões, e tantos outros, sabendo que para cada um deles há um regime diferenciado¹³.

A abordagem anglo-saxónica, pelo menos no caso norte-americano, e se tomada esta decisão como modelo, ignora, de certa forma, ou não dá, no mínimo, o devido valor, à questão competencial e à forma como as *agencies* são vistas ou foram postas pela lei, que desde já nos parece um fundamental e incontornável ponto de começo, na medida em que essa construção não só tem grandes vantagens analíticas de compreensão e de *distinguendo*, como é imposta pelo ordenamento jurídico.¹⁴

Vejamos então em que consiste a doutrina *Chevron*. Esta doutrina abrange e intersecta diferentes questões jurídicas, que gravitam em torno da questão da «*judicial deference*» ou «*deferência judicial*».

É muito importante separar o que é a *deferência judicial* dos requisitos para que esta possa ter lugar. Assim, logicamente, devemos compreender, primeiro, em que esta consiste, e, depois, quando é que estão preenchidos os pressupostos da sua aplicação. A questão desenvolve-se, assim, sob duas perspetivas, uma mais definitiva e outra incidente sobre os pressupostos de aplicação da deferência judicial ao abrigo do caso *Chevron*: a chamada «*two-step doctrine*».

A deferência judicial, em abstrato, pode ser descrita como a situação em que um tribunal, quando colocado perante um caso que envolva a atuação¹⁵ de uma *agency*, se abstém de a sindicar. O tribunal mostraria, assim, *deferência judicial à atuação não judicial* – isto é, à atuação administrativa – de forma tal que não se pronunciará sobre a mesma.

A deferência sob a doutrina *Chevron* – a «*Chevron deference*» – é um subtipo de deferência judicial, que partilha das características *supra* referidas quanto à mesma,¹⁶ enquanto categoria geral, tendo requisitos específicos

12. O poder executivo é aqui representado pelas *agencies*, em concreto pela *Environmental Protection Agency*, o poder legislativo pelo *Congresso* e o poder jurisdicional pelo *Supremo*.

13. Há um regime diferenciado no sentido do *agir administrativo*, da prossecução das suas atribuições, o que não significa que toda a sua atuação seja diferenciada entre si. Ao nível do aprovisionamento destas entidades, por exemplo, o ordenamento jurídico português trata-as praticamente como iguais (cfr. artigo 2.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, ou artigo 266.º-A do mesmo diploma).

14. A questão é, naturalmente, sempre contingente, não podendo deixar-se de parte a possibilidade de, na verdade, essa imposição existir nos ordenamentos de matriz continental e não existir nos ordenamentos anglo-saxónicos. Todavia, entende-se que, mesmo nesses ordenamentos, existem atribuições de competência e existem diferentes entidades, o que acaba por ser comprovado ao verificar que estas são referidas, em textos que se leem e nas próprias decisões dos tribunais, quando se fala de diferentes tipos de agências, quando se fala de agências atuando através dos seus representantes máximos ou, pelo contrário, por delegações sujeitas a hierarquia, etc.

15. Que pode ser uma decisão, atuação material, etc.

16. Além dos subtipos de «*deferência judicial*», como é exemplo a deferência *Chevron*, existem também diferentes tipos de deferência, como a «*deferência legislativa*».

de aplicação. Assim, para que um tribunal mostre deferência *Chevron* a uma atuação de uma *agency* este necessita de efetuar um juízo de duas realidades, em dois momentos, encadeados um no outro, que podem ser expressos através de duas interrogações, decorrentes da própria decisão do Supremo. Vejamos.

A deferência *Chevron* tem dois pressupostos, como se disse, encadeados temporalmente, e que ficaram conhecidos como a *two-step doctrine*, ou a doutrina dos dois passos. Vamos analisar cada um deles mais detidamente adiante: no entanto, apresenta-se desde já uma síntese.

O chamado primeiro passo envolve saber se o Congresso legislou diretamente em relação à questão específica em causa – esta é a tradução livre do original que implica saber “*whether Congress has directly spoken to the precise question at issue*”.

Este passo é «*conditio sine qua non*» para se considerar, sequer, o segundo passo. Assim, apenas se se determinar, através de um juízo avaliativo do Tribunal, que o Congresso não legislou diretamente sobre a questão específica em causa, é que o segundo passo é tido em consideração.¹⁷ Caso se entenda, através desse juízo avaliativo do Tribunal, que o Congresso legislou diretamente sobre a questão específica em causa, não há, imediatamente, qualquer deferência judicial, sem quaisquer considerações posteriores.

Podemos assim dizer que o primeiro passo constitui uma decisão binária, de sim ou não: se a resposta do tribunal for negativa – o Congresso não legislou diretamente –, passa-se para o segundo passo; se a resposta for positiva – o Congresso legislou diretamente –, não há deferência judicial de acordo com o *Chevron*.¹⁸ A resposta negativa é, assim, condição necessária para a aplicação da deferência *Chevron*. Mas não é condição suficiente.¹⁹

O chamado segundo passo envolve saber se a entidade adotou uma interpretação «*razoável*» dos enunciados normativos em causa – esta é a tradução livre do original que implica saber “*whether the agency has adopted a “reasonable” interpretation of the statute*”. Decomponhamos esta realidade.

Neste segundo passo analisa-se se a interpretação da *agency* é uma interpretação *razoável* dos enunciados normativos em causa. Caso a resposta seja positiva, isto é, caso a interpretação dos enunciados normativos em causa seja considerada pelo tribunal como *razoável*, aplica-se a doutrina da deferência judicial e o tribunal aceitará a interpretação feita pela *agency*, não interferindo na decisão e prestando-lhe, portanto,

17. Como se depreende deste já, este é um juízo não apenas extremamente difícil como problemático em várias frentes.

18. Não quer isto dizer, naturalmente, que a atuação da *agency* não possa ser conforme ou desconforme àquilo que o Congresso determinou. Tal não é, todavia, analisado em concreto à luz da deferência *Chevron*, mas sim à luz da competência geral do Tribunal.

19. Ao passo que a resposta positiva – o Congresso legislou diretamente – é condição suficiente para a inexistência de deferência *Chevron*.

judicial deference.

Nos casos em que o Tribunal considere que o Congresso não legislou diretamente em relação à questão específica em causa, passando, portanto, o primeiro passo, mas a interpretação da *agency* em causa não seja considerada razoável, falhando assim o segundo passo, não tem lugar a deferência judicial.

1.3 Objeto e pressupostos

Analisa-se, agora, de uma perspetiva analítica, aquilo que foi sendo descrito, ao nível do conteúdo decisório e do *reasoning* associado à decisão do Supremo.

Esta análise incide sobre as *fallnorm* (literalmente, *norma do caso*) criadas pelo Supremo no âmbito do caso *Chevron* (e, posteriormente, também do caso *Mead* e do caso *Skidmore*), que acaba por ter, fruto da sua inserção num ordenamento jurídico de matriz anglo-saxónica, o valor de precedente, isto é, um valor próximo ao de uma lei, em sentido amplo. Para efeitos desta abordagem, vamos considerar aquilo que o Tribunal decidiu como sendo um complexo de normas, expresso em enunciados normativos constantes da decisão do caso em questão (que, não apenas vincula os tribunais inferiores, conforme se disse, como tem, inclusivamente, influência nas decisões futuras do próprio Tribunal, ainda que em suas diferentes composições)²⁰⁻²¹.

As normas jurídicas, cujo conjunto constitui o direito, constituem, simultânea e individualmente consideradas, a sua unidade no sentido de mínimo denominador. Estas são cognoscíveis pelos seus destinatários através de enunciados normativos, existentes no mundo do ser²², que as representam.

20. A referência a diferentes composições tem que ver com uma natureza parcialmente politizada do *Supreme Court*, fruto da forma como as nomeações dos seus *Justices* se processam e o próprio papel que desempenham no sistema jurídico norte-americano. Em determinadas matérias, tipicamente mais controversas, a alteração da composição do Tribunal pode determinar a alteração de inclinações decisórias.

21. Mesmo colocando de lado as matérias extremamente controversas, o carácter tendencialmente vitalício dos juizes do Supremo faz com que seja previsível – ainda que com exceções – que estes mantenham o seu sentido decisório em situações semelhantes. Nesse caso, e independentemente de a questão ser politizada ou não, a simples alteração da composição do tribunal, por alteração de um ou mais membros é, por definição, um momento que pode levar a alterações dos votos, inclusivamente de outros membros. Sobre a maneira como os tribunais coletivos decidem e a teoria do *voto interdependente*, E. A. POSNER; A. VERMEULE, “The votes of other judges”, *Georgetown Law Journal*, 159, 2016, pp. 159-190.

22. Dialética discutida maioritariamente em volta da «Teoria Pura do Direito», como “*sein und sollen*”, ainda que a ontologia e a deontologia, como categorias de ser e dever ser, tenham bases muito anteriores. Para sugestões definitórias e de interpretação desta teoria, G. DAMELE, “Algumas considerações sobre o “Realismo radical” da Teoria Pura do Direito e a separação entre *Sein* e *Sollen*”, in P. MONIZ LOPES (org.), *O Pensamento de HANS KELSEN – influência, contexto e atualidade*, AAFDL Editora, 2020. Sobre a

Estes enunciados normativos podem revestir diversas formas²³, desde escrita a oral, sinalética, etc. A regra, no entanto, na representação do conteúdo semântico das normas nos sistemas atuais, em especial nos de origem continental, mas mesmo nos de origem anglo-saxónica, é a da expressão desse conteúdo em enunciados normativos escritos na língua ou nas línguas oficiais dos países em causa²⁴.

A determinação do direito aplicável a um caso concreto é condição necessária para a aplicação do *direito que é*, num determinado recorte espaço-tempo. A referência ao *direito que é* não nega ou intercepta, sequer, a sua consideração como uma ordem de dever ser. O enunciado normativo carrega, através de uma representação, a norma, ou o seu conteúdo, para o mundo do ser. A passagem de uma norma para a específica regulação de um caso concreto faz-se através da transição, que todas as normas

intransponibilidade, avançada por HUME, entre *ser* e *dever ser*, que se mantém, ao longo dos séculos, D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, L.A., Oxford, Clarendon Press, 1896, (reimpr.) pp. 455 e seguintes. O livro, que aborda diversíssimas temáticas, data de 1739, e foi publicado quando o autor tinha uns impressionantes meros 29 anos. Retenha-se a seguinte fantástica passagem: “*In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable*”.

23. Com diversas referências a autores que abordam os enunciados normativos não textuais, que aqui não consideramos (tal como o autor, em texto, não considera), D. DUARTE, “Linguistic objectivity in norm sentences: alternatives in literal meaning”, *Ratio Juris*, Volume 24, número 2, Blackwell Publishing, 2011, nota 1 (GUASTINI, ROSS E MACCOR-MICK).

24. Neste sentido, referindo a *natural language*, DUARTE, *Ratio Juris*, pp. 112-139 (114): “*This is because the legal order (and this is the case of all known legal orders) adopts an official natural language (or more than one) and, through the norm of the set that makes that adoption (LNI = language norm): official acts → in language Z, as binding as any other, subordinates the construction of norm sentences to the rules that are inherent in (or associated with) the adopted language*”. A evolução dos modelos supra-estatais levou também a situações em que os enunciados normativos são escritos em uma ou mais línguas convencionadas, não necessariamente a língua oficial em todos os Estados aos quais aquele direito é aplicado, como acontece, por exemplo, em certos atos oficiais da União Europeia, que não são emitidos em todas as línguas dos seus Estados-membros. Este é um problema muito concreto e contingente, que nada tem que ver com a teorização geral e que em nada afeta os casos específicos que vamos abordar. Esta questão já existia aliás em países com diversas línguas oficiais como é o caso da Suíça (ou Confederação Suíça, com maior rigor), como se refere inclusivamente no artigo *supra*. No entanto, numa situação como aquela que existe na União Europeia, por exemplo, a quantidade de línguas diferentes multiplica as potenciais questões daí decorrentes, nomeadamente o facto de *todas* as versões de cada regulamento, por hipótese, ou qualquer outro tipo de legislação serem oficiais, e as línguas terem particularidades. É um tema que, não se pretendendo elaborar aqui, é interessante e aponta de certa forma para a utilização das ferramentas que a teoria analítica do direito nos confere para melhor compreender estes fenómenos.

possibilitam,²⁵ e que todos os enunciados normativos representam, de um estado regulatório potencial para um estado regulatório efetivo. Esta transição acontece quando, e apenas quando, a sua previsão normativa é preenchida.²⁶

O tema torna-se mais complexo quando nos detemos sobre a evidência de que um enunciado normativo pode ter vários significados possíveis, no sentido de compatíveis com as regras em vigor, nomeadamente as regras da linguagem natural em causa, as quais o ordenamento vai buscar por remissão e assume como boas salvo norma em contrário.²⁷

A questão que aqui está em causa – e que vamos ver mais detidamente – é uma questão de pertinência. A consideração de um facto ou de uma situação fática enquanto capaz de preencher um enunciado normativo ou não capaz de preencher esse enunciado normativo é uma questão de subsunção dessa situação ao mesmo, que expressa um significado.

1.4 Problematização da «Two Step Doctrine» no Caso Chevron

Há deferência *Chevron* (doravante também “*dc*”) sob a *two-step doctrine* (doravante, também “*tsd*”) se face a um *set* de factos (doravante, também “*f*”) o tribunal considerar que o teste²⁸ 1 (doravante, também “*t1*”) e o teste 2 (doravante, também “*t2*”), que juntos constituem a *tsd*, são positivos.

25. Com exceção, naturalmente, de normas de objeto ou resultado impossível, seja por impossibilidade de realização da previsão seja por postularem efeitos impossíveis (ou mesmo contraditórios com a situação fática que preenche a sua previsão) mas esse é um outro tema que se relaciona com o conceito de norma jurídica, e que não será tratado neste trabalho.

26. O facto de esta transição ocorrer quando, e apenas quando, não implica que ocorra sempre, e sempre que a previsão normativa esteja preenchida. Sempre que, de facto, esta seja preenchida, a norma tem relevância, no sentido de que se ativa o seu conteúdo normativo. Mas, por várias razões – nomeadamente a existência de uma norma especial ou excepcional cuja previsão normativa tenha também sido preenchida pela mesma situação de facto, considerada na globalidade, e não necessariamente apenas quanto aos elementos que ativaram a primeira norma, até porque a não aplicação da primeira norma pode dever-se a outros fatores. A situação de facto globalmente considerada pode criar um conflito entre duas normas, cujas previsões normativas podem até nem ter qualquer sobreposição, mas em que uma se aplica em vez da outra.

27. Considerando a existência de um enunciado normativo no ordenamento jurídico em causa que determine essa adoção como é o caso do artigo 11.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (Símbolos nacionais e língua oficial): «3. A *língua oficial* é o *Português*.» Ainda que tal previsão não existisse pode manter-se a mesma conclusão, através daquilo que seria muito provavelmente um costume constitucional. Sobre o tema, cfr. D. LEFKOWITZ, “Sources in Legal Positivist Theories” in S. BESSON e J. D’ASPREMONT (eds.), *Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, 2017, pp. 323-341.

28. Considera-se o termo «*teste*» mais adequado em relação ao que pretende significar. No entanto, considerando que o segundo teste depende do primeiro, a ideia de «*passo*», por implicar uma continuidade temporal e uma precedência de um face ao outro, é muitas vezes usada e tem também as suas vantagens.

Assim, seja $f = \text{set de factos}$; $t1 = \text{teste 1}$; $t2 = \text{teste 2}$;

Considere-se que $[t1, t2] = \text{tsd}$ e $\text{tsd} = \text{two step doctrine}$;

Seja $tn+ = \text{teste } n [1 \text{ ou } 2] \text{ positivo}$,

$dc = \text{concessão de deferência Chevron}$

$\text{tsd}+ = \text{preenchimento da two step doctrine}$;

Temos $f[t1+, t2+] \rightarrow dc$ ²⁹

Assim, se face a um *set* de factos f , $t1$ e $t2$ são positivos, então dc . Mais: se e só se $t1$ e $t2$ positivos, então dc . O que significa que a *positividade* de $t1$ e de $t2$, cumulativamente, é condição necessária e suficiente para dc .

Ou, ainda, se se quiser apresentar a questão de forma ligeiramente mais extensa, mas mantendo total interdefinibilidade entre as afirmações, se em $t1$ se concluir pela existência de *ambiguidade no(s) enunciado(s) normativo(s) em causa* e se em $t2$ se concluir pela *razoabilidade da interpretação adotada pela agency*, segue-se a imposição de concessão de deferência *Chevron*, que é um tipo de deferência (judicial) que determina que o tribunal aceite a interpretação efetuada pela *agency* no caso em análise.

O que aqui se descreve é a representação analítica da doutrina clássica da deferência *Chevron*. Não implica tal, naturalmente, um juízo sobre a sua correção ou incorreção de base. Vamos, agora, entrar nesse campo, de análise daquilo que esta doutrina, com valor judicial, num ordenamento que atribui a essas decisões especial importância, defende.

1.5 O primeiro teste ($t1$): a «ambiguidade»

O primeiro dos dois testes da doutrina *Chevron* é vulgarmente denominado como o «teste da ambiguidade» («ambiguity test»). Este teste decorre no caso *Chevron*, e refere-se à necessidade de aferir “*whether Congress has directly spoken to the precise question at issue*”.

Um elemento que nos parece relevante na análise deste teste é a compreensão do seu objeto. A pergunta é simples: *sobre que incide este teste?* Essa resposta é, ao abrigo da doutrina *Chevron*, essencial, quer para um agente da Administração Pública saber como agir, por exemplo, quer para um privado que queira antecipar o posicionamento face a um hipotético litígio. Mas é, também, uma pergunta que um juiz que se veja confrontado com o julgamento de um caso com estas características terá de simultaneamente fazer e responder. Dito de outra forma: importa compreender o que vai ser analisado quando este teste é efetuado.

29. Ou, equivalente, $\text{tsd}+ \rightarrow dc$.

O teste de ambiguidade tem como objeto o(s) enunciado(s) normativo(s) como exteriorização do conteúdo normativo em causa. Ou seja, é um teste que relaciona o juiz e a lei em sentido lato, ou o poder judicial e o poder legislativo. No fundo, é a análise do direito posto pelo Congresso, por parte do tribunal.

É portanto essencial realçar que não há, assim, neste teste, qualquer relação entre o tribunal e as *agencies*. Este é um ponto que não se viu especificamente referido – porventura por se achar demasiado óbvio – mas que se entende ser importante porque a metodologia de análise e resolução de situações jurídicas complexas à luz de um determinado conjunto de normas – que aqui são normas de criação jurisprudencial – apenas tem a força que o seu passo metodológico mais fraco tiver. Quanto mais sólidos forem os passos, mais sólida será a teoria final, face ao seu carácter maioritariamente, ainda que não exclusivamente, dedutivo. Assim, este teste representa, como se disse, uma relação entre o tribunal e a lei, e não entre o tribunal e a atuação de uma *agency*.

O que se disse *supra* é extremamente importante no encadeamento do raciocínio para este ponto. Vejamos. O trabalho do tribunal é, segundo esta doutrina, e de acordo com o que agora se escreve, analisar as normas em abstrato relevantes para o caso em questão e aferir sobre se existem normas que se dirijam especificamente à questão em crise.

De acordo com a clássica doutrina da deferência *Chevron* teríamos uma dicotomia relativamente simples: *a questão é diretamente regulada pelo ordenamento jurídico* ou *a questão não é diretamente regulada pelo ordenamento jurídico*. As hipóteses seriam assim complementares, abrangendo todas as possibilidades pensáveis. A questão parece-nos, todavia, mais complexa, por vários motivos, mas desde logo porque se vê um cenário adicional face aos dois classicamente descritos.

Na verdade, uma abordagem analítica permite dissecar as possibilidades em causa, para depois pensar em cada uma individualmente, distinção essa que tem de ser efetuada até ao ponto em que tenha relevância.³⁰ O que significa que não devem ser efetuadas distinções adicionais caso delas não resultem diferenças, mas significa também que não devem deixar de ser efetuadas distinções enquanto ainda existirem pontos que, sem esta,

30. No fundo, considerando *d* como *distinguendo* e *n* como o número de operações de divisão ou diferenciação efetuadas até chegar a uma que não tenha relevo ou seja mais prejudicial do que benéfica, a ciência deve procurar efetuar essas operações *n-1* vezes. Sobre a «boa ciência», aplicada ao direito, referindo diversos princípios constituintes da mesma, D. DUARTE, “Legal Science: The Demarcation Problem and the Perimeter of “Good Science””, in D. DUARTE, P. MONIZ LOPES e J. SILVA SAMPAIO (eds.), *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*, Springer Verlag, 2019, pp. 211-251, em especial pp. 245-246: «Accordingly, legal science ought to be an «activity-outcome» that satisfies into the greatest degree the following principles: (...) c) The “analyticity principle”: in order to apply the proper methods to the nature of a given problem, it states that “tasks to be performed in legal science ought to separate the distinct aspects of an assessment about the law into its smallest components in accordance to their differentiated kinds”; from this principle it follows, for instance, that language-related and pure normative problems cannot be mixed.» (sublinhado nosso) (p. 245)

podem ser diluídos e ficar por tratar.

São pensáveis, para cobrir as possibilidades existentes, três possibilidades, com base na ideia de o primeiro passo consistir no «*ambiguity test*»:

- i) A questão não é regulada especificamente pelo ordenamento jurídico;
- ii) A questão é diretamente regulada pelo ordenamento jurídico de forma não ambígua;
- iii) A questão é diretamente regulada pelo ordenamento jurídico de forma ambígua.

1.5.1 Hipótese i): questão não regulada especificamente pelo ordenamento jurídico

Caso a questão não seja regulada, de todo, pelo ordenamento jurídico, o teste falha imediatamente, independentemente de qualquer análise de ambiguidade, por motivos óbvios, de falta de objeto – e, por maioria de razão, não passa ao segundo teste, por a *positividade* do primeiro ser condição de acesso ao segundo.

A questão, não sendo de uma complexidade incontornável, não é, também, totalmente simples. Analisar a atuação de uma *agency* tem como pressuposto, habitualmente, em virtude das regras de competência, que existe um qualquer tipo de permissão ou imposição/proibição de exercício da função administrativa,³¹ pelo que a inexistência de regulação pode não ter que ver com falta de norma habilitante para agir, mas eventualmente com a falta de norma habilitante para agir *daquela forma*.

Este ponto é muito importante, porque a análise da competência legal é – e deve ser, até logicamente, na medida em que é um pressuposto da atuação – a primeira matéria a ser analisada por um tribunal que se debruce sobre casos em que estas matérias estejam a ser julgadas.³²

31. Os três tipos são facilmente pensáveis: permissão – a entidade pública pode emitir recomendações; imposição – a entidade pública deve disponibilizar os processos instrutórios das suas decisões; proibição – a entidade pública não pode contrariar o parecer vinculativo de outra entidade. De todo o modo, a questão é discutível, nomeadamente ao nível de saber se as proibições podem ser normas de competências. Dir-se-ia, em sentido amplo, que sim, na medida em que balizam aquilo que a entidade não pode fazer, ou seja, determinam o seu comportamento pela negativa, sendo depois as suas ações (ou omissões) baseadas em imposições ou em permissões normativas.

32. Esta discussão – que na verdade compreende duas discussões intimamente relacionadas, a saber, a questão da completude dos ordenamentos jurídicos e da indefinibilidade deontica – pode ser bem vista em G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action, A Logical Enquiry*, Routledge and Kegan Paul, 1963, pp. 85 e seguintes, seguido de A. ROSS, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, 1968, pp. 121 e C. ALCHOURRÓN, “Permissory Norms and Normative Systems”, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University,

Dito de outra forma, estamos perante tarefas diferentes: a identificação da existência ou não de discricionariedade é diferente de verificar se existe ou não competência. Ademais, existindo atribuição de competência pode ainda existir – e existirá muito provavelmente – discricionariedade. Já em sentido contrário, não pode, naturalmente, haver discricionariedade sem atribuição de competências.

Se as *agencias* não podem atuar sem competência, como se levantaria uma questão de ambiguidade e conseqüente possível discricionariedade... sem uma prévia atribuição legal de competências? Se o assunto em causa não está, sequer, abrangido pelas competências da entidade ou se a sua atuação é *ultra vires*, é natural que o *Congresso* não tenha “*falado sobre isso*”, ou seja, não tenha previsto normas relativas a essa atuação, não havendo portanto lugar a deferência *Chevron*.

Todavia, e mais uma vez, a questão é ligeiramente mais complexa do que parece. É que pode ler-se na decisão *Chevron* a seguinte passagem: “*When a court reviews an agency’s construction of the statute which it administers*”. Quais as repercussões deste trecho?

Em primeiro lugar, existe uma admissão expressa de que a questão – interpretativa – se joga já dentro de «um estatuto que a *agency* administra», isto é, num panorama no qual a entidade em causa tem competência para praticar determinados atos, ainda que a expressão seja geral e não se saiba, em concreto, qual a extensão dos mesmos. Neste sentido, parece ser necessário um entendimento amplo quanto à questão de o *Congresso* ter ou não «*falado sobre isso*».

É que o facto de existir uma admissão expressa de que a questão – interpretativa – se joga já dentro de «um estatuto que a *agency* administra» implica, logicamente, a conclusão de que não existem questões totalmente não reguladas pelo direito que se aplica a estas entidades.

Sublinhe-se que se refere especificamente esse direito, ou seja, não estamos a referir-nos à clássica questão da existência ou não de normas residuais permissivas ou impositivas/proibitivas nos ordenamentos jurídicos e da completude ou incompletude do mesmo.

É que para este problema se colocar, sequer, e nestes termos, em que nos referimos a casos em que a questão, como se disse, se joga já dentro de «um estatuto que a *agency* administra», é necessário... precisamente que

(1984/86/2012), p. 333. Cfr., ainda, E. BULYGIN, Sobre la Equivalencia “Pragmática entre Permiso y no Prohibición”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, pp. 284 e seguintes, e, na doutrina portuguesa, D. DUARTE, Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deonticos em Alf Ross: a Crítica, a Inexistência de Permissões Fracas e a Completude do Ordenamento em Matéria de Normas Primárias, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLIII, 1, 2002, pp. 257 e seguintes e P. MONIZ LOPES, Implicações da Genericidade na (in)consistência e na (in)completude dos Sistemas Jurídicos em P. MONIZ LOPES, *Estudos de Teoria do Direito*, I, Lisboa, 2018, pp. 105-162. Cfr. ainda, P. SANTOS AZEVEDO, “O polimorfismo competencial: análise das normas de competência à luz da teoria kelseniana”, in P. MONIZ LOPES (org.), *O Pensamento de HANS KELSEN - influência, contexto e atualidade*, AAFDL Editora, 2020, p. 140, último parágrafo.

exista uma competência da *agency* e que esta esteja em jogo no caso.

Aquilo para que este teste – que salta este primeiro passo – aponta é para uma análise sobre se, *dentro de um determinado espectro de competências em que aquela agency é competente*, o Congresso emitiu alguma legislação específica. Se o Congresso não tiver regulado diretamente o ponto em discussão, não há deferência judicial, de acordo com a doutrina *Chevron*³³.

1.5.2 Hipótese ii): questão diretamente regulada pelo ordenamento jurídico de forma não ambígua

A doutrina tradicional decorrente do caso *Chevron* trata esta situação da mesma forma que a situação em que o ordenamento nada diga especificamente sobre o assunto.

É importante que se diga que esta análise apenas pode ser feita face ao caso concreto; não é, assim, possível uma simples referência a um determinado enunciado normativo em geral, para qualquer situação possível.

Na verdade, dificilmente se poderá fazer essa afirmação sem ser de forma incidente sobre um caso específico, com possível dúvida apenas nos casos em torno dos chamados «*natural kinds*», e não é o tema do presente trabalho: deve dizer-se, todavia, que considerando os postulados evolutivos *wittgensteinianos* do «*meaning is use*» e considerando a derrotabilidade como uma inevitabilidade, dificilmente se poderá dizer que um enunciado normativo está, e sempre estará, ao longo de uma linha de tempo, blindado de qualquer problema de determinação do seu significado. Na verdade, considera-se que existe, sempre, alguma instanciação possível em que um caso é problemático.³⁴

Retomando: em relação a um enunciado normativo em abstrato, é impossível atribuir-lhe rótulo de indeterminado ou não indeterminado, de forma binária, de onde decorre que se em determinados casos o silêncio e a concreta instanciação da norma podem levar a uma decisão semelhante, ao nível deste teste, porque ambos corporizam situações de não-ambiguidade, noutros, o silêncio e a regulação que se achava não ambígua

33. Ainda que deva ter-se em consideração, em sentido contrário, o que consta da nota de rodapé que aborda a *teoria das competências implícitas*, no ponto seguinte.

34. Sobre os «*natural kinds*», cfr. A. BIRD e E. TOBIN, *Natural Kinds*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018), E. N. ZALTA (ed.), (disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/natural-kinds/>). Ainda que se considere que existe, sempre, alguma instanciação possível em que um caso é problemático. Para tanto, basta qualquer situação de derrotabilidade fática, por exemplo (derrotabilidade não normativa, operada pela superveniência de condições estritamente empíricas imprevistas na norma – imagine-se o caso em que se descobrisse, agora, que as medições de velocidade eram por algum motivo habitualmente mal efetuadas, ou que havia uma divergência doutrinária sobre o conceito de hora, e concatenar esse facto com a ideia de aplicação direta de uma multa de velocidade nos simples casos em que o limite de velocidade ultrapassado, medido à luz do erro anterior, leva à sanção). Não significa isso que por esse facto se possa deixar de perseguir o conhecimento e se deixe de poder fazer asserções.

podem levar a uma decisão diferente, ao nível deste teste, porque perante determinado caso o mesmo enunciado normativo se apresenta afinal como indeterminado, face a um diferente *set* de factos.

O que se quer dizer, no fundo, é que cada situação de facto pode, potencialmente, instanciar uma diferente configuração normativa, que pode levar a uma determinação perfeitamente pacífica do conteúdo normativo em causa ou, pelo contrário, levar a uma situação de indeterminação, em que a interpretação daquele enunciado normativo se revela, afinal, complexa.

Vai-se até mais longe: considerando que o silêncio tem que ver com o *set* de normas escolhidas como relevantes para o caso, a própria configuração do mesmo pode acrescentar ou retirar um elemento ao caso que acabe por levar a uma solução diferente no que a este teste se refere.

Além disso, se é verdade que logicamente a imposição de «x» é igual à proibição de «não x» (ou «-x», numa expressão matemática), e a proibição de «y» é igual à imposição de «não y» (ou «-y»), o mesmo raciocínio não é diretamente aplicável, pelo menos sem análise adicional, aos casos em que estejamos perante normas permissivas, o que levou à discussão relativa à existência ou não de «permissões fortes» e de «permissões fracas», que se aborda na nota de rodapé anterior.

De todo o modo, no caso do direito administrativo não existe uma norma geral permissiva, pelo que a questão se torna menos complexa, ainda que pela teoria das competências implícitas possamos ter casos em que a ausência direta de normas que regulam uma situação não implica que não existam possibilidades de agir nesse caso.³⁵

Não se defende, note-se, que nunca se possa dizer que determinado enunciado é ambíguo. O que se defende é que a maioria dos enunciados não são, sempre, ambíguos, e os enunciados considerados não ambíguos podem apenas sê-lo na maioria dos casos a que se aplicam, ou seja, ser ambíguos em determinados casos, ainda que minoritários.

Deve dar-se nota, ainda, que pode existir discricionariedade sem ambiguidade: basta que exista uma norma com a configuração $a \rightarrow b \vee c$

A situação pode não ser de todo ambígua: pense-se no seguinte exemplo que tem a mesma estrutura acima referida ($a \rightarrow b \vee c$): *se nevar uma entidade pública pode cortar vias de circulação ou acionar o plano nacional de emergência*. Em casos como este, face à doutrina *Chevron*, o Congresso falou especificamente sobre o assunto em causa, pelo que se se arguir que não há ambiguidade poder-se-ia ser levado a entender que a *agency* não

35. Sobre o tema, DUARTE, *A norma*, pp. 390 e 391, fazendo a distinção entre as normas de competência implícita entre as que decorrem de normas de atribuição e as que decorrem de normas de conduta. Dando como exemplo de normas de competência implícitas “todas as normas de atribuições de direito administrativo, nomeadamente a ampla panóplia de normas atributivas de competência regulamentar em todas as matérias necessárias para a prossecução das atribuições do sujeito em causa”, P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, Volume I, AAFDL Editora, Lisbon Law Editions, 2019. p. 102.

beneficia de *judicial deference*, o que é absurdo.

O problema surge, uma vez mais, motivado pura e simplesmente pela incorreta definição dos termos, nomeadamente pela utilização do termo *ambiguidade*.

1.5.3 Hipótese iii): questão diretamente regulada pelo ordenamento jurídico de forma ambígua

De acordo com a doutrina *Chevron*, se a questão for regulada pelo ordenamento jurídico de forma ambígua, passamos para o segundo passo ou teste, a análise da «razoabilidade». Para efetuar esta operação, contudo, tem de se compreender em que consistirá esta ambiguidade.

Em primeiro lugar, parece-nos existir um erro de base: não há uma relação direta entre uma «ambiguidade» e o facto de o Congresso ter ou não ter referido expressamente a questão em crise na legislação que emitiu, nomeadamente ao conferir competências às *agencies* para esse caso concreto. Podemos perfeitamente ter casos em que o Congresso referiu expressamente a questão na sua legislação, atribuiu claramente a competência à *agency* e ainda assim a questão é «ambígua»: isto decorre do facto de se misturar, ou melhor, de não se separar ou definir exatamente o conceito de «ambiguidade», e, na verdade, de este termo não ser sequer o melhor para descrever aquilo que podemos enfrentar neste campo, nomeadamente face a todas as indeterminações existentes no direito.

Parece assim que a verificação sobre se o tema é ou não ambíguo deve ser apontada às normas de competência, até porque se se considerasse que essa ambiguidade fosse verificada face ao que os enunciados normativos determinam a nível material, substantivo, teríamos quase sempre enunciados normativos ambíguos, no sentido de indeterminados, porque essa indeterminação é muitas vezes a base da atribuição de discricionariedade a estas entidades.

Dir-se-ia que a indeterminação é quase como *dadora universal* de discricionariedade. Sem essa indeterminação estas entidades praticamente não teriam funções, e muito menos teriam a capacidade de ter uma amplitude suficientemente grande e uma estrutura competencial suficientemente elástica e flexível para exercer as funções que lhe são atribuídas, que tendencialmente, e ainda que limitadas pelo princípio da competência, implicam que se movam em diversas áreas e face a diversos possíveis *states of affairs* face aos quais apenas enunciados normativos com algum grau de indeterminação conseguem lidar.³⁶

36. Cfr. DUARTE, *A norma*, pp. 503: “A utilização de uma palavra polissémica, nomeadamente nos casos em que há proximidade temática de significados (...) pode servir, assim sendo, os mesmos efeitos visados com a criação de alternativas em conteúdos normativos. A incerteza de linguagem, quando assim é, funciona como um instrumento de discricionariedade e a diferença em relação a uma norma que a confere está apenas, em rigor, na deslocação das alternativas do conteúdo da norma para a sua expressão.”

Esta questão levanta, por outro lado, um problema sério, analisado essencialmente da perspectiva da análise económica do direito e da análise comportamental dos *sujeitos jurídicos*, que tem que ver com o facto de a determinação das condições de avaliação de determinada situação por parte dos tribunais ser feita de acordo com doutrina dos próprios tribunais.³⁷

É naturalmente salutar que o direito se *conheça*: desde logo, e agora pensando em termos contingentes, mas suportados por diversos outros ordenamentos que postulam o mesmo, o desconhecimento do direito não aproveita a quem o desconhece. Corolário desta ideia é a norma, constante no ordenamento jurídico português, do Código Civil, que determina aquilo que classicamente se descreve em diversos brocardos como *ignorantia legis non excusat ou nemo censetur ignorare legem* e que significam, genericamente, que o desconhecimento da lei não aproveita ao perpetrador e que ninguém se presume desconhecedor da lei. Ou, na expressão legal exata do artigo 6.º do Código Civil Português, “a *ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas*”.

Esta ideia tem de ser analisada à luz não necessariamente do conhecimento da totalidade do ordenamento jurídico mas, pelo menos, à luz da *possibilidade de conhecimento do mesmo*, caso o destinatário assim o entenda que deve fazer perante uma determinada ação ou omissão e tem, naturalmente, nuances, desde logo em determinadas avaliações que o ordenamento faz quanto ao grau de culpa em determinadas áreas. Obviamente que esta é uma regra geral, que conhece exceções, por exemplo no que concerne a avaliação do nível de culpabilidade de determinada atuação, mas tem, acima de tudo, como corolário lógico a ideia de que conhecer, ou ser possível conhecer, as normas aplicáveis num ordenamento jurídico é uma parte importante e saudável de qualquer ordenamento que busque o seu cumprimento.

Desta forma, e num sistema de matriz anglo-saxónica, que dá uma grande relevância ao que é plasmado pelos tribunais em precedentes judiciais, especialmente desta importância³⁸, como é o caso desta decisão do Supremo, os agentes económicos, em sentido amplo – portanto, incluindo todos os agentes que se movem neste *mercado relevante* – terão em consideração esta doutrina e essa consideração vai influir no seu comportamento.

Este fenómeno poder-se-á verificar também no passo 2, relativamente à análise da razoabilidade da interpretação em si, mas numa escala muito menor: esse segundo passo – e daí a importância da definição da incidência do teste – incide já sobre questões concretas, que podem orientar uma eventual previsão do comportamento do Supremo noutros casos, mas é

37. D. BARRON e E. KAGAN, “Chevron’s Nondelegation Doctrine”, *The Supreme Court Review*, Volume 2001, número 1, University of Chicago Press, pp. 201-265 (em especial, pp. 227 a 234).

38. E em que a mutabilidade nem é muito grande: em 1944 vingou a doutrina *Skidmore*, que viria a ser substituída apenas pela doutrina *Chevron*, dezenas de anos mais tarde; o *Chevron*, por sua vez, foi apenas desafiado com sucesso duas dezenas de anos mais tarde (em que, curiosamente, no caso *Mead*, o tribunal recupera parte da argumentação *Skidmore*, de 1944).

demasiado específico para determinar todos os casos possíveis em que tal acontece.

Esta autodeterminação dos limites até onde um agente económico pode ir, independentemente da consideração que têm e que o ordenamento jurídico no seu todo tem sobre as suas competências, fará com que as *agencies* saibam que determinadas interpretações da lei vão ser menos propícias a ser sindicadas em tribunal, face ao teste *Chevron*; por outro lado, o Congresso sabe também que, conforme tenha legislado de uma ou outra determinada maneira, diminuirá ou aumentará a possibilidade de as *agencies* terem discricionariedade na sua atuação.

Esta possibilidade, em teoria, e excetuando o facto de porventura concentrar demasiado poder nos tribunais no que concerne à forma como estes são equacionados e separados, acaba por alterar a forma como os poderes estão distribuídos, desequilibrando-os. O motivo pelo qual esse equilíbrio degenerou é simples: de acordo com os dados estatísticos³⁹, o Congresso raramente fala ou deixa de falar especificamente sobre as questões em causa porque é impossível abarcar todas, e, ademais, como veremos quando falarmos do *intent*, não apenas este é quase impossível de provar como tal se torna ainda mais real quando estatisticamente o Congresso não costuma referi-lo.

O que daqui decorre é uma muito maior dificuldade de cumprimento dos requisitos da deferência *Chevron*. O que acontece quando se restringe o acesso à deferência *Chevron*? Alarga-se, de forma inversamente proporcional, o poder dos tribunais de decidir sobre matéria administrativa, poderes esses que estes aumentaram através da doutrina que eles próprios construíram.

39. Defendendo de forma contundente que o Congresso tendencialmente não se preocupa, previamente à emissão dos instrumentos normativos, com a relação entre a forma como emite a legislação e as consequências que essa forma teria (no sentido quer de retirar poder interpretativo às *agencies* e dá-lo aos tribunais, ou vice versa) e mesmo sabendo que a doutrina *Chevron* levaria a que fosse tida em conta a sua vontade, deixando essa questão para ser tratada pela doutrina da deferência *Chevron*, BARRON e KAGAN, pp. 201-265 (em particular, p. 216): "*Federal statutes almost never speak directly to the standard of review of an agency's interpretations. Congress surely believes that the allocation of interpretive authority as between agencies and courts rests within its constitutional prerogatives. And since Chevron, both judges and commentators essentially have invited Congress to exercise this prerogative. Yet only a few times has Congress made clear a desire to flip the Chevron rule of deference so as to give to courts, rather than agencies, primary interpretive authority. To be sure, Congress's usual silence on this matter may express agreement with a broad rule of deference to agency interpretations. But this explanation seems improbable given (1) Congress's similar passivity on this issue prior to Chevron, and (2) Congress's certain appreciation of variety in both administrative statutes and administrative decision-making processes. It is far more likely that Congress, unless confronting a serious problem in the exercise of some interpretive authority, simply fails to think about this allocation of power between judges and agencies.*"

1.6 O segundo teste (t2): a «razoabilidade»

1.6.1 A incidência e consequências de t2

O teste da razoabilidade incide já sobre a específica interpretação que a *agency* fez de um determinado enunciado normativo, que se encontra a ser analisado em tribunal. O *objeto* da análise é, portanto, aquilo que se poderia considerar como «a *norma do caso*» conforme definida pela *agency*, isto é, a concretização que esta fez das possibilidades normativas encerradas num enunciado normativo.⁴⁰

1.6.2 Análise da «razoabilidade»

Este passo implica, em primeiro lugar, e como dissemos, que seja previamente decidido que o Congresso não legislou diretamente em relação à questão específica em causa. No entanto, o segundo passo, *em sí*, não é constituído por esse facto. Esse facto é meramente condição de acesso ao segundo passo, e dependerá sempre da decisão do tribunal. Assim, e ao decidir sobre se o Congresso legislou ou não especificamente sobre aquele tema, o Tribunal está i) a considerar o primeiro passo preenchido, e abrir o acesso ao segundo, ou ii) a considerar o primeiro passo não preenchido, e fechar o acesso ao segundo.

Este ponto é importante, porque coloca o poder judicial numa espécie de situação de *Kompetenz-Kompetenz*, em que decide a sua própria competência, ou seja, decide se o Congresso legislou ou não diretamente sobre uma matéria, decisão essa que vai determinar se o tribunal tem competência para analisar essa mesma matéria, podendo decidir que não, caso falhe o primeiro passo, ou decidir que sim, caso o primeiro passo esteja preenchido, sendo que está ainda limitado, numa fase seguinte, pelo segundo passo.

Assim, a análise parte – ainda que com todas as críticas que já foram feitas – de um momento em que o primeiro teste já foi ultrapassado, avaliando-se agora a «razoabilidade» da interpretação efetuada pela *agency* de um determinado enunciado normativo, ou de vários enunciados normativos, que já foram classificados como constituindo uma específica regulação posta pelo Congresso no exercício do poder legislativo.

Aquilo que cria, numa perspetiva analítica, alguma perplexão é o que motiva – ou qual é a base legal, ou até racional – de considerar que a avaliação levada a cabo pelo tribunal sobre a parametricidade ou não da

40. A *fallnorm* no sentido *kelseniano*, que concretiza o conteúdo específico de um enunciado normativo num determinado caso. Criticando KELSEN por não fazer uma distinção clara entre enunciados normativos e normas, utilizando-as por vezes de forma indistinta, R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1999, na tradução em castelhano de J. FERRER BELTRÁN, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 256 e seguintes.

atuação da *agency* face às normas vigentes, ou seja, da conformidade ou não da atuação com aquilo que o ordenamento dispõe, à luz de um critério de razoabilidade. A pergunta que se impõe é simples: a decisão deve ser «razoável» face a quê? Qual o bordão, ou o padrão que se espera? Ou, colocando a questão de outra forma, qual o padrão que pode ser tido em conta?

Não se vê nenhum outro do que a própria legalidade, num sentido amplo, de normatividade, se quisermos. Ou seja, a atuação da *agency*, face a um caso sobre o qual existem – porque o primeiro teste já o determinou – normas que o regulam, pode ser legal ou ilegal, consoante seja ou não contrária ao que a lei obriga, proíba ou permita. Ou será «razoável» uma interpretação que, não sendo a mais correta, também não é a mais incorreta? Este tipo de abordagem não respeita o poder dado à *agency* pelo Congresso, que consiste exatamente em termos uma moldura de atuação, sendo que quando age dentro da mesma, a decisão é inatacável, e quando age fora da mesma, a decisão é atacável. A opção aqui deveria ser binária, de resposta sim ou não, face à questão sobre se a *agency* cumpriu as normas que regulam determinada conduta ou omissão. Ou teremos graus de legalidade, numa espécie de atuação que seja *pouco ilegal* ou que seja *razoavelmente legal*? É que, em nossa opinião, tal viola todos os axiomas em que se baseia um ordenamento jurídico.

Vale a pena socorreremo-nos, aqui, de KELSEN, nomeadamente da *Reine Rechtslehre*⁴¹, na sua segunda edição:⁴² Não sendo este um texto em que se procure estudar KELSEN ao seu mais ínfimo detalhe, é de partilhar um pensamento importante: KELSEN aborda a indefinição propositada e a indefinição involuntária, num excerto em que se espelha também aquela que ficou conhecida, no que concerne à sua posição quanto à interpretação, como a teoria da «moldura»: “*In all these cases of intended or unintended indefiniteness at the lower level, several possibilities are open to the*

41. Sobre a importância e as específicas características desta obra face a outras, o seguinte excerto é bem elucidativo: “*The theory Kelsen presents in the second edition of the Pure Theory of Law was refined and developed over many years. In the years following its publication, Kelsen wrote on numerous topics in legal theory but never again produced a single systematic restatement of his pure theory of law*” (sublinhado nosso). Cfr. D. SHIVAKUMAR, “The Pure Theory as Ideal Type: Defending Kelsen on the Basis of Weberian Methodology”, *Yale Law Journal*, Volume 105, Issue 5, 1996, pp. 1383-1414.

42. Curiosamente, e ainda que extremamente alterada, a segunda edição da *Reine Rechtslehre* não tem praticamente alterações ao nível daquilo que a primeira edição (francamente mais pequena e incompleta do que a primeira), continha relativamente à interpretação jurídica. Kelsen mantém, assim, essencialmente, aquilo que dizia em 1934 a esse nível. A primeira edição intitulava-se de *Reine Rechtslehre – Studienausgabe der 1. Auflage*, Mohr Siebeck, 1934. É comumente referida, em língua inglesa, e para evitar a confusão com a tradução nessa língua da segunda edição, como *A Translation of the 1. Ed. of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. A segunda edição (Wien, Verlag Franz Deuticke) que data de 1960, e é consideravelmente diferente da primeira. Conforme se lê em I. TAMMELLO, Review of Reine Rechtslehre. Second Edition by Hans Kelsen, *Journal of Legal Education*, Volume 15, número 3, 1963, p. 351, nota 1: “*The first edition of Reine Rechtslehre was published in 1934. Its size was considerably small than that of the second edition here under review; it had only 336 pages (of which 154 pages were text as against the 444 text pages of the new edition), and those pages contained a much smaller volume of type than the pages of the new edition*”.

*application of law*⁴³⁻⁴⁴. Continua: “*The interpretation of a statute, therefore, need not necessarily lead to a single decision as the only correct one, but possibly to several, which are all of equal value, though only one of them in the action of the law-applying organ (especially the court) becomes positive law. The fact that a judicial decision is based on a statute actually means only that it keeps inside the frame represented by the statute; it does not mean that it is the individual norm, but only that it is one of those individual norms which may be created within the frame of the general norm.*”⁴⁵

Todas as opções dentro da moldura são, portanto, viáveis e legais, ainda que se possa, depois, discutir como se chega a essa moldura, como se define as suas fronteiras e que ferramentas podemos utilizar para interpretar os enunciados normativos relevantes.

KELSEN criticava, assim, a doutrina tradicional, dizendo que esta “(...) *will have us believe that the statute, applied to the concrete case, can always supply only one correct decision and that the positive-legal “correctness” of this decision is based on the statute itself*”⁴⁶ através daquilo a que chamava os “*so called methods of interpretation.*”⁴⁷

Se é importante referir que todas as opções dentro da moldura são legais, também é importante referir o complementar dessa afirmação: todas as opções fora da moldura são ilegais.

1.7 Consequências da concessão de deferência Chevron

As consequências da concessão de deferência Chevron são bastante simples: o tribunal abstém-se de sindicar a atuação da agency em causa. Conforme se escreveu acima, o tribunal mostra, assim, *deferência judicial à atuação não judicial* – isto é, à atuação administrativa – de forma tal que não se pronuncia sobre a mesma.

43. H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, tradução da segunda edição alemã (revista e ampliada), Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 349.

44. Referindo também a irrelevância, de acordo com a jurisprudência Chevron, do facto de a indeterminação ser propositada ou não, em relação ao poder regulamentar, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, pp. 653: “(...) [a] doutrina Chevron (...) assenta (...) onde a normação legislativa compreenda lacunas deixadas pelo Congresso para preenchimento pelas Agências, intencionalmente ou não, a deferência jurisdicional para o reconhecimento de uma delegação de competência normativa - i.e., uma atribuição implícita de permissão de regulamentar - para elucidar o disposto num determinado enunciado, no pressuposto de que a regulamentação seja tida como complemento razoável da norma legal”.

45. KELSEN, *Pure*, p. 350.

46. KELSEN, *Pure*, p. 350.

47. Expressão que pode ser já encontrada em 1934, na primeira edição da sua *Reine Rechtslehre - Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the 1. Ed. of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (1934). Na *Reine Rechtslehre*, na sua segunda edição traduzida em língua inglesa, o autor utiliza 92 vezes a expressão «so-called», atacando teorias estabelecidas ou criticando ideias emergentes que considera ausentes de razão.

Sendo absolutamente rigoroso, o tribunal não se abstém de sindicarem a atuação da entidade em causa na medida em que a mera análise da aplicabilidade da deferência *Chevron*, através da *two step doctrine*, é em si um ato de sindicância da atuação administrativa.

Assim, na verdade, funciona como uma questão prévia, que se equipara a uma questão de competência judicial: o tribunal considera que, naquelas condições, não tem competência para julgar o caso, porque se trata de uma atuação da esfera administrativa que não cumpre os requisitos que permitem que o poder judicial nesta intervenha.⁴⁸

Não quer isto dizer, naturalmente, que a atuação da *agency* não possa ser conforme ou desconforme àquilo que o Congresso determinou. Tal não é, todavia, analisado em concreto à luz da deferência *Chevron*, mas sim à luz da competência geral do Tribunal.

2. O caso *United States v. Mead Corp.*

2.1 Contexto e decisão

Já se referiu a maioria daquilo que, para o efeito deste trabalho, se queria escrever acerca do caso *Chevron*. No entanto, o facto de em 2001 o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos ter julgado o caso *United States v. Mead Corp.*⁴⁹ (doravante, também designado por caso «*Mead*» ou apenas «*Mead*») motiva algumas páginas adicionais, porque se considera que esta decisão é um grande passo atrás numa doutrina que já continha, por si, algumas deficiências. A decisão no caso *Mead* é, profundamente discutível por várias ordens de razão.⁵⁰⁻⁵¹

48. Com referências sobre as consequências do «célebre caso *Chevron*», nas palavras do autor, cfr. DUARTE, A *norma*, pp. 475, nota de rodapé 23, parte final.

49. *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001). A decisão completa pode ser consultada em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-1434.ZO.html>.

50. Não se quer dizer, com isto, que a deferência *Chevron* não seja discutível, naturalmente, como aliás o foi, *supra*. A doutrina *Mead*, tem, todavia, um duplo grau de discussão: por um lado, o que ela dita, por si; e, por outro, a forma como se relaciona com a doutrina *Chevron*.

51. Parte da decisão do caso *Mead* causa, inclusivamente, algum espanto: o facto de se poder ler na mesma que, no entender do Supremo, aplicar-se-ia a deferência *Chevron* quando se conseguisse i) depreender que o Congresso delegou autoridade para criar regras que tenham força de lei a essas agências, e ii) que a interpretação da agência, no caso a analisar, tenha sido efetuada no exercício dessa autoridade não representa exatamente a jurisprudência *Chevron*, ou seja, não é exatamente este o sentido dessa decisão. Nomeadamente, e em concreto em relação ao ponto ii), existe uma componente de razoabilidade nessa avaliação que aqui parece descurada. De todo o modo, este ponto não é tratado mais a fundo porque face ao restante texto da decisão, percebe-se que poderá ter sido apenas uma expressão menos feliz, na medida em que se acaba por referir, ainda que de forma matizada, a razoabilidade da interpretação como segundo passo.

Importa analisar esta decisão porque foram, em nosso entender, cometidos novos erros que não são, de todo, facilmente releváveis – pelo contrário, criam grande preocupação. O tema global do *Mead* é também a deferência judicial, tendo sido arguida e requerida deferência *Chevron*. Vejamos.

A factualidade relevante é relativamente extensa, mas pode ser sumariada da seguinte forma: o *Harmonized Tariff Schedule* (ato normativo) autorizava o *United States Customs Service* (Serviços de Alfândegas dos Estados Unidos da América, doravante, também apenas «*Customs Service*») a classificar e fixar taxas devidas por importações, de acordo com normas emitidas pela *Secretary of the Treasury* (Secretaria do Tesouro). Esta entidade definia a aplicação de diferentes taxas, definindo também os casos de isenção das mesmas, de acordo com a classificação que fazia do tipo de bens em causa numa dada importação dos mesmos. A estes bens a importar eram apostas as chamadas *ruling letters*, emitidas pelo *United States Customs Service*.

Esta entidade é (ou era, ao tempo da decisão) constituída por uma entidade-sede – o *Customs Service* –, e por quarenta e seis delegações – as delegações do *Customs Service*. Este ponto é essencial para a compreensão do caso, na medida em que importa sublinhar que a competência para emissão das *ruling letters* não era apenas da sede do *Customs Service*, mas também dos seus serviços descentralizados – as quarenta e seis delegações do *United States Customs Service*.⁵²

Continuando, a *Mead Corp*, a empresa em causa neste caso, viu o material que importava (cadernos com agenda, endereços, números de telefone, etc.) ser classificado, pela sede do *Customs Service*, como diários encadernados, bens que eram sujeitos a taxas alfandegárias, após anos de prática em sentido contrário, em que os mesmos produtos não eram considerados como tal, não sendo, conseqüentemente, devidas as referidas taxas. Ou seja, face a um mesmo quadro legal surgiram interpretações distintas por parte de refrações de uma mesma entidade, em concreto e respetivamente delegações e a sede do *United States Customs Service*.

Neste contexto, a *Mead Corp* intentou uma ação no *Court of International Trade*, tentando inverter a nova interpretação que havia considerado aqueles bens como diários encadernados e, como tal, os tinha sujeitado a serem taxados enquanto tal. Note-se que não houve qualquer alteração do *Harmonized Tariff Schedule*: o que sucedeu foi que a sede do *Customs Service* entendeu que os cadernos com agenda, endereços, números de telefone, etc. que a *Mead Corp* comercializava deviam ser vistos, à luz da legislação referida, como diários encadernados, e essa realidade levaria, por aplicação daquele regime, a taxar a sua importação.

O *Court of International Trade* não deu provimento à ação e a *Mead Corp* recorreu para o *Federal Circuit Court*,⁵³ instância onde, por seu turno, a ação

52. Analiticamente seria muito mais fácil resolver esta questão, através da contraposição entre a Entidade A (sede) e serviços da entidade A, mesmo que a entidade A se chame, ou contenha no nome, a palavra serviços. Ou seja, no limite estaríamos perante o *Customs Service* e os serviços do *Customs Service*.

53. Que entendeu que as referidas *ruling letters* “should not be treated like Customs regulations, which receive the highest level of deference under *Chevron*, because they

obteve vencimento.

Os Estados Unidos da América recorreram, enquanto contraparte, para o Supremo. Na decisão proferida por este órgão, naquilo que conforme se disse, se tornou conhecido como o caso *Mead*, entendeu-se, resumidamente, e para o que ora nos interessa, que não havia bases para conferir deferência judicial segundo a doutrina *Chevron* à *ruling letter* em causa, ou, mais corretamente, à decisão que suporta a emissão da *ruling letter* em causa.

Dito de outra forma, entendeu-se que não havia bases para, sob a doutrina *Chevron*, intervir neste caso.

No entanto, a decisão não se ficou por aqui e acrescentou um elemento absolutamente inédito, que motiva a sua presença neste trabalho. O Supremo entendeu que ainda que não estivessem reunidos os requisitos para a aplicação da deferência *Chevron*,⁵⁴ poderia eventualmente aplicar-se a doutrina *Skidmore*, de acordo com o grau de persuasão (*persuasiveness*) em causa.

Deve sublinhar-se que esta doutrina, como veremos, remonta a um caso de 1944, que agora parece surgir revigorado como possibilidade para, em determinados casos em que não há deferência *Chevron*, poder porventura existir deferência judicial com base naquela.

O principal motivo pelo qual o caso *Mead* ficou conhecido e tem relevo é, aliás, por constituir um grande revés face à jurisprudência *Chevron*, por dois motivos: um, por trazer à colação a antiga referida jurisprudência *Skidmore*; outro, pela relevância que voltou a dar à questão da intenção («*intent*»). Começemos pelo primeiro e analisemos, então, muito brevemente, o referido caso *Skidmore* que permite, por um lado, como se disse acima, a deferência judicial ainda que não estejam reunidos os requisitos para a aplicação da deferência *Chevron*, de acordo com o grau de persuasão (*persuasiveness*) em causa e, por outro, impossibilita uma deferência judicial aos casos que não passem o teste do «*intent*».

2.2 O caso *Skidmore*

O Supremo julgou, em 1944, o caso *Skidmore*⁵⁵, que opunha Jim Skidmore e outros trabalhadores alocados à garantia de segurança contra incêndio

are not preceded by notice and comment as under the Administrative Procedure Act (APA), do not carry the force of law, and are not intended to clarify importers's rights and obligations beyond the specific case. The court gave no deference at all to the ruling letter at issue".

54. O tribunal dá exemplos de casos que seriam deferíveis pelo *Chevron*: «*Such delegation may be shown in a variety of ways, as by an agency's power to engage in adjudication or notice-and-comment rulemaking, or by some other indication of comparable congressional intent.*»

55. *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/134>.

das instalações da *Swift*, uma grande empresa que operava na área do processamento de alimentos, em torno de um acordo verbal que implicaria que aqueles ficassem, em acréscimo ao seu horário normal de trabalho, três a quatro noites por semana nas instalações da empresa, por forma a vigiar, passivamente, a existência de algum fogo, sendo que apenas se algum incêndio deflagrasse teriam de executar qualquer «trabalho». O litígio incidia sobre a interpretação dos enunciados normativos que eram potencialmente aplicáveis a este caso concreto, na medida em que do resultado interpretativo resultaria que seria devido, ou não, o pagamento, a título de remuneração, de todas as horas passadas nas instalações da empresa no âmbito do referido acordo.

Não ocorreu, durante o período em causa, qualquer incêndio, tendo sido raros os eventos em que disparou algum alarme, cujo tempo de resposta (a cada evento) não ultrapassou, na maioria dos casos, uma hora. O que significava, na prática, que os trabalhadores praticamente nada recebiam pelas três a quatro noites passadas, por semana, nas instalações da empresa, na medida em que receberiam apenas as horas que alocassem a resposta a alarmes ou fogos.

Skidmore peticionou em tribunal que todo o tempo passado nas instalações da empresa fosse contabilizado como tempo de trabalho, sendo, portanto, devido o pagamento de horas extra. *Swift* defendeu-se dizendo que equipou um pavilhão com quartos aquecidos e com ar condicionado, bem como uma mesa de bilhar, dominó e um rádio, ficando acordado que os funcionários poderiam utilizar o tempo conforme entendessem, desde que estivessem no ou perto do pavilhão em causa e prontos para responder a qualquer alarme ou necessidade de intervenção.

Assim, e independentemente de questões de prova que se levantaram,⁵⁶ o *District Court* negou a totalidade da pretensão dos queixosos, com a argumentação que «as a 'conclusion of law' (...) the time plaintiffs spent in the fire hall subject to call to answer fire alarms does not constitute hours worked, for which overtime compensation is due them under the Fair Labor Standards Act, as interpreted by the Administrator and the Courts» acrescentando, ainda, que "of course we know pursuing such pleasurable occupations or performing such personal chores does not constitute work".

Esta decisão foi posteriormente confirmada pelo *Circuit Court of Appeals*.

O Supremo, chamado a julgar o caso em recurso, discorre sobre as considerações efetuadas pelo «Administrator», como representante da *agency* que lidava com as questões relacionadas com o *Fair Labor Standards Act*, referindo e dando relevância ao facto de o Congresso não ter querido, com o referido ato, que fossem os serviços da própria *agency* (o «Administrator», portanto) a determinar se certa situação se insere ou não nesse ato (que foi, *ab initio*, a base da decisão dos tribunais recorridos).

56. Pode ler-se, na decisão, que o "trial court (...) made no findings of fact as such as to whether under these whether under the arrangement of the parties and the circumstances of this case (...) the fire hall duty or any part thereof constituted working time."

De acordo com o Supremo, “Congress did not utilize the services of an administrative agency to find facts and to determine in the first instance whether particular cases fall within or without the Act. Instead, it put this responsibility on the courts (...) But it did create the office of Administrator, impose upon him a variety of duties, endow him with powers to inform himself of conditions in industries and employments subject to the Act, and put on him the duties of bringing injunction actions to restrain violations.”⁵⁷

O tribunal discorre depois sobre a diferença entre a posição do referido *Administrator* e a de um Tribunal (nomeadamente em relação à existência de contraditório), no sentido em que “the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance”.

Assim, apesar de não existir, de base, deferência judicial, o Supremo atribui importância às decisões do *Administrator*, criticando o facto de os Tribunais recorridos terem analisado o caso à luz do que o Administrador da *agency* em causa referiu, baseando as suas conclusões nessa informação, nomeadamente na proposição segundo a qual o *waiting time* poderia ser desconsiderado enquanto trabalho, premissa que o *Supreme Court* considera ilegal. Com esta base, reverteu a decisão e deu razão a *Skidmore* e aos seus colegas de trabalho.

A questão da *persuasiveness* surge da continuação do trecho supra citado “(...) The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control”.

Como se pode verificar pela sua leitura atenta, dá-se às decisões das *agencies* aquilo que ficou conhecido como o poder de persuadir («the power to persuade»), o que, conjugado com a informação constante da restante citação, aponta para a necessidade de avaliar um *grau de persuasão* concreto e específico para cada uma das decisões. Ou seja, existe, de base, uma pré-abertura para considerar aquilo que a Administração decidiu: o *quantum*, ou o quão essa decisão vai ser considerada depende do i) “thoroughness evident in its consideration”; ii) “the validity of its reasoning”; iii) “its consistency with earlier and later pronouncements”; iv) “and all those factors which give it power to persuade”.⁵⁸

Retiram-se daqui várias notas: a primeira, relativamente óbvia, é o carácter não taxativo, mas exemplificativo, dos casos apontados pelo tribunal. A segunda, a de que estes elementos vão contribuir não para a existência ou não de deferência judicial à decisão da *agency*, mas para um juízo de grau de persuasão (*persuasiveness*), que poderia, depois, levar à deferência

57. Repare-se que a decisão é de 1944 e a questão já se coloca como deferência judicial ou *judicial deference*: “There is no statutory provision as to what, if any, deference courts should pay to the Administrator’s conclusions.”

58. Deve notar-se que ainda que esta doutrina *Skidmore* tenha começado em 1944, tornou-se mais recentemente muito relevante com o seu reaparecimento com o caso *Mead*, na medida em que estava obsoleta desde o *Chevron*.

judicial.

Por fim, outro comentário que se deve fazer, e que vem ligado com o anterior, é o facto de a disponibilidade avaliativa existir, e estar na mão do tribunal, isto é, este pode decidir o que considera como persuasivo, e o grau de persuasão que cada um desses elementos lhe transmite, podendo, inclusivamente, efetuar ponderações mistas, em que determinados elementos valham mais do que outros e assim surgirem casos em que um dos lados persuade mais do que o outro na maioria dos itens avaliados, mas um dos outros itens, em que o lado contrário tem um poder persuasivo muito forte, é de tal forma mais valioso que ultrapassa o poder de persuasão global. É, portanto, um juízo *all things considered*⁵⁹, que foi «represtinado» pelo caso *Mead*.

2.3 Crítica ao caso *Mead*

A possibilidade de um caso merecer *deferência judicial*, de acordo com o seu grau de persuasão, ao abrigo da jurisprudência *Skidmore*, decidida no caso *Mead*, não foi a única novidade que este trouxe.

Conforme se disse, foi também abordada a questão do «*intent*»⁶⁰: o Supremo decidiu que o caso *Mead* não mereceria deferência judicial ao abrigo da jurisprudência *Chevron*, por considerar que o Congresso não tinha querido, com o *Fair Labor Standards Act*, que fosse a própria *agency* (o «*Administrator*») a determinar se certa situação se insere ou não nesse ato.

Surge, assim, sem que nada o previsse e sem se compreender por completo o *reasoning* por detrás da mesma, uma decisão em que afinal os requisitos do *Chevron*, nomeadamente a *positividade* dos dois testes da *two step doctrine* já não determinam a aplicabilidade ou não de deferência *Chevron*, sendo preciso avaliar o *intent*, ou a intenção, do Congresso quando elaborou os diplomas que parametrizam a atuação da entidade administrativa; por outro lado, como que por prémio de consolação, permite-se uma deferência judicial não *Chevron* nos casos em que, se o novo teste – do *intent*, que como se disse surge de forma completamente *ad hoc* – não for passado com sucesso, for reconhecido, ao abrigo de uma doutrina de 1944, um poder de persuasão da *agency*: nesses casos pode conceder-se à *agency* deferência *Skidmore*, *ex vi* a decisão *Mead*.

59. Sobre o tema, com referências, J. SILVA SAMPAIO, “In search of lost “political question doctrine”: A Comment on Maimon Schwarzschild’s paper on political questions”, *Revista E-Pública*, Volume 5, número 3, dezembro de 2018, ICJP/CIDP, em especial o ponto 8, o ponto 10, a nota 28 e as referências nesta indicadas.

60. Sobre este tema, que infelizmente não vai poder ser abordado extensivamente nesta oportunidade, cfr. D. CANALE e F. POGGI, “Pragmatic Aspects of Legislative Intent”, *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 64, No. 1, 2019, pp. 125-138 e, ainda, com interesse para o mesmo, P. SANDRO, “To Whom Does the Law Speak? Canvassing a Neglected Picture of Law’s Interpretive Field”, in M. ARASZKIEWICZ; *et al.* (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Law and Philosophy Library, vol 111, Springer, 2015, pp. 265-280.

O Justice Scalia votou, sozinho, contra o sentido decisório do caso *Mead*, que prevaleceu com oito votos a favor.⁶¹ A sua crítica principal à decisão é a mudança de paradigma que representa. De acordo com Scalia, “*whereas previously a reasonable agency application of an ambiguous statutory provision had to be sustained so long as it represented the agency’s authoritative interpretation, henceforth such an application can be set aside unless “it appears that Congress delegated authority to the agency generally to make rules carrying the force of law”*».

Ainda que não se concorde com a defesa que faz da jurisprudência *Chevron*, face ao que se referiu *supra*, concorda-se com a crítica à questão do «*intent*».

Na opinião do Justice Scalia, esta decisão cria um requisito adicional para o funcionamento daquela que era a doutrina *Chevron*, o chamado *intent*, que consistiria na ideia de que o Congresso teria dado especificamente a autoridade àquela *agency* para efetuar as referidas interpretações, o que significa, *a contrario*, que caso não se demonstre esse *intent*, a interpretação que uma *agency* faça de um determinado enunciado normativo deixa de merecer deferência, como até aqui merecia, à luz da doutrina *Chevron*.⁶²

A deferência *Chevron* sofre um forte abalo, no sentido de o seu *two step test* (enquanto pressuposto) deixar de ser a forma através da qual, e a única forma através da qual, é avaliada a concessão dessa deferência.

Mas iríamos mais longe. É que a situação que soçobra é curiosa: por um lado, podemos ter um caso que sem cumprir os requisitos da deferência *Chevron* pode obter deferência semelhante à do *Chevron*, através da doutrina *Skidmore*, *ex vi* o caso *Mead*, e, inversamente, por outro lado, e ao mesmo tempo que existem estes casos não *Chevron* que merecem deferência *Chevron*, poderão também existir também casos tipicamente *Chevron* que não merecem deferência *Chevron*, porque lhes falta o *intent*, que passou a ser um requisito face à decisão do caso *Mead*.

É porventura deste efeito que surge a consideração do Justice Scalia, chamando a atenção para o seguinte efeito: “*The Court has largely replaced Chevron, in other words, with that test most beloved by a court unwilling to be held to rules (and most feared by litigants who want to know what to expect): th’ol’ “totality of the circumstances” test.*”⁶³

61. A fundamentação completa do voto de vencido do Justice Scalia no caso *Mead* pode ser encontrada em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-1434.ZD.html>.

62. Considerando o caso *Mead* como uma «perfuração da presunção subjacente à doutrina *Chevron* (a presunção ambiguity qua delegation), condicionando a admissibilidade da permissão de regulamentar normas legais à detecção de evidência explícita de que os órgãos da função legislativa efectivamente delegaram nos órgãos administrativos competência para densificar pressupostos das normas legais, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade*, p. 653, nota de rodapé 1477.

63. A referência, aqui, a «th’ ol’» é uma forma de tentar aproximar a fonética da escrita, que significa simplesmente «the old», neste caso *the old totality of circumstances*. Ou, numa outra tradição, o *all things considered*, já referido *supra*.

Há variadíssimos problemas relacionados com o *intent*, dos quais não teremos oportunidade de dar conta de todos. Desde logo, um problema formal, na medida em que é um requisito novo, que como bem escreveu o Justice Scalia, corresponde a uma espécie de «teste de tudo». Iríamos mais longe: é uma espécie de abandono do direito e um retorno à *prudentia*, com tudo o que de mau isso representa ao nível da ciência do direito (e, conseqüentemente, para a sociedade, que se quer face a um ordenamento jurídico sofisticado, conhecido e com condições de cientificidade inerentes às decisões que emite.

Por outro lado, tudo quanto acima se afirmou quanto à necessidade de conhecimento do direito surge agravado. Se face à jurisprudência *Chevron* já levantámos dúvidas sobre o perigo causado pelo desconhecimento do direito – nomeadamente sobre a forma como os tribunais vão interpretar determinados enunciados normativos, não quanto ao seu conteúdo, mas quanto a considerar se tal conteúdo é ou não ambíguo para efeitos da deferência *Chevron*, que depois terá efeitos quanto à sua decisão face a uma determinada atuação de uma entidade pública, agora chegamos a um novo nível de estupefação: a «intenção» do legislador não só deve ser tomada em conta, como é critério para saber se a entidade *a* ou *b* tem ou não tem competências para a ação *z*.

No fundo acrescenta-se um requisito ao *Chevron*, tornando mais difícil a sua concessão, mas acrescenta-se também uma possibilidade de conferir deferência judicial face ao grau de *persuasiveness*, se existir, por aplicação do *Skidmore*, sem preenchimento dos requisitos do *Chevron*.

A decisão do caso *Mead* é, em nossa opinião, um passo numa direção completamente errada, com o aparecimento, sem razão de ser e sem sequer grande explicação, de um novo requisito de intencionalidade na legislação do Congresso, relativamente a uma suposta vontade que este tinha, ou não, que um determinado caso futuro, hipotético, devesse ou não ser decidido pelas *agencies*, o que é uma solução francamente subótima, não apenas por trazer uma enorme *alea* à atividade administrativa – como saber se determinada decisão deve ser considerada confiável, quando a sua validade vai depender da avaliação que um tribunal fizer da hipotética vontade do Congresso? – e, por outro lado, desequilibrando largamente a balança dos poderes na medida em que os Tribunais acabam por ter o controlo total, pois decidem sobre a sindicabilidade ou insindicabilidade da atuação do poder executivo, através da interpretação de uma qualquer vontade hipotética do poder legislativo, determinando a sua competência sem qualquer vinculação legal atendível que não um mero teste de *intencionalidade*.

Muito mais haveria para dizer sobre esta parte: intencionalidade no momento da promulgação dos diplomas? Uma intencionalidade atualizada àquilo que se acredita ser a posição do Congresso no momento da decisão do caso? Uma intencionalidade normativa expressivista, independente da vontade originalista, ou ligada ao significado primeiro que o tribunal acredita poder reconstituir? De forma não sindicável, acrescenta-se: como syndicar qual a vontade do Congresso?

3. Conclusões

Este trabalho tinha como objetivo analisar a famosa jurisprudência *Chevron*, na medida em que se entendeu que existem algumas falhas na construção da mesma, bem como que algumas partes poderiam ser trabalhadas de uma maneira diferente, mais científica, analítica, que beneficiariam muito a segurança jurídica e a própria compreensão do alcance da decisão, criando uma maior previsibilidade e igualdade na aplicação do direito, com todas as vantagens que isso comporta.

Após tentar decompor aquilo que o *Chevron* determina, procurou montar-se de novo as peças de forma diferente, de forma gradual e logicamente encadeadas, de maneira a que este teste pudesse ter uma configuração mais operativa, como tem, por exemplo, no nosso sistema jurídico, o princípio da proporcionalidade, com as suas três vertentes.

O contributo, modesto, que se deu teve esse desiderato. Relativamente à decisão *Mead*, esta consubstancia, a nosso ver, um equívoco assinalável, apontando o ordenamento jurídico norte-americano num sentido errado, mais do que o anterior, quando a reconstrução analítica do caso *Chevron* e a análise do mesmo através de um diferente prisma poderia ter sido a solução para as suas insuficiências, que eram, seguramente, atendíveis com maior facilidade do que as novas trazidas pelo caso *Mead*.

Bibliografia⁶⁴

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, Permissory Norms and Normative Systems, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University, (1984/1986/2012), pp. 324-336

AZEVEDO, Pedro Santos, O polimorfismo competencial: análise das normas de competência à luz da teoria kelseniana, em PEDRO MONIZ LOPES (org.), *O Pensamento de HANS KELSEN - influência, contexto e atualidade*, AAFDL Editora, 2020, pp. 133-153

BARRON, David; KAGAN, Elena, Chevron's Nondelegation Doctrine, *The Supreme Court Review*, Volume 2001, número 1, University of Chicago Press, pp. 201-265

BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch - Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986

BIRD, Alexander; TOBIN, Emma, Natural Kinds, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018), EDWARD N. ZALTA (ed.), disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/natural-kinds>

BOATRIGHT, JASON, The history, meaning, and use of the words Justice and Judge, *St. Mary's Law Journal*, Volume 49, pp. 727-748

BULYGIN, Eugenio, Sobre la Equivalencia Pragmática entre Permiso y no Prohibición, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, pp. 283-296

CANALE, Damiano; POGGI, Francesca, Pragmatic Aspects of Legislative Intent, *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 64, No. 1, 2019, pp. 125-138.

DAMELE, Giovanni, Algumas considerações sobre o "Realismo radical" da Teoria Pura do Direito e a separação entre Sein e Sollen, em PEDRO MONIZ LOPES (org.), *O Pensamento de HANS KELSEN - influência, contexto e atualidade*, AAFDL Editora, 2020, pp. 49-63

DUARTE, David,

- Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross: a Crítica, a Inexistência de Permissões Fracas e a Completude do Ordenamento em Matéria de Normas Primárias, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLIII, 1, 2002, pp. 257-281

- *A norma de legalidade procedimental administrativa - a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Almedina, 2006

64. A bibliografia é apresentada por ordem alfabética do último nome do autor. Nos casos em que existam várias entradas de um mesmo autor, as obras são apresentadas por ordem cronológica.

- Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning, *Ratio Juris*, 2011, 24, pp. 112-139

- Legal Science: The Demarcation Problem and the Perimeter of “Good Science”, em DAVID DUARTE; PEDRO MONIZ LOPES; JORGE SILVA SAMPAIO (eds.), *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*, Springer Verlag, 2019, pp. 211-251

DARWIN, Charles, Letter no. 2130, *Darwin Correspondence Project*, disponível em <https://www.darwinproject.ac.uk/letter/DCP-LETT-2130.xml>

ENDERSBY, Jim, Lumpers and Splitters: Darwin, Hooker, and the Search for Order, *Science*, New York, 326, 2009, pp. 1496-1499

GUASTINI, Riccardo, Distinguendo. *Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1999, na tradução em castelhano de JORDI FERRER BELTRÁN, Distinguendo. *Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999

HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, reprint from the Original, L.A., Oxford, Clarendon Press, 1896

KELSEN, Hans,

- *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the 1. Ed. of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (1934)

- *Pure Theory of Law, Translation from the Second German Edition (revised and enlarged)*, Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967

LEFKOWITZ, David, Sources in Legal Positivist Theories em SAMANTHA BESSON; JEAN D'ASPREMONT (eds.), *Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, 2017, pp. 323-341.

LOPES, Pedro Moniz,

- Implicações da Genericidade na (in)consistência e na (in) completude dos Sistemas Jurídicos em P. MONIZ LOPES, *Estudos de Teoria do Direito*, I, Lisboa, 2018, pp. 105-162

- *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, Volume I, AAFDL Editora, Lisbon Law Editions, 2019.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian, The votes of other judges, *Georgetown Law Journal*, 159, 2016, pp. 159-190

ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Tourledge and Kegan Paul, 1968

SAMPAIO, Jorge Silva, In search of lost “political question doctrine”: A Comment on Maimom Schwarzschild’s paper on political questions, *Revista E-Pública*, Volume 5, número 3, dezembro de 2018, ICJP/CIDP

SANDRO, P., To Whom Does the Law Speak? Canvassing a Neglected Picture of Law's Interpretive Field in M. ARASZKIEWICZ; P. BANAŚ; T. GIZBERT-STUDNICKI; K. PŁESZKA (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Law and Philosophy Library, vol 111, Springer, 2015, pp. 265-280

SHIVAKUMAR, Dhananjai, The Pure Theory as Ideal Type: Defending Kelsen on the Basis of Weberian Methodology, *Yale Law Journal*, Volume 105, Issue 5, 1996, 1383-1414

TAMMELO, Ilmar, Review of *Reine Rechtslehre - Second Edition* by Hans Kelsen, *Journal of Legal Education*, Volume 15, número 3, 1963, pp. 351-357

WRIGHT, George Henrik von, *Norm and Action: A Logical Enquiry*, Routledge and Kegan Paul, 1963
