ESCOLA DE FORMAÇÃO 2007

Marina de Santana Souza

A PERMEABILIDADE DAS QUESTÕES DE MÉRITO NA REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS RELATIVOS AO IOF, II E IPI NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

São Paulo

2007

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO

ESCOLA DE FORMAÇÃO 2007

A PERMEABILIDADE DAS QUESTÕES DE MÉRITO NA REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS RELATIVOS AO IOF, II E IPI NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2007.

Autora: Marina de Santana Souza

Orientador: Fabrício Antônio Cardim de Almeida

São Paulo

2007

Banca examidadora:

Brisa Ferrão

Fabrício Antonio Cardim de Almeida

Resumo

O presente trabalho consiste em uma análise empírica dos casos julgados no STF, envolvendo atos discricionários relativos ao Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF, ao Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI e ao Imposto de Importação – II. Todos esses tributos são instrumentos de implementação de políticas econômicas, e, partindo dessa premissa[1], analisa-se o entendimento do STF acerca da permeabilidade das questões de mérito de atos administrativos discricionários concernentes aos tributos supra referidos, quando tenham sido estes objeto de revisão judicial. Analisou-se, mais especificamente, se as questões de mérito do ato discricionário eram apreciadas para o julgamento, e nos casos em que eram, dentro de quais limites.

Palavras-chave: revisão, judicial, mérito, atos administrativos discricionários.

[1] Premissa fundamental, na medida em que parece justificar o fato dessa discricionariedade ter sido atribuída ao Poder Executivo por meio da Constituição Federal.

Índice

1. Introdução 6

2. Método de pesquisa adotado e caminhos abandonados 8

3. Casos Analisados 12

3.1. IOF – Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. 14
3.1.1. RE 149659 15
3.1.2. AI-AgR 142348 e AI-AgR 138344 17
3.1.3. AI-AgR 137370; AI-AgR 137380; AI-AgR 137914; AI-AgR 151855 18
3.1.4. RE 188951 20
3.1.5. RE-Edv 175230 21
3.1.6. Quadro sinótico dos argumentos deste capítulo 22
3.2. IPI – Imposto Sobre Produtos Industrializados 23
3.2.1. RE 140669 24
3.2.2. RE 344331 27
3.2.3. AI-AgR 630997 30
3.2.4. Quadro sinótico dos argumentos deste capítulo 32
3.3. II – Imposto Sobre a Importação de Produtos Estrangeiros 32
3.3.1. RE 225602 33
3.3.2. RE 222330 40
3.3.3. Quadro sinótico dos argumentos deste capítulo 41

4. Comparação com a Suprema Corte dos Estados Unidos 43

4.1. Citizens to preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971) 44
4.2. Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council, 467 U.S. 837 (1984) 46
4.3. Análise comparativa 51

5. Conclusões 54

6. Bibliografia 57

7. Anexos 58
7.1. Citizens to preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971) 58
7.2. Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council, 467 U.S. 837 (1984) 74

1. Introdução

O presente trabalho consiste, eminentemente, em um estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Mais especificamente, busca-se extrair da referida corte algum entendimento concernente às formas e limites da revisão judicial de atos administrativos discricionários em matéria tributária.

O objetivo principal consistiu em verificar as seguintes hipóteses:

i) O STF não possui um entendimento sedimentado[2] no que diz respeito à revisão de atos administrativos discricionários em matéria tributária, e nem quanto à existência de um limite substantivo ao qual estariam submetidos os ministros, caso existisse o entendimento de que a motivação dos atos poderia ser objeto de revisão. Limite substantivo aqui entendido pela pertinência ou não de se analisar as questões de mérito dos atos, e caso se entenda pertinente esta análise, em que moldes ela se daria? Poderia o Judiciário questionar a real conveniência e oportunidade dos atos? Ou ainda, determinar que haveria outra escolha mais conveniente e oportuna? Ou isso estaria além de sua competência, em função da separação dos poderes? Por outro lado, dizer que não é possível ao Judiciário determinar se a decisão da Administração Pública foi a mais conveniente ou a mais oportuna possível, significaria, em alguma medida, dizer que o conteúdo da motivação dos atos não estaria suscetível ao controle exercido pelo Judiciário?

ii) O STF tende a não julgar as ações concernentes à revisão de atos administrativos discricionários em matéria tributária, quando estes decorrem de alguma espécie de decisão política emanada da esfera do Poder Executivo. Haveria uma espécie de receio por parte dos

[2] Por entendimento sedimentado, para os fins dessa pesquisa, considera-se uma opinião consolidada da corte, ou algum caso paradigmático que venha a servir de precedente para todos os demais relativos à matéria, no qual o STF tenha decidido em que medida do Judiciário pode ou não avaliar a motivação dos atos administrativos discricionários em matéria tributária.

> ministros do STF em adentrar as questões relativas a decisões políticas em razão da separação de poderes, e da possibilidade de legislar positivamente, algo que lhes seria vedado. Neste sentido, as decisões concernentes a esta matéria raramente entrariam numa análise do que consistiu o ato, e apenas tangenciariam essa análise através de uma outra que abrangeria apenas os pressupostos de existência e validade dos atos.

Segundo o STF, é ou não possível revisar a motivação dos atos administrativos discricionários em matéria tributária? Em caso afirmativo, o que busco na presente pesquisa é aferir se há um limite claro de revisão das questões de mérito desses atos.

2. Método de pesquisa adotado e caminhos abandonados

Na busca de entender o que já se discutiu no STF sobre a revisão dos atos administrativos discricionários pelo judiciário, principalmente do ponto de vista da separação dos poderes, da legitimidade democrática e do limite de atuação do judiciário no que concerne ao mérito das ações que tratam do assunto, realizei esta pesquisa conforme demonstrarei a seguir.

A pesquisa de jurisprudência do STF foi divida, basicamente, em duas etapas, que consistiram em: (i) a busca de acórdãos, que tinha a finalidade de mensurar o tamanho do universo de ações sobre o tema que tramitaram no STF e definir qual seria o recorte da análise que procederia esta etapa; e (ii) uma análise qualitativa de 14 acórdãos selecionados do universo resultante da primeira etapa da pesquisa conforme será explicado a seguir.

A primeira etapa da pesquisa consistiu em uma busca feita no campo de pesquisa livre no site do STF na rede mundial de computadores[3]. Combinei todos os termos que achei que pudessem levar às ementas dos acórdãos que me interessavam e realizei uma busca no site do STF.[4] Para cada combinação de termos fiz a busca no singular e no plural, ligando todas as palavras por "e" (Ex.: Atos **e** Administrativos **e** Discricionários).

Dos resultados obtidos nessa primeira busca, vi que o número de casos seria muito grande e não passível de ser analisado no tempo que eu dispunha. Além disso, percebi que o conector "e" era abrangente demais e acabava por levar a resultados que não eram interessantes ao objetivo desta pesquisa, em função de uma série de problemas inerentes ao levantamento da jurisprudência do STF[5].

---

[3] www.stf.gov.br

[4] Os termos utilizados foram os seguintes: Revisão, Ato (s), Administrativo (s), Administração, Discricionário (s), Discricionariedade, Motivação, Conveniência, Oportunidade.

[5] Esse assunto merece especial atenção, já que é realmente muito trabalhoso chegar ao universo de decisões relevante à pesquisa quando se trata de análise de jurisprudência do STF. Isso se deve ao fato de que há uma série de mecanismos que o próprio STF utiliza para organizar sua jurisprudência, que não são dos mais objetivos ou óbvios. Os principais problemas com que me deparei nessa etapa de busca de acórdãos foram: (i) a indexação nem sempre é feita com base apenas nas palavras-chave dos casos, o que conduz a resultados pouco precisos; (ii) as

Para chegar a um número viável de análise, peguei os resultados mais abrangentes e alterei os conectores para conduzir a resultados mais próximos do que eu esperava (Ex.: Atos **Adj2** Administrativos **e** Discricionários). Importante mencionar que isso foi feito com a intenção de não ignorar estes universos com muitos resultados, e também de eliminar aqueles casos nos quais os termos apareciam muito longe um do outro, e que pouco provavelmente me seriam úteis.

Cheguei ao resultado de 445 acórdãos conforme demonstrado abaixo[6]:

Combinação dos Termos	**Casos encontrados**
Revisão e Atos e Administrativos	111
Revisão Prox10 Ato Adj2 Administrativo	22
Revisão e Atos e Administração	157
Revisão Prox10 Ato e Administração	28
Motivação e Ato e Administrativo e Revisão	40
Motivação e Atos e Administrativos e Revisão	1
Revisão e Atos e Administrativos e Discricionários	3
Revisão e Ato e Administrativo e Discricionário	25
Revisão e Atos e Administrativos e Discricionariedade	10
Revisão e Ato e Administrativo e Discricionariedade	20
Ato e discricionário e conveniência e oportunidade	28
Atos e discricionários e conveniência e oportunidade	0

Desse universo ainda era necessário excluir os casos que apareceram mais de uma vez por diferentes combinações de termos e fazer o *case brief.* Listei esses 445 resultados em uma tabela cujos campos a serem preenchidos eram: (i) Número; (ii) Data de julgamento; e (iii) Número do Processo[7]. Utilizei esta tabela para eliminar os acórdãos que apareceram mais de uma vez como resultado de diferentes combinações de termos de pesquisa.

---

ementas nem sempre correspondem à efetiva discussão do caso; (iii) ainda é preciso fazer a busca com termos no singular e no plural porque não há nenhum mecanismo de unificação; dentre uma série de outros que dificultaram, em alguma medida, a extração do que me era relevante para construir o meu próprio banco de dados.

[6] Produzida com base nos dados obtidos por meio da ferramenta de busca "pesquisa livre" no site do STF em 14.07.2007.

[7] Vide Anexo 7.1. – 1ª Etapa A.

Eliminados os repetidos, passei para a segunda etapa da busca de acórdãos. Restaram 338 casos para analisar as ementas e então definir, a partir da leitura destas, quais eram relevantes ou não para a análise qualitativa que viria a seguir. Elaborei então uma outra tabela na qual inclui as principais informações a serem extraídas das ementas, para nortear o posterior recorte da análise qualitativa.[8]

Nesta outra tabela inclui os seguintes campos: (i) Ano de julgamento da ação; (ii) Tipo de ação; (iii) N.º do Processo; (iv) Ministro Relator; (v) Procedência; (vi) Órgão julgador; (v) Votação; (vi) Espécie do ato administrativo de que trata a ação; (vii) Órgão do qual emanou o ato; (viii) Interesse potencial para a pesquisa qualitativa; e (ix) Observações. O mais importante desta fase era eliminar aqueles casos que não tinham qualquer relação com o meu tema, ainda que tivessem passado pelos critérios de seleção.

Em uma terceira etapa da busca de acórdãos, extraí da tabela constante no Anexo 7.3 apenas as 44 ações que realmente tratavam da revisão de atos administrativos discricionários, para, a partir daí, definir o recorte da análise qualitativa da pesquisa.

O ideal seria analisar todas essas decisões, já que, só assim seria possível avaliar qual o entendimento do STF acerca da revisão de atos administrativos discricionários, genericamente. No entanto, em virtude da inexistência de tempo hábil para tanto, e da necessidade de reduzir a quantidade de casos analisados, tive de encontrar algum denominador comum entre esses 44 casos para fazer a seleção dos casos que seriam analisados.

Através da leitura dos acórdãos deste universo de 44 ações supra referido, percebi temas muito interessantes debatidos nas ações envolvendo as questões tributárias. Em primeiro lugar, porque se tratavam de atos relacionados a matéria econômica, e a discricionariedade do Estado estava,

[8] Vide Anexo 7.3.

geralmente, relacionada à implementação de políticas econômicas. Mais especificamente, à utilização das funções extra-fiscais dos tributos para a implementá-las. Além disso, eu percebi que talvez houvesse conteúdo para extrair dali um entendimento que pudesse ser analogicamente aplicado a outras áreas do direito, quando presentes as mesmas premissas. Em outras palavras, vislumbrei a existência de uma *ratio decidendi* que poderia ser utilizada, futuramente, em casos similares.

Partindo daí, aferi que neste recorte temático constavam, a princípio, apenas 17 acórdãos para serem qualitativamente analisados. Este número era viável, em termos temporais, e me permitiria fazer uma análise mais crítica e cuidadosa, do que se eu tivesse optado por analisar um número muito maior de acórdãos.

Definido o recorte temático, parti para a leitura de todos os acórdãos selecionados, na tentativa de extrair dos argumentos constantes nos votos a forma como os ministros do STF lidam com a revisão de atos administrativos discricionários concernentes a questões tributárias.

Durante a leitura dos casos, destaquei, para facilitar e nortear a análise: (i) quais eram os dispositivos normativos envolvidos, (ii) os principais argumentos utilizados por cada ministro em seus votos, e (iii) o que realmente estava sendo objeto da discussão, para então avaliar, qualitativamente, a forma que os ministros lidam com as questões de mérito dos atos administrativos discricionários em matéria tributária.

3. Casos Analisados

Conforme explicado no capítulo anterior, serão analisados os casos relativos à revisão dos atos administrativos discricionários em matéria tributária. Após definir quais os casos seriam efetivamente analisados, separei os casos pelos tributos de que tratavam. Havia no total onze casos relacionados ao IOF – Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários; três casos sobre o IPI – Imposto Sobre Produtos industrializados; três casos sobre o II – Imposto de Importação; e um caso sobre a aplicação de uma multa fiscal.

Após criteriosa análise dos acórdãos, optei por excluir a análise de três deles por questão de pertinência temática. O primeiro foi um mandado de segurança relativo ao Imposto de Importação[9], julgado em 1951. As relações de importação estabelecidas àquela época eram completamente distintas das de hoje em dia, não só em função da fundamentação legislativa, mas dos próprios hábitos de comércio exterior que muito evoluíram desde então. O caso não tinha qualquer denominador comum com os demais casos referentes ao Imposto de Importação e não se tratava do imposto em seus moldes atuais.

A segunda exclusão se deu em razão do fato de que o ato discricionário questionado era um ato regulamentador de medida provisória que não foi convertida em lei. A não conversão da MP ensejou a perda de objeto da ação e os votos, portanto, não entraram na análise de mérito.

A terceira e última exclusão da análise qualitativa se deu porque o acórdão não tratava da revisão de ato administrativo em matéria tributária, mas discutia a possibilidade da legalidade de um ato dessa natureza ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade.

---

[9] Que, na verdade, não se tratava do imposto de importação nos moldes atuais, mas de uma autorização do Presidente da República para que fossem importadas 30.000 toneladas de farinha de trigo para suprir a demanda interna. O ato discutido era a autorização para importar, não o imposto propriamente dito.

Além da análise qualitativa de cada acórdão, coloquei ao fim do item de cada tributo, um quadro sinótico dos principais argumentos dos ministros contra ou a favor da revisão da motivação dos atos administrativos discricionários. Estes quadros não só sintetizam as tendências argumentativas, mas fundamentam a análise quantitativa dos argumentos contrários e favoráveis que aparecem na conclusão. Não inclui nos quadros sinóticos todos os argumentos suscitados pelos ministros, mas apenas aqueles que parecem ter sido premissas fundamentais para o posicionamento no voto proferido.

Restaram, portanto, para serem analisados, qualitativamente: nove casos referentes ao IOF, três casos referentes ao IPI e dois casos referentes ao II.

3.1. IOF – Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários.

O IOF é um imposto de competência da União Federal e todas as operações compreendidas no campo de incidência desse imposto são disciplinadas por lei federal. Ele está previsto na Constituição Federal, em seu art. 153, V. No Código Tributário Nacional – CTN, tratam do IOF os artigos 63 a 67. Além disso, há um decreto que o regulamenta, o Decreto n.º 4.494/2002.

Sua implementação ocorreu em 1965, quando foi incluído na Constituição vigente à época pela Emenda Constitucional n.º 18/65. Ele é sucessor do Imposto do Selo e tem uma função predominantemente extrafiscal, relativa ao controle da política monetária, embora sua função fiscal também tenha se demonstrado bastante significativa, já que enseja o recolhimento de somas consideráveis aos cofres públicos[10].

Estabeleceu-se no art. 66 do CTN que o contribuinte do IOF pode ser qualquer das partes na operação tributada, ficando a critério do legislador ordinário essa indicação. No que tange ao fato gerador, é importante ressaltar que seu elemento material é a operação de crédito, câmbio, seguro ou com títulos e valores mobiliários. O que significa que deve haver uma operação respectiva para se considere ocorrido o fato gerador[11].

O presente capítulo sobre a análise dos casos sobre IOF tem uma particularidade em relação aos dos demais tributos analisados nesta pesquisa. Trata-se do fato de que todos os casos questionam, ainda que em diferentes aspectos, a constitucionalidade do mesmo dispositivo legal, o artigo 6º do Decreto-lei n.º 2.434 de 1988, abaixo transcrito:

"Art. 6º. Ficam isentas de Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e Sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários, as operações de câmbio realizadas para pagamento de bens importados, ao

---

[10] SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário*. São Paulo, Premier Máxima, 2005. 8ª Edição. p. 389.
[11] *Id*. nota 15 supra p. 390.

amparo da Guia de Importação, ou documento assemelhado, emitida a partir de 1º de julho de 1988."

3.1.1. RE 149659

Trata-se de recurso em face de decisão proferida pelo tribunal *a quo* que declarou a constitucionalidade do art. 6º do Decreto-lei n.º2.434/88, que concedeu isenção do IOF Câmbio com base na data de emissão da Declaração de Importação ou documento semelhante.

A recorrente alegou, em suma, que o referido dispositivo violaria o princípio da isonomia tributária e teria deslocado o fato gerador da obrigação. O Ministro Marco Aurélio Mello, a quem foi distribuído o processo, indeferiu em decisão interlocutória monocrática o recurso extraordinário, motivo pelo qual foi interposto agravo regimental, que, deferido, deu seguimento ao julgamento do RE.

A Segunda Turma deu provimento ao Recurso para melhor examinar a matéria argüida. Na redistribuição do RE para julgamento posterior ao do Agravo, o processo foi para o Ministro Paulo Brossard.

Em seu voto, o Ministro Paulo Brossard entendeu não serem procedentes os argumentos da recorrente, uma vez que a isenção fiscal seria decorrente do implemento de política fiscal e econômica pelo Estado. Em função disso, tratava-se de ato discricionário que tinha em vista determinado interesse social, e que envolvia um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo que escaparia ao controle do Judiciário.

Algo que pode-se dizer ter faltado na argumentação do Ministro-relator, foi o fato de que ele não demonstrou por quais motivos a implementação de uma política fiscal e econômica, por meio da concessão do benefício isencional, constitui algo impermeável ao Judiciário *per si*.

Além disso, alegou o Ministro Paulo Brossard que não houve deslocamento da data da ocorrência do fato gerador para o momento da emissão da Declaração de Importação. A isenção em apreço trata-se de um discrímen

baseado em uma política fiscal econômica que não abrange a todos os contribuintes, mas que pressupõe a ocorrência prévia do fato gerador.

A pretensão de declarar a inconstitucionalidade da última parte do artigo 6º do referido decreto eliminaria uma condição temporal imposta, de uma extensão normativa não desejada pelo administrador-legislador (uma vez que se trata de decreto), o que lhe seria defeso.

No final de seu voto, o Ministro Paulo Brossard argumenta em prol da necessidade de delegar alguma competência normativa ao Poder Executivo, uma vez que se vencida a tese defendida pela recorrente, o país ficaria, segundo ele "imobilizado *ad aeternum.*" As relações de comércio exterior são por demais dinâmicas para submeterem-se ao processo legislativo regular. De uma hora para outra podem ser requeridas providências urgentes e até mesmo antagônicas. Uma conveniente e oportuna ação de beneficiar momentaneamente os contribuintes com a isenção do imposto de importação pode se esvair, e em função disso tornar-se-ia necessário o retorno da cobrança do imposto.

Algo que não ficou claro nesse trecho do voto do Ministro, no entanto, foi o que ele quis dizer quando utilizou a expressão "imobilizado *ad aeternum.*" Ainda que seja claro que as políticas de comércio internacional são extremamente dinâmicas e requerem que o Executivo disponha de mecanismos para estabelecer as políticas a ela inerentes. O que não se pode afirmar é que esse fato, por si só, justificaria a delegação de poderes ao Executivo sem que lei existisse para isso. Se fosse esse o caso, o Legislativo ficaria suscetível a usurpação de suas competências por parte do Executivo.

Não obstante essa justificativa do Ministro da necessidade de agilidade por parte do Executivo, ele entendeu que, por este motivo é que a Constituição lhe faculta, dentro dos limites e condições estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos de importação, exportação, IOF e IPI.

Ainda que se trate aqui da análise de um caso relativo ao IOF, o Ministro parece chegar a uma conclusão que seria aplicável aos demais impostos por ele citados, ainda que cada um disponha de peculiaridades e funções distintas. Ainda que fosse o real objetivo do Ministro fazer esse tipo de afirmação, talvez lhe coubesse o ônus de demonstrar qual é o denominador comum entre esses impostos para que a conclusão a que se chegue por meio da análise de um deles seja aplicável aos demais.

O voto do Ministro-relator foi seguido por unanimidade pelos demais, que nada acrescentaram às suas considerações.

3.1.2. AI-AgR 142348 e AI-AgR 138344[12]

Tratam-se de agravos regimentais em face de decisões interlocutórias monocráticas, proferidas pelo Ministro Relator Celso de Mello, nas quais ele indefere os agravos de instrumento que tinham por objetivo obter a concessão do benefício isencional do IOF na liquidação de contratos de câmbio pertinentes a guias de importação emitidas em data anterior a 1º de julho de 1988, sendo que o Decreto-Lei nº 2.434/1988 determinou, em seu art. 6º, que tal isenção somente seria aplicável às guias de importação emitidas depois desta data.

As agravantes alegaram que o referido art. 6º infringiria os princípios da igualdade e da irretroatividade previstos na Constituição para as questões de tributárias.

Diante da alegação de que o art 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 teria vulnerado o princípio da igualdade tributária, com base na afirmação de que a escolha da data de emissão das guias de importação como fator de discrímen para concessão do benefício isencional teria sido arbitrária, o Ministro Celso de Mello aduz que a desequiparação operada pela norma tem

[12] Ambos os casos possuem votos e acórdãos idênticos, inda que não tenham sido julgados no mesmo dia.

fundamento racional no dever do Estado de implementar políticas governamentais, observados os limites de sua competência constitucional.

A princípio, o Ministro adotou uma prática do teste de razoabilidade do ato, ainda que não o tenha feito explicitamente, parece ter sido este um argumento fundamental da decisão do Ministro.

Segundo o Ministro, na isenção tributária de que trata o presente caso, a utilização da função extrafiscal da norma tributária, fundada em razão de política governamental, não configura "instrumento de ilegítima outorga de privilégios estatais em favor de determinados estratos de contribuintes."

Não obstante, diz o Ministro Celso de Mello que a concessão do benefício isencional encontra limites na Separação de Poderes, que determina que a isenção é abrangida pelo princípio da reserva legal, segundo o qual o benefício somente poderia emanar de lei. Este fato vedaria, portanto, a competência do Poder Judiciário para determinar que qualquer contribuinte fosse abrangido pelo benefício, já que os magistrados e Tribunais não dispõem de poder legislativo. Neste sentido, ainda que sob o fundamento da isonomia, não poderia o Poder judiciário exercer a anômala função de legislador positivo.

Com base nesses argumentos aqui expostos, o Ministro negou provimento aos recursos e foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais ministros.

3.1.3. AI-AgR 137370; AI-AgR 137380; AI-AgR 137914; AI-AgR 151855[13]

Esses quatro casos serão analisados conjuntamente em virtude dos seus acórdãos serem exatamente iguais. Não tive acesso a todas as peças de todos os casos, mas imagino que eles contivessem a mesma causa de pedir, o mesmo relator, e, por isso, foram julgados da mesma forma, no dia 24 de maio de 1994.

[13] Todos esses casos foram julgados em 24/05/1994, improvidos por unanimidade e contêm votos e acórdãos idênticos. Por esta razão, serão analisados de forma conjunta neste item.

Tratam-se de agravos regimentais interpostos conta as decisões do Ministro-relator Paulo Brassard, em que ele negou provimento aos agravos de instrumentos contra a inadmissão dos recursos extraordinários.

Alegaram as agravantes, em suma, que o art. 6º do Decreto-lei 2.434/88 teria discriminado uma parcela dos contribuintes, na medida em que tributou e isentou fatos geradores idênticos. Nesse sentido, a parte final do artigo supra referido infringiria o princípio da isonomia e o da livre concorrência.

O Ministro Paulo Brossard considerou improcedentes os argumentos apresentados pelas recorrentes, uma vez que "A isenção decorre do implemento pelo Estado de uma política fiscal, de uma política econômica, tendo em vista determinado interesse social; envolve, assim, um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. Portanto, é ato administrativo discricionário que escapa ao controle do Judiciário."

O dispositivo questionado não viola, segundo o Ministro, o princípio da isonomia porque o contribuinte autorizado a importar não guarda qualquer identidade com aquele que não iniciou o processo de importação. Seriam, portanto situações distintas que justificariam o tratamento distinto que lhes atribuíra ao decreto-lei.

Aduz ainda o ministro que não houve deslocamento do fato gerador da obrigação tributária para o momento em que é praticado o ato administrativo de expedição da guia de importação.

Não poderia o STF, ao declarar a inconstitucionalidade do art 6º do Decreto-lei 2.434/88, determinar a extensão do benefício àqueles cujo legislador, ou administrador-legislador, intencionalmente, não subsumiu.

Importante mencionar que, muito embora os quatro casos mencionem a infração ao princípio da livre concorrência, nada é dito pelo Ministro Paulo Brossard em relação a isso.

3.1.4.RE 188951

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União Federal em face de decisão proferida no sentido de conceder a isenção prevista no Art. 6º do Decreto-lei n.º 2.434/88 a todas as operações de câmbio relativas à importação de bens, sem considerar a data da emissão das guias de importação.

Esta decisão consistiu em uma interpretação contrária à que vem se consolidando no STF no sentido de que toda norma relativa à isenção fiscal deve ser interpretada restritivamente, conforme é possível aferir pela análise dos casos deste e dos demais capítulos do presente trabalho.

A decisão recorrida fundamentou-se, basicamente, no seguinte:

i) "as isenções ao serem outorgadas, devem obediência ao postulado constitucional da igualdade material;"
ii) "o fato imponível do IOF-Câmbio ocorre à época da emissão das guias, que não compartilha da intimidade da hipótese do IOF-Câmbio para outorga de isenção legal;" e
iii) "não basta a igualdade perante à lei (igualdade formal), sendo necessária a igualdade da lei (igualdade material)."

A União Federal recorreu por entender que a interpretação extensiva do art. 6º do Decreto-lei n.º 2.434/88 usurpou a competência do Congresso Nacional, na medida em que fez com que o Judiciário atuasse como legislador positivo. Além de ter ferido o princípio da isonomia por ter criado uma distinção da aplicação da norma emanada do Legislativo, em relação aos demais contribuintes.

Argumenta ainda, a Recorrente, que o art. 6º do Decreto-lei n.º 2.434/88 estava inserido num conjunto de medidas governamentais de incentivo à importação a partir de julho de 1988. Em função disso, a redução dos

custos de importação fugiam ao controle do Judiciário, uma vez que consistiam na implementação de políticas econômicas.

Considerando o acima exposto, se o objetivo era reduzir o custo das importações, como medida política incentivo, não faria sentido isentar os contribuintes que realizaram as operações antes da criação do benefício.

3.1.5. RE-Edv 175230

O caso em tela traz de volta à corte uma discussão já consolidada na década de 1990 acerca da constitucionalidade do art. 6º do Decreto-lei n.º 2.434/88.

Ocorre que a Primeira Turma do STF, por unanimidade, deu provimento ao recurso extraordinário da União Federal, no sentido de não estender o benefício da isenção do IOF Câmbio para as operações cujas declarações de importação fossem emitidas em data anterior a 1º de julho de 1988. Contra esta decisão da Primeira Turma, foram interpostos embargos de divergência, alegando que a Corte já teria decidido ações sobre essa mesma matéria de forma distinta.

A embargante traz uma serie de precedentes na tentativa de demonstrar que o STF já tinha decidido essa questão de maneira divergente e que caberia, portanto, a reapreciação do caso para que não restassem dúvidas quanto à matéria.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento dos embargos de divergência, em razão da já consolidada orientação de ambas as Turmas do STF no mesmo sentido do acórdão embargado.

O Ministro Néri da Silveira, Relator, votou no sentido de que o Tribunal realmente já tinha firmado seu entendimento sobre a questão em suas duas Turmas e mencionou precedentes da mesma matéria, de casos em que atuara como relator.

Trouxe de volta o argumento de que "a isenção decorre do implemento de política fiscal e econômica pelo Estado, tendo em vista determinado interesse social: envolve, assim, um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. Portanto, é ato administrativo discricionário, que escapa ao controle do Judiciário."

O voto do Ministro-relator foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais ministros.

3.1.6.Quadro sinótico dos argumentos deste capítulo

Argumento	Ministro	Favorável ou Contrário a Revisão de Mérito dos Atos Adm. Disc.	Vencedor ou vencido
"(...) a desequiparação operada pela norma legal em causa encontra seu fundamento racional na necessidade de o Estado implementar políticas governamentais, cuja execução lhe incumbe efetivar nos estritos limites de sua competência institucional."	Celso de Mello	Contrário	Vencedor
"A isenção fiscal decorre do implemento de política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista o interesse social. É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade."	Paulo Brossard	Contrário	Vencedor
"A isenção decorre do implemento da política pública fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista determinado interesse social; envolve , assim, um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. Portanto, é ato administrativo discricionário que escapa ao controle do Judiciário."	Marco Aurélio Corrêa	Contrário	Vencedor
"a isenção decorre do implemento de política fiscal e econômica pelo Estado, tendo em vista determinado interesse social: envolve, assim, um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. Portanto, é ato administrativo discricionário, que escapa ao controle do Judiciário."	Néri da Silveira	Contrário	Vencedor

3.2. IPI – Imposto Sobre Produtos Industrializados

O IPI é um imposto de competência da União Federal (CF, art. 153, IV e CTN, art. 46), criado com a finalidade de encarecer o consumo dos artigos de luxo e supérfluos, além daqueles considerados desaconselháveis, como cigarro e álcool. O que ocorreu, no entanto, foi que o encarecimento desses produtos não reduziu seu consumo. A função extrafiscal que se almejava tornou-se obsoleta e esse imposto é, na prática, muito mais relevante do ponto de vista fiscal. Ele representou, por algum tempo, o tributo de maior expressão como fonte de receita para a União.

Trata-se de um imposto real, o que quer dizer que ele recai sobre uma determinada categoria de bens, isto é, produtos da indústria. Além disso, o IPI é seletivo, o que quer dizer que suas alíquotas variam de acordo com a indispensabilidade do produto sobre o qual incide[14]. Os produtos supérfluos e artigos de luxo devem receber tributação mais elevada, enquanto os de primeira necessidade devem ter baixa tributação (art. 153, § 3º, I da CF).

Considera-se ocorrido o fato gerador do IPI nas seguintes situações: (i) importação de bens industrializados (início do desembaraço aduaneiro); (ii) saída do estabelecimento industrial ou equiparado de produto industrial; (iii) aquisição em leilão de produto industrializado abandonado ou perdido; e (iv) outras hipóteses específicas da lei, como o caso de saída de produtos de estabelecimentos equiparados a industrial ou a primeira saída por revenda de produtos importados, etc.[15]

Em que pesem as conseqüências práticas da sua instituição, que não corresponderam ao que ele visava coibir à época de sua implementação, o IPI ainda é tratado pela legislação com uma ferramenta de implementação de políticas econômicas.[16] E é com base no aspecto da função extrafiscal que ele será analisado no presente capítulo.

---

[14] SABBAG, Eduardo de Moraes. Direito Tributário, p. 405.
[15] *Id*. nota 14 supra, p. 406.
[16] MACHADO. Hugo de Britto. *Curso de Direito Tributário*. 28ª Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2007. pp. 348-349.

3.2.1. RE 140669

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União Federal em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da Quinta Região – TRF5 que confirmava sentença que assegurava ao contribuinte do IPI o direito de recolher o tributo no prazo previsto pelo Decreto-Lei n. 326/67. Além disso, o acórdão declarou a inconstitucionalidade do art. 66 da Lei n. 7.450/85, que autorizou o Ministro da Fazenda a fixar prazo de recolhimento do IPI, e conseqüentemente, da Portaria MF n. 266/88 através da qual o Ministro instituiu o referido prazo.

O cerne da discussão consiste na análise da constitucionalidade do art. 66 da Lei n. 7.450/85, à luz do art. 6º da CF de 1967, ambos, respectivamente, transcritos a seguir:

"Art 66 - Fica atribuída competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos de pagamento de receitas federais compulsórias."

"Art. 6º São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro."

Importante mencionar que, muito embora a discussão do caso em tela envolva um dispositivo da CF de 1967, o julgamento do caso permaneceu pertinente com a promulgação de uma nova constituição em 1988 porque esta também incluiu em seu texto o dispositivo questionado.

A decisão tomada pela corte regional determinou que, em razão de ser a matéria em questão reservada à lei, e, portanto, de competência do Poder Legislativo, não poderia ser esta objeto de delegação ao Ministério da Fazenda, órgão do Poder Executivo.

Com esta afirmação, desdobra-se a questão da constitucionalidade do art. 66 em dois principais aspectos:

(i) Estaria a matéria da fixação de prazo para recolhimento de tributo abrangida pela reserva à lei?

(ii) Em caso negativo, consistiria esta não-abrangência em delegação de competência do Poder Legislativo ao Poder Executivo?

O voto do Ministro Relator Ilmar Galvão dialoga, constantemente, com os votos proferidos pelos juizes da instância inferior, e, segundo ele, é possível afirmar que a definição de prazos para recolhimento não consiste em matéria abrangida pela reserva à lei, uma vez que não há previsão expressa sobre a fixação de prazos de recolhimento no art. 97 do Código Tributário Nacional - CTN, no qual estão previstas todas as matérias reservadas à lei e suas eventuais exceções.

O que o Ministro Ilmar Galvão argumenta é que, no que concerne ao IPI, houve uma deslegalização[17] da matéria relativa ao prazo de recolhimento, na medida em que a previsão, antes legal, passou a ocorrer por meio de portaria do Ministério da Fazenda. Algo que só foi possível graças ao fato de que a previsão legal de outrora era facultativa.

Para abordar a questão da indelegabilidade entre os poderes, oriunda do texto constitucional, o Ministro Ilmar Galvão faz uso do que fora dito no voto vencido do Desembargador Lázaro Guimarães, do TRF5, segundo o qual a indelegabilidade não pode ser encarada em termos absolutos, e que poderia a lei estabelecer, inclusive em matéria tributária, atribuições ao Poder Executivo, na medida em que tais atribuições fossem razoáveis e inerentes ao exercício do poder público.

[17] Deslegalização nos moldes propostos por Gomes Canotilho e descritos pelo Ministro Ilmar Galvão em seu voto, conforme transcrevo a seguir: "(...) uma lei, sem entrar em regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos (p. 927)." "A deslegalização encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas à lei. Sempre que exista uma reserva material de lei, à lei ou decreto-lei (no caso de autorização legislativa) não poderão limitar-se a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada à lei."

O que não fica claro no voto do Ministro, no entanto, é a questão de quais seriam os fatores a atribuírem razoabilidade às delegações realizadas por meio de lei, ou sequer quais seriam as delegações inerentes ao exercício do poder público que permitiriam que a indelegabilidade não fossem encarada como algo absoluto. Quando utiliza esse tipo de argumento, ao invés de trazer definição ao questionamento que se faz ao STF, o Ministro abre mais lacunas em uma matéria que já não possui limites legais muito claros.

Além de todos os argumentos supra referidos em favor da constitucionalidade do art. 66 da Lei n. 7.450/85, aduz ainda o Ministro Ilmar Galvão que a matéria do prazo para recolhimento do tributo foi tida como elemento secundário não sujeito ao princípio da reserva legal, não somente em razão de não estar prevista explicitamente no art. 97 do CTN, mas também pelo que é possível perceber através da leitura combinada dos artigos 160 e 96, também do CTN, segundo os quais:

"Art. 160. Quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento, o vencimento do crédito ocorre trata dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento."

"Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes."

Neste sentido, é possível dizer, segundo o Ministro Ilmar Galvão, que o prazo pode ser fixado, não somente por lei, mas também pela legislação complementar, que inclui os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, de acordo com o art. 100 do CTN.

Divergem do voto do Ministro Relator os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, e Carlos Velloso alegando, em suma:

i) que a delegação de competência do Congresso Nacional para o Poder Executivo tem que estar prevista na CF para ocorrer,

requisito que não se via preenchido no caso da matéria de prazo para recolhimento de IPI;

ii) que seria necessário manter a estabilidade da relação entre Estado e contribuinte, algo que só seria possível através da "observância irrestrita ao mecanismo próprio que é o revelado pela edição de lei em sentido formal e material;" e

iii) que, em tempos inflacionários, alterar o prazo de recolhimento do imposto equivaleria a alterar o valor real a ser pago pelo contribuinte.

Decidiu-se, por maioria, nos termos do voto o Ministro Relator, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, declarando a constitucionalidade do art. 66 da Lei 7.450/85.

Neste caso, em particular, quase nada se falou acerca da finalidade da delegação de funções de um poder ao outro, exceto pelo Ministro Ilmar Galvão, citando Gomes Canotilho, no que concernia à função de descongestionar o Poder Legislativo, ao atribuir competência mais ou menos ampla ao Poder Executivo.

O debate foi norteado, principalmente, pela previsão constitucional ou não da delegação do poder de estipular o prazo de recolhimento do IPI, especificamente.

3.2.2. RE 344331

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face do acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região – TRF4, que julgou legítima a instituição de alíquotas regionalizadas do IPI incidente sobre o açúcar nas regiões Norte e Nordeste.

O cerne da questão, neste caso, foram as alegações da recorrente de que a redução da alíquota de IPI e a concessão de um crédito tributário presumido, para os produtores das regiões Norte e Nordeste, feririam os princípios federativo, da igualdade genérica e tributária, da uniformidade de

tributos federais, da seletividade e da livre concorrência previstos nos artigos 1º, 5º, 150, II, 151, I, 153, §3º, I, e 170, IV da CF de 1988.

O exposto acima teria ocorrido na medida em que tais providências teriam provocado quase que uma isenção do IPI aos contribuintes das regiões Norte e Nordeste, o que os teria colocado em posição consideravelmente vantajosa em relação aos produtores dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, não abrangidos pelo benefício.

Alegou a recorrente que, em virtude do ferimento aos princípios acima arrolados, teria esta o direito a ver-se abrangida pelos benefícios fundados na Lei n. 8.393/91 e no Decreto n. 2.591/98.

Com base em uma série de referências jurisprudenciais, do próprio STF, a Ministra Ellen Gracie, acompanhada por unanimidade pelo pelos demais ministros, entendeu que a CF admite a "concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país", afastando as alegações de infração ao princípio federativo.

Além disso, disse que a concessão de isenção, neste caso, é ato discricionário do Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, para implementar políticas públicas, econômicas e sociais, utilizando-se das funções extra-fiscais dos tributos. Neste sentido o mérito do ato, segundo a Ministra Ellen Gracie, escaparia ao controle do Poder Judiciário. Motivo pelo qual também lhe seria vedado estender o benefício a contribuintes não beneficiados pela lei.

Aparentemente, o que a Ministra quis dizer aqui, e que se tornou perceptível ao longo da leitura dos acórdãos analisados nesse trabalho, é que aqueles atos que tenham alguma função política, e em razão disso, sejam fundamentados em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, não são passíveis de serem controlados pelo Judiciário naquilo que concernir ao seu mérito.

Será que, se levado ao limite o argumento da Ministra Ellen Gracie, poder-se-ia extrair deste acórdão a conclusão de que o entendimento da corte, no que concerne à sua competência para revisar questões de mérito de todo e qualquer "ato discricionário do Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade," é inexistente?

Ainda que seja uma questão relevante, talvez não seja possível aferir em que medida essa vedação, que parece tão consolidada nos votos dos ministros, se trata de uma interpretação constitucional do STF acerca das funções que lhe teria outorgado a Constituição, ou em que medida consiste em uma decisão de cunho político do STF de abster-se de analisar aquilo que emanou de decisões políticas do Poder Executivo.

O cerne da questão neste caso não era exatamente a revisão de um ato discricionário específico, mas a discricionariedade que a lei atribui ao poder executivo para criar normas tributárias, em face ao princípio da legalidade. Algo muito semelhante é discutido no caso *Chevron U.S.A v. Natural Resource Defense Council*, julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984, que será analisado no item 4.2.

Essa não deixa de ser uma questão relevante ao presente trabalho, uma vez que consiste em outra forma de abordagem dos limites estabelecidos na relação entre Poder Executivo e Poder Judiciário no que concerne aos atos administrativos discricionários em matéria tributária. Há limites para a "deslegalização" em prol da governabilidade?

Digo isso porque realmente é importante que o Executivo disponha de meios para alterar, dentro dos limites legais, os impostos que consistirem em instrumentos de implementação de políticas públicas. No entanto, suprir lacunas decorrentes da omissão do Legislativo, com normas de cunho meramente regulamentar, emanadas do Executivo, me parece ser algo que pode ensejar conseqüências indesejadas.

Indesejadas no sentido de que, pelo que pude extrair da análise dos casos no presente trabalho, as questões de mérito dos atos administrativos

discricionários em matéria tributária não são passíveis de serem controladas pelo Judiciário. Sendo assim, o fenômeno da deslegalização, se não controlado, pode atribuir ao Executivo um poder que não lhe foi delegado expressamente por lei alguma, e que ele exerce sem qualquer controle, em função dessa aparente imunidade da qual dispõem as motivações desses atos.

3.2.3. AI-AgR 630997

Trata-se de agravo regimental no agravo de instrumento no qual a recorrente alega não haver entendimento sedimentado do STF sobre a matéria, por somente ter-se manifestado a primeira turma da referida corte, o que tornaria necessária a apreciação do recurso. A matéria em questão seria a instituição de alíquotas regionalizadas de IPI incidente sobre o açúcar. A recorrente alega terem sido feridos os princípios da seletividade (CF art. 150, parágrafo 3º, I) o princípio da uniformidade (CF art. 151, I), e o princípio da isonomia (CF art. 150, II).

O Ministro Eros Grau, relator do caso, alega, em síntese, que "O decreto n. 420/92 estabeleceu alíquotas diferenciadas – incentivo fiscal – visando dar concreção ao preceito veiculado pelo artigo 3º da Constituição, ao objetivo da redução das desigualdades regionais e de desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I da Constituição."

Em seguida, refere-se o Ministro Eros Grau ao caso AI-AgR-ED 515.168, cuja análise detalhada encontra-se no item 3.2.4.

Funda-se o Ministro no argumento transcrito a seguir: "Ademais, a jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a concessão do benefício de isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário." Utiliza ainda o precedente AI-AgR 138.344, analisado no item 3.1.5, que trata da concessão de isenção ao IOF.

O Ministro Eros Grau seguiu, assim, a mesma linha da Ministra Ellen Gracie no voto por ela proferido no RE 344331, analisado no item 3.3.2 supra, segundo a qual o benefício de isenção fiscal seria ato administrativo discricionário fundado em juízo de conveniência e oportunidade, cuja revisão de mérito é vedada ao Judiciário.

Uma diferenciação que não foi feita pelo Ministro Eros Grau, no entanto, foi a de que o caso em tela se trata de diminuição de alíquota de IPI em determinadas regiões do Brasil, com a finalidade de equilibrar as desigualdades presentes entre estas regiões. Ainda que se possa afirmar que ambas as medidas constituem incentivos fiscais, deveriam a isenção e a redução da alíquota serem tratadas da mesma forma? Ainda nesse sentido, em que medida poder-se-ia considerar pertinente a utilização deste precedente pelo Ministro sem o estabelecimento de qualquer denominador comum entre os dois casos que justificasse a referência?

Digo isso não em razão do fato de não haver qualquer denominador comum, mas pelo fato de que talvez coubesse ao Ministro que suscita o precedente demonstrar a sua existência. A construção de um entendimento sedimentado acerca de determinada matéria requer que haja alguma lógica na utilização de precedentes. Não é desejável que os Ministros apenas pincem argumentos que lhes sejam favoráveis em casos anteriormente julgados sem o ônus de demonstrar a pertinência da utilização do argumento para a solução do novo conflito que lhe surge.

Aliás, talvez a questão da pertinência da utilização de precedentes tenha uma outra espécie de ônus, qual seja o de demonstrar que, não obstante a existência de algum denominador comum entre os casos analisados, aquilo que os diferencia não é suficiente para tornar os casos divergentes e, portanto, não passíveis de serem analisados de um ponto de vista comum.

Por um lado, pode-se até argumentar que os ministros do STF julgam uma quantidade absurdamente grande de casos por ano, o que não lhes permite julgar todos com o padrão qualidade que seria desejável. No entanto, se o que se pretende é consolidar um entendimento da corte acerca de um

determinado assunto, pode-se considerar pertinente a cobranças de um pouco mais de rigor em uma questão tão relevante quanto a utilização de precendetes.

3.2.4. Quadro sinótico dos argumentos deste capítulo

Argumento	Ministro	Favorável ou Contrário a Revisão de Mérito dos Atos Adm. Disc.	Vencedor ou vencido
Isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário.	Ellen Gracie	Contrário	Vencedor
Isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, cujo controle é vedado ao Judiciário.	Eros Grau	Contrário	Vencedor

3.3. II – Imposto Sobre a Importação de Produtos Estrangeiros

O Imposto de Importação é de competência da União Federal, o que facilmente se justifica, se considerarmos que se trata de um imposto com implicações no relacionamento do País com o exterior, algo pelo que cabe à União zelar e controlar, uniformemente, em todo o território nacional.

O Imposto de Importação tem um importante papel na proteção da indústria nacional e a sua principal função é de natureza extrafiscal. É graças a ele que muitos dos produtos da indústria nacional competem no mercado interno com os seus similares produzidos em países de indústrias mais desenvolvidas, onde o custo de produção é reduzido graças aos processos de racionalização da produção e ao desenvolvimento tecnológico de um modo geral[18].

Além disso, ele é responsável por equilibrar os preços dos produtos estrangeiros industrializados que são subsidiados no país de origem, o que

[18] MACHADO. Hugo de Britto. *Curso de Direito Tributário.* pp. 325-327.

faz com seus preços tornem-se significativamente inferiores[19]. Por essas funções é que o Imposto de Importação consiste em uma importante ferramenta de implementação de políticas econômicas para o âmbito interno e externo.

Um dos grandes conflitos acerca do Imposto de Importação diz respeito ao seu fato gerador. O art. 19 do CTN fala em "imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes do Território Nacional". Eis que veio o Decreto-lei n.º 37 de 1966, e determinou que, em se tratando de mercadoria para o consumo, considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro, na repartição aduaneira, da declaração feita para fins de desembaraço aduaneiro.

A princípio, gerou-se uma confusão acerca da admissão do desembaraço aduaneiro como fato gerador, no entanto, é bom esclarecer que essa determinação só se fez tendo em vista uma questão de ordem prática. Era preciso estipular uma data para determinação da taxa de câmbio a ser utilizada na conversão do valor das mercadorias para a moeda nacional, passou-se a considerar a data da declaração para o desembaraço aduaneiro[20].

Tem-se, portanto, por fato gerador do Imposto de Importação a entrada real ou ficta do produto estrangeiro no território nacional. No que tange ao aspecto temporal, cabe ao intérprete assimilá-lo como o momento do início do despacho aduaneiro, assim entendido pela apresentação ou registro da declaração de importação ou documento que lhe faça substituir perante a autoridade aduaneira para a liberação de mercadoria estrangeira entrepostada ou depositada[21].

3.3.1. RE 225602

O presente caso teve início com um mandado de segurança que objetivava o desembaraço aduaneiro de álcool para carburantes, sem que fosse exigido

---

[19] *Id.*nota 18 supra.
[20] MACHADO. Hugo de Britto. *Curso de Direito Tributário.* pp. 325-327.
[21] SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário*, pp. 396-397.

o pagamento do imposto de importação à alíquota de 20% conforme determinava o Decreto n.º 1.343/94.

Tendo em vista o fato de que a sentença do mandado de segurança denegou a ordem, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região deu provimento à apelação com base no argumento de que seria indispensável a edição de lei complementar para fixar as condições e limites a serem observados pelo Poder Executivo para alterar as alíquotas de impostos. Além disso, "o ato deveria estar motivado" e não seria possível retroagir a aplicação da alíquota majorada para as importações já consolidadas.

Em função do acima exposto, a União Federal interpôs recurso extraordinário alegando, em síntese, que o art. 153, §1º, da CF, não contempla a exigência de lei complementar para que sejam alteradas as alíquotas dos tributos nele numerados. O acórdão teria violado, além disso, o artigo 150, III, "a" da CF, segundo o qual é vedado à União, Estados e Municípios cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (princípio da anterioridade da lei tributária).

O Ministro Carlos Velloso, Relator, parte da análise do §1º do art. 153 da CF, segundo o qual "é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V[22]."

A partir deste dispositivo, conclui o Ministro Carlos Velloso que, no que concerne a esses impostos, a Constituição excepcionou o princípio da legalidade relativamente à majoração da alíquota. Isso teria se devido ao fato de que tais impostos "são mais instrumentos de políticas governamentais e menos forma de arrecadação ou de ingresso de dinheiro nos cofres públicos."

[22] Quais sejam: o Imposto sobre Importação (II), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF) e o Imposto sobre Exportação (IE).

Portanto, desde que respeitados as condições e os limites previstos em lei, seria legal e legítima a atuação do Poder Executivo no ato de majorar tarifas relativas aos referidos impostos. Importante mencionar, no entanto, que se os limites legais e constitucionais fossem assim tão claros, como faz parecer o Ministro Velloso, talvez este caso não estivesse sendo discutido no STF. Esse tipo de afirmação parece ecoar no vazio, na medida em que essas condições e limites constituem um dos pontos fundamentais do caso que ele está a analisar.

Ainda que a doutrina tenda a entender que, em função do que dispõe o art. 146, II da CF, a lei é exigível para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, diverge o Ministro Carlos Velloso, por entender que a lei complementar somente será exigível nas hipóteses em que a Constituição, expressamente, a requerer.

Alega o Ministro Carlos Velloso que, ainda que alguém discorde de seu raciocínio de que a lei exigível não é complementar, a promulgação da CF teria feito com que a Lei n.º 3.244/57, que é a lei na qual são estabelecidas as condições e limites, fosse recepcionada pela nova Constituição de 1988 como lei complementar, a exemplo do que ocorreu com a Lei n.º 5.172/66, o Código Tributário Nacional.

No que diz respeito à motivação do ato, o Ministro Carlos Velloso entendeu que a motivação do ato encontrava-se em seu procedimento administrativo, ou na exposição de motivos que levou o Presidente da República a baixar o decreto através do qual foram majoradas as alíquotas.

Outro ponto deste caso, com o qual o Ministro Carlos Velloso divergiu, diz respeito à aplicabilidade do decreto às relações jurídicas de importação já consolidadas. Isso porque o acórdão recorrido falou em desmembrar a relação comercial de importação para aferir a quais casos seria aplicável ou não a alíquota majorada. Seria equivocado, segundo o acórdão, considerar a ocorrência do fato gerador como algo isolado sem considerar as relações que já tinham começado antes da validade do decreto e que seriam

concluídas depois, mesmo tendo sido calculadas com base nas alíquotas anteriormente vigentes.

O Ministro Carlos Velloso, por sua vez, entende que o fato gerador é um só, e é definido no Código Tributário Nacional, portanto, não faria sentido pensar na relação jurídica que começou antes da ocorrência do fato gerador.

Por fim, o Ministro-Relator votou por conhecer e dar provimento ao recurso.

Em seguida, votou o Ministro Nelson Jobim, segundo o qual a questão da exigibilidade ou não de lei complementar consistiu em uma escolha política feita pela Assembléia Nacional Constituinte. Não havia a necessidade de nenhuma digressão essencialista, para solucionar a questão, uma vez que tinha sido uma opção eminentemente política. Pertencia à lógica da Constituinte, segundo o Ministro Jobim, postergar as decisões relativas às matérias mais conflituosas, a fim de que a Constituição pudesse ser aprovada. O que o Ministro Jobim parece ter tido a intenção de demonstrar nessa passagem, é que se o texto constitucional não falou, expressamente, em lei complementar para tratar desta matéria específica, é porque ou não houve intenção, ou não houve consenso, no âmbito assemblear, em relação à necessidade de lei complementar para tanto. Neste sentido, não haveria motivos para "ler no art. 153, § 1º, o que não está escrito. Ali fala em lei e, portanto, é lei, que inclusive já existe (...)" não cabendo buscar em outros artigos, numa tentativa de interpretar a Constituição sistematicamente, aquilo que a Assembléia Constituinte não determinou.

Cabe, sem dúvidas, aqui, uma ressalva quanto à espécie de raciocínio adotada pelo Ministro Nelson Jobim. Como ele mesmo descreveu no trecho acima transcrito, a Assembléia Nacional Constituinte tem uma lógica de funcionamento distinta em relação à do STF. Em que medida, a função desempenhada por um membro da Assembléia Nacional Constituinte, em que predomina uma racionalidade política, poderia interferir no exercício da função de um membro do STF, uma instância de decisões em que a racionalidade é, primordialmente, jurídica.

Em outras palavras, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, seria pertinente trazer à análise da constitucionalidade de atos a ela posteriores, as questões de divergências políticas existentes à época de sua elaboração? Principalmente se considerado o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema positivista, em que o vale é a norma posta?

Talvez fosse suficiente ao Ministro Jobim afirmar que a Constituição realmente não requer, expressamente, lei complementar. Independentemente do que fora o processo de sua elaboração, o texto dele resultante, que deveria nortear as decisões dos Ministros, não requereu esta espécie de norma.

Em relação ao fato gerador, o Ministro Nelson Jobim entendeu que não se trata o imposto de importação de um tributo arrecadatório, mas de um instrumento de política econômica, cujo aumento ou redução da alíquota dizem respeito à competitividade interna, no mercado interno brasileiro, dos produtos nacionais com os oriundos de outros países.

Em outras palavras, o imposto de importação consistiria em uma ferramenta protecionista, da qual pode o Estado fazer uso sempre que entender necessário proteger algum setor estratégico da concorrência com os produtos externos. Ele serviria para impor uma espécie de barreira à entrada dos produtos estrangeiros, na medida em que elevaria seus preços e, conseqüentemente, reduziria a sua competitividade no mercado interno.

Com base neste argumento, o momento relevante da importação é, segundo o Ministro Jobim, quando a mercadoria entra no país, e não quando se iniciou a operação de aquisição da mercadoria no exterior, já que, muitas vezes, o que se tenta por meio destas alíquotas é assegurar a competitividade do produto interno em relação ao produto internacional. Geralmente, com a finalidade de compensar uma série de subsídios diretos ou indiretos que os produtos estrangeiros possam receber no país de origem.

O Ministro Maurício Corrêa acompanhou o voto do ministro-Relator, tecendo apenas breves comentários em relação à motivação do ato, no sentido de que a alíquota estava "mais do que motivada" uma vez que seu aumento foi decorrente da necessidade do Brasil compatibilizar a sua política tarifária com a dos países do Mercosul.

Desta afirmação do Ministro Maurício Corrêa, não é possível sequer aferir se ele á ou não favorável à análise da motivação dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário, muito menos se existiriam ou não limites à que os ministros se submeteriam, caso ele fosse favorável.

O que o Ministro Maurício Corrêa parece ter feito, nada mais foi do que uma tentativa especulativa de analisar a conjuntura em que se inseria o ato, para aferir se existia ou não alguma justificativa possível para motivá-lo. Segundo ele, essa motivação existia, o que não quer dizer, necessariamente, que tenha sido esta justificativa adotada pelo Poder Executivo como motivação do ato.

Os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio Mello e Sepúlveda Pertence acompanharam o Ministro-Relator sem acrescentar nada aos argumentos por ele desenvolvidos.

Nenhum dos ministros se deu ao trabalho de verificar a exposição de motivos do ato, ou de alguma forma tentar acessar aquilo que demonstraria a sua motivação.

Uma peculiaridade deste caso, é que, ainda que com base em fundamentos divergentes, todos os ministros entenderam que a motivação do ato impugnado era suficiente, conforme demonstrado a seguir:

Ministro	**Argumento sobre a suficiência da motivação do ato administrativo discricionário**
Carlos Velloso	"No que concerne à motivação do ato administrativo, ou do decreto que alterou as alíquotas, o que deve ser reconhecido é que a motivação encontra-se no processo administrativo, ou na exposição de motivos que

	levou o Presidente da República a baixar o decreto que majorou as alíquotas. É que os motivos do decreto não vêm nele próprio, mas estão no procedimento administrativo de sua formação."
Nelson Jobim	Não falou nada, expressamente, sobre o assunto, e acompanhou o relator.
Maurício Corrêa	"(...) vê-se que a alíquota está mais do que motivada, dado que o seu aumento se deu em virtude da necessidade de o Brasil compatibilizar a sua política tarifária com a de seus parceiros no Mercosul, visando à implantação da política que esse programa visa."
Ilmar Galvão	Não falou nada, expressamente, sobre o assunto, e acompanhou o relator.
Marco Aurélio Mello	"Há uma outra questão ligada à motivação, em si, do ato baixado. E aí já se falou que houve essa motivação, considerada a flutuação do mercado e a conveniência do Brasil adaptar-se aos novos ares, tendo em vista até mesmo o Mercosul."
Sepúlveda Pertence	Não falou nada, expressamente, sobre o assunto, e acompanhou o relator.

Com base no quadro acima, é possível perceber que há, pelo menos, duas fundamentações distintas para o argumento da suficiência da motivação do decreto que majorou a alíquota do Imposto de Importação. A primeira tem um cunho mais formalista, na medida em que afere apenas se a motivação existe ou não, independentemente de qual for. A segunda, por sua vez, não tem qualquer relação com o texto, ou com o processo de criação do ato, mas com as condições conjunturais perceptíveis no momento em que o ato foi criado.

Ambas as linhas argumentativas expostas acima não me parecem suficientes, na medida em que não estabelecem qualquer real diálogo com o Executivo, ou sequer com a efetiva motivação do ato. Afirmar que a motivação existe, formalmente, não quer dizer que ela seja sequer coerente. Por outro lado, a possibilidade de que exista uma motivação contextualmente aceitável, não quer dizer que esta motivação possível tenha sido a adotada pelo Executivo. Em nenhum momento comprova-se a suposta suficiência da motivação que os ministros concordaram, por unanimidade, que existia.

Nesse caso, não é possível extrair do acórdão nenhum entendimento do STF no que diz respeito à sujeição da motivação dos atos administrativos discricionários ao Judiciário, muito menos aos seus limites. No placar final, todos concordaram que a motivação era suficiente, seja lá o que tenham entendido por isso, mas em termos de criação de precedentes, um

resultado como este, aparentemente unânime, não foi suficiente para solidificar um entendimento da Corte nesta matéria.

3.3.2. RE 222330

Segundo consta no relatório, trata-se de recurso extraordinário interposto em face de decisão que negou validade a dois decretos, quais sejam o 1.391/95 e o 1.427/95, responsáveis por majorar as alíquotas do imposto de importação em razão da suposta exigência de lei complementar para a fixação dos limites e condições das alíquotas, da ausência de motivação dos atos, e da incidência retroativa das alíquotas majoradas.

No julgamento de Suspensão de Segurança, o STF concedeu a medida pleiteada de que o Decreto 1.427 encontra-se suficientemente motivado, e fora editado de acordo com o art. 153, §1º, da CF, motivo pelo qual "é de natureza regulatória , extra-fiscal: não visou precipuamente ao incremento do produto da arrecadação, mas, sim ao desestímulo das importações." Este argumento, segundo o Ministro Moreira Alves, Relator, ainda que tenha aparecido em sede de suspensão de segurança, autorizaria a concluir, logicamente, pela inexigibilidade de lei complementar.

Além disso, definiu o STF que não retroagiria a aplicação das novas alíquotas, uma vez que a ocorrência do fato gerador do II de bem para o consumo se dá no momento do registro da apresentação da declaração de importação apresentada, pelo importador, à repartição alfandegária.

O Ministro Moreira Alves copia a ementa do RE 225.602, analisado no item 3.3.2 acima, em que o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, (i) que a lei complementar não era exigível, exceto nos casos em que a CF, expressamente, a requeresse; (ii) que a motivação do decreto que majorava as alíquotas encontrava-se no procedimento administrativo que lhe deu origem, já que a motivação dos decretos não vêm neles explícita; e (iii) que o aspecto temporal do fato gerador do II via-se concretizado no momento da entrada do produto estrangeiro no território nacional. O

recurso mencionado como precedente foi, com base nestes argumentos, conhecido e provido, e neste sentido votou o Ministro-Relator, que foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais.

Algo que não ficou muito claro no voto foi porque a mera presunção de que a motivação do Decreto constaria no procedimento administrativo que lhe deu origem, seria para que o Decreto fosse considerado suficientemente motivado. E menos ainda porque, a partir disso, tenha sido afastado o questionamento da motivação do ato através do qual as alíquotas foram majoradas.

Talvez seja possível extrair deste voto do Ministro Moreira Alves, acompanhado por unanimidade no plenário, que, no que tange à motivação dos atos administrativos discricionários, caberia ao Judiciário apenas comprovar (ou pressupor) a sua existência. Sendo-lhe vedado interferir ou sequer avaliar, qualitativamente, esta motivação.

Será que não seria exigível do STF que os Ministros tivessem acesso à motivação do ato administrativo discricionário antes de argumentar que esta motivação é suficiente em decorrência da sua mera existência? Afinal, se a motivação do ato, que é algo a legitimá-lo, não for objeto de análise pelo judiciário, poder-se-ia afirmar, no limite do argumento, que uma motivação cujo conteúdo seja "porque eu quis" é suficiente, desde que respeitadas todas as demais questões formais, pelo simples fato de existir.

3.3.3. Quadro sinótico dos argumentos deste capítulo

Argumento	Ministro	Favorável ou Contrário a Revisão de Mérito dos Atos Adm. Disc.	Vencedor ou vencido
"no que tange à motivação dos atos administrativos discricionários, caberia ao Judiciário apenas comprovar (ou pressupor) a sua existência, sendo-lhe vedado interferir ou sequer avaliar, qualitativamente, esta motivação"	Moreira Alves	Contrário	Vencedor

"No que concerne à motivação do ato administrativo, ou do decreto que alterou as alíquotas, o que deve ser reconhecido é que a motivação encontra-se no processo administrativo, ou na exposição de motivos que levou o Presidente da República a baixar o decreto que majorou as alíquotas. É que os motivos do decreto não vêm nele próprio, mas estão no procedimento administrativo de sua formação."	Carlos Velloso	Favorável[23]	Vencedor
"(...) vê-se que a alíquota está mais do que motivada, dado que o seu aumento se deu em virtude da necessidade de o Brasil compatibilizar a sua política tarifária com a de seus parceiros no Mercosul, visando à implantação da política que esse programa visa."	Maurício Corrêa	Favorável	Vencedor
"Há uma outra questão ligada à motivação, em si, do ato baixado. E aí já se falou que houve essa motivação, considerada a flutuação do mercado e a conveniência do Brasil adaptar-se aos novos ares, tendo em vista até mesmo o Mercosul."	Marco Aurélio Mello	Favorável	Vencedor

[23] Ainda que favoráveis, nos argumentos listados nessa tabela, a motivação avaliada pelos Ministros não foi aquela fornecida pelo ente da Administração do qual o ato emanou. Com a motivação efetiva não foi estabelecido qualquer diálogo.

4. Comparação com a Suprema Corte dos Estados Unidos

O presente capítulo consiste em uma tentativa de traçar um paralelo entre a Suprema Corte dos Estados Unidos - SCEU e o STF. Para isso, considero pertinente tecer alguns comentários acerca de quais são as principais considerações deste capítulo.

Em nenhum momento busco aqui comparar ambas as cortes do ponto de vista dos sistemas jurídicos distintos em que ambas se inserem, por simples questão de pertinência temática. Não caberia aqui avaliar as diferentes formas de se chegar a uma decisão em cada uma das cortes, por mais interessante que possa ser o tema.

A comparação que me propus a fazer aqui é um tanto mais singela. Serão objeto dela apenas as diferentes formas que os juízes daqui e de lá têm de abordar o assunto, não só no que tange à profundidade da argumentação, mas em relação à criação de precedentes utilizáveis para os casos futuros.

A idéia de incluir este capítulo comparativo surgiu da conversa com um pesquisador[24] que se dedicou a estudar esse assunto na Suprema Corte dos Estados Unidos em sua tese de mestrado. Considerando todas as diferenças entre o desenho institucional dos Estados Unidos e o do Brasil, que refletem significativamente na qualidade das decisões, entendi pertinente traçar este paralelo.

Os casos analisados a seguir são considerados por muitos os mais relevantes de direito administrativo nos Estados Unidos, principalmente no que concerne à revisão de atos da administração (*Agency Action*). São os principais precedentes[25], ainda que já existam, atualmente, outros casos sobre o assunto.

---

[24] Trata-se do Mateus Piva Adami, mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cuja referência bibliográfica do trabalho que mencionei é: Adami, Mateus Piva. A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência. 2007. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

[25] Algo que já me fora dito pelo Mateus, e que pude comprovar em uma oportunidade que tive de discutir o assunto, via e-mail, com a Professora Toni Fine, da Fordham Law School, que há anos se dedica ao estudo da jurisprudência da

4.1. Citizens to preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971)

O caso refere-se a um ato do Secretário dos Transportes (*Secretary of Transportation*), John A. Volpe, que aprovou a construção de uma rodovia que passaria pelo Overton Park, um parque público localizado na Cidade de Memphis, Estado de Tennessee.

O cerne da questão era o fato de que existiam leis emanadas do Congresso destinadas a conter a destruição da beleza natural do país. Em função disso, determinou-se, por meio dessas leis, que fundos federais não poderiam ser destinados à construção de estradas que atravessassem parques públicos, a menos que não existisse outra rota exeqüível e prudente para construí-las.

Diante da inexistência de outras rotas que preenchessem esses requisitos, e somente nesse caso, o Secretário poderia aprovar a destinação dos fundos federais à construção da estrada passando pelo parque público, desde que fossem tomadas todas as providências cabíveis para minimizar os danos ao parque.

Os impetrantes sustentavam, em suma, que o Secretário não demonstrou quais foram os motivos que o levaram a crer que não existia outro meio prudente e exeqüível para construir a estrada sem que ela tivesse de cruzar o Overton Park, ou sequer porque não poderiam ser feitas alterações no projeto visando à minimização dos danos ao parque.

Seria perfeitamente viável que a rota da estrada fosse desviada para o sul ou para o norte do parque, de acordo com a sustentação dos impetrantes. Subsidiariamente, alegavam que, ainda que tais desvios não fossem considerados viáveis, a decisão do Secretário não teria tomado todas as providências cabíveis para minimizar os danos ao parque.

Suprema Corte dos Estados Unidos, e tem inclusive um livro publicado sobre o Sistema Jurídico Americano (Fine. Toni M. *American Legal Systems: A Resource and Reference Guide*. New York, Anderson Pub Co, 1997).

As decisões nas instâncias inferiores foram no sentido de que não era necessário requerer ao Secretário que produzisse provas para demonstrar quais os fatores que o levaram a optar por permitir que fundos federais fossem aplicados à construção da estrada que atravessaria o parque.

Isso porque, nessas instâncias, acreditava-se que era vedado ao Judiciário investigar as motivações subjetivas de um gestor público legitimamente eleito. Além disso, as cortes inferiores concluíram que as sustentações não forneciam embasamento suficiente para declarar que o Secretário teria excedido a sua competência.

Em uma minuciosa análise do que seria esperável do Secretário dos Transportes, a SCEU explicitou quais eram os critérios definidos em lei para que fosse aprovada a construção da estrada. Esclareceu que a discricionariedade não consistia em agir imotivadamente, mas em selecionar qual das opções permitidas pelo ordenamento era a mais adequada ao caso concreto.

O Secretário poderia ter, razoavelmente, acreditado que a rota ideal para a estrada em questão era aquela que atravessava o parque, e isso não seria questionado, desde que ele tivesse demonstrado que sua opção decorreu de um juízo de exeqüibilidade e prudência em que as demais opções apresentaram problemas peculiares que não compensavam a alteração da rota.

O entendimento da corte é de que, ainda que se devesse evitar investigar o processo mental de decisão dos gestores públicos[26], talvez coubesse requerer ao Secretário e aos demais servidores públicos que participaram da decisão, que testemunhassem com a finalidade de explicar as suas ações.

Esse mecanismo me pareceu criar um interessante meio de comunicação entre os Poderes Executivo e Judiciário, na medida em que um requer do

[26] *"(...) such inquiry into the mental processes of administrative decisionmakers is usually to be avoided (…)"*

outro explicações acerca do ato que está a analisar. Não há nenhuma digressão na tentativa de absorver da conjuntura econômica e política à época qual teria sido a motivação do ato que se está a revisar, como vimos no STF.

Nesse caso, não só é dado àquele de quem emanou o ato a possibilidade de expor a sua motivação, como também a de justificá-lo na tentativa de demonstrar de que forma ele teria tido ou não a intenção de cumprir os limites e condições impostos por lei para que aquele ato fosse realizado.

No final, decidiu-se pela reversão da decisão da instância inferior e que o Secretário providenciasse os meios probatórios que corroborassem a sua decisão, e demonstrassem que ela estava de acordo com a legislação pertinente.

4.2. Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council, 467 U.S. 837 (1984)[27]

No caso *Marbury v. Madison*[28], a SCEU determinou que as cortes federais são competentes para rever judicialmente as leis emanadas do Congresso e declará-las invalidas caso estas violem a Constituição dos Estados Unidos[29]. Ocorre que a referida Constituição não estabeleceu os limites para a delegação de competências federais a entes do Poder Executivo.

As delegações de competências dessa natureza ocorrem por meio de leis emanadas do Congresso, e não era possível, até então, estipular qual era o limite a estabelecer que uma delegação era ou não constitucional e, com base nisso, quais as leis através das quais essa delegação ocorria feriam ou não a Constituição dos Estados Unidos.

---

[27] Faço aqui apenas uma consideração sobre esse caso: sua abordagem será um tanto quanto resumida, e me aterei apenas aos pontos que considero relevantes para a comparação que me propus a fazer, uma vez que o caso é repleto de minúcias e sozinho seria capaz de prover material suficiente para a redação de uma nova monografia.

[28] *MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137 (1803) disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137

[29] Trata-se do caso em que a SCEU se auto-intitulou competente para exercer o controle de constitucionalidade das normas emanadas do Congresso.

O que aconteceu no caso Chevron foi que o Conselho de Defesa dos Recursos Naturais (*Natural Resources Defense Council*) questionou a competência atribuída ao governo de cada Estado para definir o conceito de fontes fixas (*stationary sources*) de poluição do ar, dentro de um contexto que será explicado a seguir.

O *Clean Air Act*, conforme emendado em 1977, estipulou uma série de requisitos para os Estados que não tivessem atingido os padrões de qualidade do ar estabelecidos pela Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency – EPA*) em legislação anterior. Dentre esses requisitos estava a necessidade desses Estados de criar um sistema de concessão de permissões que regulassem as novas ou modificadas fontes fixas de poluição de ar. Em geral, essas permissões não poderiam ser concedidas a essas fontes fixas de poluição de ar, exceto nos casos em que condições extremas fossem encontradas.

As normas emanadas da EPA em 1981 determinaram que cada Estado poderia adotar uma definição macrofabril do termo "fonte fixa". Segundo essas definições adotadas pelos Estados, uma fábrica que contivesse uma série de equipamentos emissores de poluentes poderia instalar ou modificar apenas parte do maquinário sem ir de encontro às condições estabelecidas para se obter a permissão, desde que as alterações não aumentassem a emissão total de poluentes desta fábrica. Isso permitia aos Estados tratar todos os equipamentos poluentes de um mesmo grupo industrial como se eles fossem envolvidos por uma única bolha, algo que, segundo os impetrantes, era contrário à lei.

Na instância de apelação, a Corte afastou o entendimento de que as regulamentações que incorporassem o conceito de bolha eram ilegais, ainda que tenha reconhecido que a emenda ao *Clean Air Act* não definiu expressamente o que o Congresso previu como "fontes fixas" às quais o

programa de permissões seria aplicável, e que isso não estaria claro na exposição de motivos[30].

A Corte concluiu que o objetivo do programa para os Estados em que não fossem atingidos os padrões de qualidade do ar estipulados pela EPA era de melhorar e não de apenas manter a qualidade do ar, motivo pelo qual uma definição macrofabril do termo seria inapropriada.

Segundo a SCEU, quando uma Corte revê a interpretação atribuída por um ente do Poder Executivo a uma lei, duas são as questões com que se confronta:

(i) A primeira diz respeito à clareza do Congresso em relação ao que ele pretendia coma expedição desta lei. Se a norma for inequívoca, e não passível de interpretações ambíguas, o problema está resolvido. A norma será aplicada com a interpretação que lhe atribuiu claramente o Congresso.

(ii) Quando a Corte entender, no entanto, que o Congresso não produziu uma lei de interpretação inequívoca, a Corte não fornece, simplesmente, uma interpretação para a lei, conforme seria necessário diante da inexistência de uma interpretação emanada do Poder Executivo. O papel da Corte, em uma situação como essa seria, segundo a SCEU, avaliar se a interpretação provida pelo ente do Poder Executivo é admissível em face do ordenamento.

Isso se deve ao fato de que nos EUA aplica-se, aparentemente, o conceito de deslegalização de Canotilho, conforme explicitei no item 3.1.2 do presente trabalho, em que analisei o RE 140669.

O que quero dizer com isso é que o entendimento consolidado na SCEU se assenta no fato de que se o Congresso deixar, explicitamente, alguma

[30] Por exposição de motivos, entenda-se o *legislative history*, algo geralmente um pouco mais abrangente do que a exposição de motivos com a qual estamos habituados no Brasil. No *legislative history* constam vários documentos gerados no curso de criação de uma lei nos Estados Unidos.

lacuna para ser preenchida pelo Poder Executivo, há uma expressa delegação de competência ao ente da Administração para regular a matéria.

Nos casos em que não se estabelecer, explicitamente, essa delegação, e ainda assim houver alguma lacuna a ser interpretada, a SCEU não proverá uma interpretação sempre que a interpretação oriunda do ente da Administração que regula a matéria for razoável. Caso a interpretação não for razoável, ou inexistir, e somente nesses casos, a SCEU se incumbe de prover uma interpretação que supra a lacuna deixada pelo Congresso.

Dois aspectos do julgamento desse caso me chamaram a atenção. O primeiro foi na parte em que se analisa a linguagem legislativa para abordar o termo questionado. Buscou-se extrair da lei uma real intenção do Congresso em determinar ou não o significado do termo. A SCEU entendeu que não houve a utilização de uma linguagem precisamente direcionada à questão da aplicação do termo no contexto de grandes operações. Nesse sentido, a atribuição de mais de um significado ao termo, ao longo do texto legislativo, e a sua menção ilustrativa, em algumas passagens, induziram a SCEU ao entendimento de que a intenção do Congresso tinha sido, aparentemente, a de ampliar a competência da Administração para regular as fontes particulares com a intenção de implementar as políticas públicas relativas à Lei.

Em seguida, deu-se a minuciosa análise da exposição de motivos e de todos os documentos a ela inerentes, também na tentativa de extrair do Congresso alguma intenção de definir ou de deixar a lacuna para ser suprida com a interpretação do Executivo. A SCEU entendeu que se tratava de um termo com mais de uma definição possível, o que lhe atribuía uma certa flexibilidade que já vinha sendo utilizada em razão da implementação de políticas relativas à poluição do ar. Além disso, o Congresso nunca demonstrou qualquer objeção ao fato de que essa flexibilidade era livremente exercida pelos entes da Administração de diferentes Estados, tendo sofrido alterações inclusive dentro do mesmo Estado em razão de mudanças políticas no decorrer do tempo.

Do ponto de vista da implementação de políticas, a SCEU ressaltou logo no início dessa análise que os argumentos fornecidos pelas partes criavam a impressão de que se tratava da utilização de um fórum judiciário para rediscutir questões relativas a batalhas que eles teriam perdido na Administração e em 32 jurisdições optando pelo "conceito de bolha" que nunca foi suscitado no Congresso. Segundo a SCEU, esse tipo de argumento seria mais apropriado à apreciação dos legisladores e administradores, não dos juízes.

Ainda no que diz respeito à questão política do caso, entendeu-se que a interpretação da Administração era razoável e merecia deferência, na medida em que o esquema regulatório era técnico e complexo. A decisão da Administração considerou esses aspectos, além da conciliação de políticas conflitantes. O Congresso tinha a intenção de acomodar os dois interesses (crescimento econômico e preservação da qualidade do ar), mas não o fez na instância decisória em que lhe caberia. Isso talvez demonstre, segundo a SCEU, que o Congresso tenha, intencionalmente, delegado essa ponderação à Administração Pública.

No que tange à competência dos juízes para aferir se cabe aos juízes avaliar as decisões políticas emanadas da Administração Pública, a SCEU entendeu que não, na medida em que somente o Chefe do Executivo goza da legitimidade democrática que lhe é conferida pelo fato de ser ele *accountable* perante seus eleitores. Em razão desse fato, é completamente apropriado ao Chefe do Poder Executivo, fazer essas escolhas políticas, tendo em vista a resolução dos conflitos de interesse que o Congresso não resolveu, inadvertida ou intencionalmente.

Quando a contestação de um ato administrativo discricionário está focada na qualidade da escolha feita pelo Executivo, ao invés de sua razoabilidade, essa contestação não encontra pertinência. Nesses casos, o Judiciário tem o dever de respeitar decisões políticas legítimas tomadas por aqueles legitimados para tanto. A responsabilidade por acessar o mérito da qualidade das escolhas políticas, e resolver os conflitos entre diferentes conceitos de interesse público, não cabe ao Judiciário, uma vez que a

Constituição dos Estados Unidos confere essa competência ao Poder Executivo.

4.3. Análise comparativa

Como se pode ver pela leitura dos casos brasileiros e dos casos Overton Park, e Chevron, a questão da motivação é algo muito mais relevante para os juízes da SCEU do que para os juízes do STF.

Na SCEU é fundamental ter acesso à motivação do ato, e a todos os documentos gerados na elaboração do ato, antes de aferir se ele está ou não de acordo com os limites legislativos impostos à discricionariedade do agente público.

Não há que se pensar na suposição conjuntural dos juízes acerca do que poderia ter sido a motivação. Ela tem limites legais muito claros que devem ser respeitados e podem ser questionados. Diferentemente daqui, em que a mera presunção de existência de motivação no processo de formação do ato ou em sua exposição de motivos parece afastar qualquer possibilidade de controle por parte do Judiciário.

A impressão que fica é que, no Brasil, ainda há uma diferença fundamental a ser estabelecida nos tribunais e no Congresso acerca dos limites de ação daqueles que parecem ficar imunes à revisão em razão de estarem abarcados pela discricionariedade. Dizer que um ato discricionário é razoavelmente vinculado é muito diferente de ter de opinar se a decisão escolhida pela Administração foi a mais conveniente ou oportuna. O juízo de conveniência e oportunidade certamente é incumbência do Poder Executivo no nosso ordenamento, o que não quer dizer que não se possa exercer qualquer espécie de controle sobre a discricionariedade dos atos.

O caso Chevron deixa essa diferença muito clara, quando aborda a questão política da decisão. Fica claro nesse trecho da decisão qual é o limite ao qual o Judiciário está submetido quando se tratar da análise da discricionariedade dos atos emanados da Administração.

O julgamento de quaisquer casos posteriores tornou-se muito mais fácil, na medida em que a decisão do caso Chevron estabeleceu uma espécie de teste no qual se afere, na seguinte ordem:

(i) Se o Congresso tinha a intenção de delegar à Administração a competência para interpretar o texto normativo de acordo com o que lhe parecer mais razoável em um dado contexto político, passível de sofrer alterações, em outras palavras, se era desejado pelo Congresso que a Administração dispusesse da discricionariedade para interpretar algum aspecto da lei; e

(ii) Se a lei é ambígua, no sentido de haver ou não restado alguma margem de interpretação à Administração, e no caso de haver essa margem, a SCEU tem dois caminhos a seguir: (a) se já houver uma interpretação emanada da Administração, cabe à SCEU avaliar a razoabilidade e legalidade dessa interpretação; ou (b) caso essa interpretação da Administração inexista, a SCEU fornecerá uma interpretação para suprir a lacuna legislativa que foi objeto de questionamento.

Essas mesmas questões foram enfrentadas pelo STF, no entanto, pouco se pode extrair acerca dos limites tanto da delegação de competências de um Poder a outro, quanto da avaliação das questões de mérito dos atos administrativos discricionários em matéria tributária.

No que se refere à avaliação das questões de mérito dos atos discricionários, a impressão que ficou, ao menos nos casos envolvendo matéria tributária, é que o STF abriu mão dessa competência, em nome de todo o Poder Judiciário, para controlá-los sem que haja nenhum outro ente no desenho institucional brasileiro que possa exercê-la.

O fato mais curioso é que a fundamentação dos juízes de ambas as cortes é exatamente a mesma, mas a forma e profundidade com que o assunto é abordado são bastante discrepantes.

A SCEU não teve o receio que o STF parece ter de adentrar as questões de mérito pelo fato de que estabeleceu limites muito claros à sua competência para fazê-lo. Não se trata de alterar alguma decisão política legítima, mas

sim de aferir que as decisões políticas estão sendo tomadas dentro dos parâmetros legislativos a que se submetem.

Da mera existência da motivação de um ato discricionário, não resulta a plena legalidade de sua existência. Com base nessa singela comparação entre as duas Cortes, tornou-se muito claro, ao menos a mim, que há uma latente necessidade de que o STF se livre dessas amarras que impôs, a ele mesmo e a todo o Poder Judiciário, para não mais adentrarem quaisquer decisões fundadas em juízo de conveniência de oportunidade do Poder Executivo. Afinal, como se pode comprovar no caso Chevron, a motivação dos atos é algo permeável, sem que com isso se desrespeite a Separação dos Poderes ou a legitimidade democrática daqueles de quem o ato discricionário emanou.

5. Conclusões

Conforme demonstrei nos quadros sinóticos constantes no final de cada capítulo, onde foram incluídos os principais argumentos suscitados pelos ministros em todos os casos analisados na presente pesquisa, o STF parece ter um entendimento sedimentado no sentido de não adentrar na questão da motivação dos atos administrativos discricionários em matéria tributária.

O gráfico abaixo demonstra, no entanto, que em 30% (trinta por cento) dos argumentos os ministros se demonstraram favoráveis à possibilidade de adentrar o mérito da motivação dos atos administrativos discricionários. Em que pese o fato de que, nessas passagens dos votos, os ministros procuraram uma motivação para o ato que não correspondia à efetivamente utilizada pelo Executivo. Os ministros tentaram avaliar a suficiência dessa motivação ficta, ainda que não houvesse qualquer manifestação no sentido de explicar se isso poderia ou não ser feito.

Em todos os pontos em que isso aconteceu, a motivação que foi avaliada não foi aquela fornecida pelo ente da Administração Pública de que o ato emanou. O que os ministros fizeram foi avaliar, eles mesmos, a conjuntura econômica e política para aferir se havia ou não alguma motivação que justificasse o ato, algo que não me parece muito prudente.

O presente gráfico demonstra o resultado de uma analise quantitativa dos principais argumentos suscitados pelos ministros no julgamento dos casos analisados na presente pesquisa.

A imprudência a que me referi encontra-se no fato de que dizer que há uma motivação possível, pelo que se pode perceber da conjuntura econômica e política do país, é bem diferente do que aferir se a efetiva motivação ato administrativo discricionário em análise foi devidamente justificada no que tange à sua conveniência e oportunidade. Os ministros sequer tiveram acesso à essa justificativa realizada na esfera administrativa. Sem ter acesso a ela, como poderiam avaliá-la?

Nesse sentido, por mais que se possa afirmar que houve um esforço em encontrar uma motivação, ainda que não tenha sido a efetivamente utilizada, não é possível afirmar, com base nesses votos, que a motivação dos atos administrativos discricionários é suscetível à revisão pelo Judiciário.

O que se pode dizer da questão tributária, especificamente, é que há uma falta de clareza nas leis para delimitar o que é formal e o que é material. O que decorre disso, é uma quase arbitrariedade por parte dos ministros do STF para definir o que é formal e o que é material para que se atenham apenas à revisão das questões formais.

Em função disso, cria-se uma espécie de presunção de validade para os atos administrativos discricionários em matéria tributária que mais parece uma zona de imunidade judicial. A delegação legislativa de alguns aspectos formais da regulação tributária é pertinente no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, não é definido nem pelo Legislativo, nem pelo Executivo o que é formal e o que é material.

Isso cria uma vulnerabilidade cada vez maior por parte dos contribuintes, que não têm como questionar em nenhuma instância aqueles atos cujas motivações não são razoáveis ou sequer existem, ainda que a Constituição determine que qualquer lesão ou ameaça a direito não deixará de ser apreciada pelo Judiciário. Levando esse argumento ao limite, poder-se ia considerar que a argumentação dos ministros no que concerne à motivação dos atos administrativos discricionários e do juízo de conveniência e oportunidade é quase uma supressão a uma garantia fundamental constitucionalmente prevista.

A insuficiência dos julgamentos do STF, no que concerne à matéria da revisão da motivação dos atos administrativos discricionários em matéria tributária, tornou-se ainda mais clara com a análise que tive a oportunidade de fazer na Suprema Corte dos Estados Unidos.

A impressão que fica é que o STF realmente se escusou de julgar essas questões que envolvem decisões políticas em virtude de receio ou incapacidade[31] de adentrar questões políticas. Criou-se no Brasil um ambiente de imunidade revisória para a Administração Pública no que concerne a esses três tributos aqui analisados.

[31] Talvez decorrente da quantidade de casos que eles têm de julgar.

6. Bibliografia

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário*. 8ª Edição. São Paulo, Premier Máxima, 2005.

MACHADO. Hugo de Britto. *Curso de Direito Tributário*. 28ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

www.stf.gov.br (jurisprudência do STF)

www.finlaw.com (jurisprudência da SCEU)

Além dos acórdãos mencionados em cada capítulo e nos anexos.

7. Anexos

7.1. Citizens to preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971)

U.S. Supreme Court

CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK v. VOLPE, 401 U.S. 402 (1971)

401 U.S. 402

CITIZENS TO PRESERVE OVERTON PARK, INC., ET AL. v. VOLPE,

SECRETARY OF TRANSPORTATION, ET AL.

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT No. 1066.

Argued January 11, 1971

Decided March 2, 1971

Under 4 (f) of the Department of Transportation Act of 1966 and 138 of the Federal-Aid Highway Act of 1968, the Secretary of Transportation may not authorize use of federal funds to finance construction of highways through public parks if a "feasible and prudent" alternative route exists. If no such route is available, he may approve construction only if there has been "all possible planning to minimize harm" to the park. Petitioners contend that the Secretary has violated these statutes by authorizing a six-lane interstate highway through a Memphis public park. In April 1968 the Secretary announced that he agreed with the local officials that the highway go through the park; in September 1969 the State acquired the right-of-way inside the park; and in November 1969 the Secretary announced final approval, including the design, of the road. Neither announcement of the Secretary was accompanied by factual findings. Respondents introduced affidavits in the District Court, indicating that the Secretary had made the decision and that it was supportable. Petitioners filed counter affidavits and sought to take the deposition of a former federal highway administrator. The District Court and the Court of Appeals found that formal findings were not required and refused to order the deposition of the former administrator. Both courts held that the affidavits afforded no basis for determining that the Secretary exceeded his authority. Held:

1. The Secretary's action is subject to judicial review pursuant to 701 of the Administrative Procedure Act. Pp. 409-413.
(a) There is no indication here that Congress sought to limit or prohibit judicial review. P. 410.
(b) The exemption for action "committed to agency discretion" does not apply as the Secretary does have "law to apply," rather than wide-ranging discretion. Pp. 410-413.
2. Although under 706 of the Act de novo review is not required here and the Secretary's approval of the route need not [401 U.S. 402, 403] meet

the substantial-evidence test, the reviewing court must conduct a substantial inquiry and determine whether the Secretary acted within the scope of his authority, whether his decision was within the small range of available choices, and whether he could have reasonably believed that there were no feasible alternatives. The court must find that the actual choice was not "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law," and that the Secretary followed the necessary procedural requirements. Pp. 413-416.

3. Formal findings by the Secretary are not required in this case. Pp. 417-419.

(a) The relevant statutes do not require formal findings, and there is no ambiguity in the Secretary's action. P. 417.

(b) Although a regulation requiring formal findings was issued after the Secretary had approved the route, a remand to him is not necessary as there is an administrative record facilitating full and prompt review of the Secretary's action. Pp. 417-419.

4. The case is remanded to the District Court for plenary review of the Secretary's decision. Pp. 419-420.

(a) The lower court's review was based on litigation affidavits, which are not the whole record and are an inadequate basis for review. P. 419.

(b) In view of the lack of formal findings, the court may require the administrative officials who participated in the decision to give testimony explaining their action or require the Secretary to make formal findings. P. 420.

432 F.2d 1307, reversed and remanded.

MARSHALL, J., wrote the opinion of the Court, in which BURGER, C. J., and HARLAN, STEWART, WHITE, and BLACKMUN, JJ., joined. BLACK, J., filed a separate opinion, in which BRENNAN, J., joined, post, p. 421. BLACKMUN, J., filed a separate statement, post, p. 422. DOUGLAS, J., took no part in the consideration or decision of this case.

John W. Vardaman, Jr., argued the cause for petitioners. With him on the briefs was Edward Bennett Williams.

Solicitor General Griswold argued the cause for respondent Volpe. With him on the brief were Assistant [401 U.S. 402, 404] Attorney General Gray, Alan S. Rosenthal, and Daniel Joseph. J. Alan Hanover argued the cause for respondent Speight. With him on the brief were David M. Pack, Attorney General of Tennessee, Lurton C. Goodpasture, Assistant Attorney General, and James B. Jalenak.

Briefs of amici curiae were filed by James M. Manire and Jack Petree for the city of Memphis et al., and by Roberts B. Owen and Gerald P. Norton for the Committee of 100 on the Federal City, Inc., et al.

Opinion of the Court by MR. JUSTICE MARSHALL, announced by MR. JUSTICE STEWART.

The growing public concern about the quality of our natural environment has prompted Congress in recent years to enact legislation 1 designed to curb the accelerating destruction of our country's natural beauty. We are concerned in this case with 4 (f) of the Department of Transportation Act of 1966, as amended, 2 and 18 (a) of [401 U.S. 402, 405] the Federal-Aid Highway Act of 1968, 82 Stat. 823, 23 U.S.C. 138 (1964 ed., Supp. V) (hereafter 138). 3 These statutes prohibit the Secretary of Transportation from authorizing the use of federal funds to finance the construction of highways through public parks if a "feasible and prudent" 4 alternative route exists. If no such route is available, the statutes allow him to approve construction through parks only if there has been "all possible planning to minimize harm" 5 to the park. [401 U.S. 402, 406]

Petitioners, private citizens as well as local and national conservation organizations, contend that the Secretary has violated these statutes by authorizing the expenditure of federal funds 6 for the construction of a six-lane interstate highway through a public park in Memphis, Tennessee. Their claim was rejected by the District Court, 7 which granted the Secretary's motion for summary judgment, and the Court of Appeals for the Sixth Circuit affirmed. 8 After oral argument, this Court granted a stay that halted construction and, treating the application for the stay as a petition for certiorari, granted review. 9 400 U.S. 939 . We now reverse the judgment below and remand for further proceedings in the District Court.

Overton Park is a 342-acre city park located near the center of Memphis. The park contains a zoo, a nine-hole municipal golf course, an outdoor theater, nature trails, a bridle path, an art academy, picnic areas, and 170 acres of forest. The proposed highway, which is to be a six-lane, high-speed, expressway, 10 will sever the zoo from the rest of the park. Although the roadway will be depressed below ground level except where it crosses a small creek, 26 acres of the park will be destroyed. The highway is to be a segment of Interstate Highway I-40, part of the National System of Interstate and [401 U.S. 402, 407] Defense Highways. 11 I-40 will provide Memphis with a major east-west expressway which will allow easier access to downtown Memphis from the residential areas on the eastern edge of the city. 12

Although the route through the park was approved by the Bureau of Public Roads in 1956 13 and by the Federal Highway Administrator in 1966, the enactment of 4 (f) of the Department of Transportation Act prevented distribution of federal funds for the section of the highway designated to go through Overton Park until the Secretary of Transportation determined

whether the requirements of 4 (f) had been met. Federal funding for the rest of the project was, however, available; and the state acquired a right-of-way on both sides of the park. 14 In April 1968, the Secretary announced that he concurred in the judgment of local officials that I-40 should be built through the park. And in September 1969 the State acquired the right-of-way inside Overton Park from the city. 15 Final approval for the project - the route as well as the design - was not announced until November 1969, after Congress had reiterated in 138 of the Federal-Aid Highway Act [401 U.S. 402, 408] that highway construction through public parks was to be restricted. Neither announcement approving the route and design of I-40 was accompanied by a statement of the Secretary's factual findings. He did not indicate why he believed there were no feasible and prudent alternative routes or why design changes could not be made to reduce the harm to the park.

Petitioners contend that the Secretary's action is invalid without such formal findings 16 and that the Secretary did not make an independent determination but merely relied on the judgment of the Memphis City Council. 17 They also contend that it would be "feasible and prudent" to route I-40 around Overton Park either to the north or to the south. And they argue that if these alternative routes are not "feasible and prudent," the present plan does not include "all possible" methods for reducing harm to the park. Petitioners claim that I-40 could be built under the park by using either of two possible tunneling methods, 18 and they claim that, at a [401 U.S. 402, 409] minimum, by using advanced drainage techniques 19 the expressway could be depressed below ground level along the entire route through the park including the section that crosses the small creek.

Respondents argue that it was unnecessary for the Secretary to make formal findings, and that he did, in fact, exercise his own independent judgment which was supported by the facts. In the District Court, respondents introduced affidavits, prepared specifically for this litigation, which indicated that the Secretary had made the decision and that the decision was supportable. These affidavits were contradicted by affidavits introduced by petitioners, who also sought to take the deposition of a former Federal Highway Administrator 20 who had participated in the decision to route I-40 through Overton Park.

The District Court and the Court of Appeals found that formal findings by the Secretary were not necessary and refused to order the deposition of the former Federal Highway Administrator because those courts believed that probing of the mental processes of an administrative decisionmaker was prohibited. And, believing that the Secretary's authority was wide and reviewing courts' authority narrow in the approval of highway routes, the

lower courts held that the affidavits contained no basis for a determination that the Secretary had exceeded his authority.

We agree that formal findings were not required. But we do not believe that in this case judicial review based solely on litigation affidavits was adequate. [401 U.S. 402, 410]

A threshold question - whether petitioners are entitled to any judicial review - is easily answered. Section 701 of the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. 701 (1964 ed., Supp. V), provides that the action of "each authority of the Government of the United States," which includes the Department of Transportation, 21 is subject to judicial review except where there is a statutory prohibition on review or where "agency action is committed to agency discretion by law." In this case, there is no indication that Congress sought to prohibit judicial review and there is most certainly no "showing of `clear and convincing evidence' of a . . . legislative intent" to restrict access to judicial review. Abbott Laboratories v. Gardner, 387 U.S. 136, 141 (1967). Brownell v. We Shung, 352 U.S. 180, 185 (1956). 22

Similarly, the Secretary's decision here does not fall within the exception for action "committed to agency discretion." This is a very narrow exception. 23 Berger, Administrative Arbitrariness and Judicial Review, 65 Col. L. Rev. 55 (1965). The legislative history of the Administrative Procedure Act indicates that it is applicable in those rare instances where "statutes are drawn in such broad terms that in a given case there is no law to apply." S. Rep. No. 752, 79th Cong., 1st Sess., 26 (1945). [401 U.S. 402, 411]

Section 4 (f) of the Department of Transportation Act and 138 of the Federal-Aid Highway Act are clear and specific directives. Both the Department of Transportation Act and the Federal-Aid Highway Act provide that the Secretary "shall not approve any program or project" that requires the use of any public parkland "unless (1) there is no feasible and prudent alternative to the use of such land, and (2) such program includes all possible planning to minimize harm to such park . . . ." 23 U.S.C. 138 (1964 ed., Supp. V); 49 U.S.C. 1653 (f) (1964 ed., Supp. V). This language is a plain and explicit bar to the use of federal funds for construction of highways through parks - only the most unusual situations are exempted.

Despite the clarity of the statutory language, respondents argue that the Secretary has wide discretion. They recognize that the requirement that there be no "feasible" alternative route admits of little administrative discretion. For this exemption to apply the Secretary must find that as a matter of sound engineering it would not be feasible to build the highway along any other route. 24 Respondents argue, however, that the requirement that there be no other "prudent" route requires the Secretary to engage in a wide-ranging balancing of competing interests. They contend

that the Secretary should weigh the detriment resulting from the destruction of parkland against the cost of other routes, safety considerations, and other factors, and determine on the basis of the importance that he attaches to these other factors whether, on balance, alternative feasible routes would be "prudent."

But no such wide-ranging endeavor was intended. It is obvious that in most cases considerations of cost, directness of route, and community disruption will indicate that parkland should be used for highway construction [401 U.S. 402, 412] whenever possible. Although it may be necessary to transfer funds from one jurisdiction to another, 25 there will always be a smaller outlay required from the public purse 26 when parkland is used since the public already owns the land and there will be no need to pay for right-of-way. And since people do not live or work in parks, if a highway is built on parkland no one will have to leave his home or give up his business. Such factors are common to substantially all highway construction. Thus, if Congress intended these factors to be on an equal footing with preservation of parkland there would have been no need for the statutes.

Congress clearly did not intend that cost and disruption of the community were to be ignored 27 by the Secretary. 28 But the very existence of the statutes 29 indicates that protection of parkland was to be given paramount [401 U.S. 402, 413] importance. The few green havens that are public parks were not to be lost unless there were truly unusual factors present in a particular case or the cost or community disruption resulting from alternative routes reached extraordinary magnitudes. If the statutes are to have any meaning, the Secretary cannot approve the destruction of parkland unless he finds that alternative routes present unique problems.

Plainly, there is "law to apply" and thus the exemption for action "committed to agency discretion" is inapplicable. But the existence of judicial review is only the start: the standard for review must also be determined. For that we must look to 706 of the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. 706 (1964 ed., Supp. V), which provides that a "reviewing court shall . . . hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found" not to meet six separate standards. 30 In all cases [401 U.S. 402, 414] agency action must be set aside if the action was "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law" or if the action failed to meet statutory, procedural, or constitutional requirements. 5 U.S.C. 706 (2) (A), (B), (C), (D) (1964 ed., Supp. V). In certain narrow, specifically limited situations, the agency action is to be set aside if the action was not supported by "substantial evidence." And in other equally narrow circumstances the reviewing court is to engage in a de novo review of the action and set it aside if it was "unwarranted by the facts." 5 U.S.C. 706 (2) (E), (F) (1964 ed., Supp. V).

Petitioners argue that the Secretary's approval of the construction of I-40 through Overton Park is subject to one or the other of these latter two standards of limited applicability. First, they contend that the "substantial evidence" standard of 706 (2) (E) must be applied. In the alternative, they claim that 706 (2) (F) applies and that there must be a de novo review to determine if the Secretary's action was "unwarranted by the facts." Neither of these standards is, however, applicable.

Review under the substantial-evidence test is authorized only when the agency action is taken pursuant to a rulemaking provision of the Administrative Procedure Act itself, 5 U.S.C. 553 (1964 ed., Supp. V), or when the agency action is based on a public adjudicatory hearing. See 5 U.S.C. 556, 557 (1964 ed., Supp. V). The Secretary's decision to allow the expenditure of federal funds to build I-40 through Overton Park was plainly not an exercise of a rulemaking function. See 1 K. Davis, Administrative Law Treatise 5.01 (1958). And the only hearing that is required by either the Administrative Procedure Act or the statutes regulating the distribution [401 U.S. 402, 415] of federal funds for highway construction is a public hearing conducted by local officials for the purpose of informing the community about the proposed project and eliciting community views on the design and route. 23 U.S.C. 128 (1964 ed., Supp. V). The hearing is nonadjudicatory, quasi-legislative in nature. It is not designed to produce a record that is to be the basis of agency action - the basic requirement for substantial-evidence review. See H. R. Rep. No. 1980, 79th Cong., 2d Sess.

Petitioners' alternative argument also fails. De novo review of whether the Secretary's decision was "unwarranted by the facts" is authorized by 706 (2) (F) in only two circumstances. First, such de novo review is authorized when the action is adjudicatory in nature and the agency factfinding procedures are inadequate. And, there may be independent judicial factfinding when issues that were not before the agency are raised in a proceeding to enforce nonadjudicatory agency action. H. R. Rep. No. 1980, 79th Cong., 2d Sess. Neither situation exists here.

Even though there is no de novo review in this case and the Secretary's approval of the route of I-40 does not have ultimately to meet the substantial-evidence test, the generally applicable standards of 706 require the reviewing court to engage in a substantial inquiry. Certainly, the Secretary's decision is entitled to a presumption of regularity. See, e. g., Pacific States Box & Basket Co. v. White, 296 U.S. 176, 185 (1935); United States v. Chemical Foundation, 272 U.S. 1, 14 -15 (1926). But that presumption is not to shield his action from a thorough, probing, in-depth review.

The court is first required to decide whether the Secretary acted within the scope of his authority. Schilling v. Rogers, 363 U.S. 666, 676 -677 (1960). This determination naturally begins with a delineation of the scope of [401 U.S. 402, 416] the Secretary's authority and discretion. L. Jaffe, Judicial Control of Administrative Action 359 (1965). As has been shown, Congress has specified only a small range of choices that the Secretary can make. Also involved in this initial inquiry is a determination of whether on the facts the Secretary's decision can reasonably be said to be within that range. The reviewing court must consider whether the Secretary properly construed his authority to approve the use of parkland as limited to situations where there are no feasible alternative routes or where feasible alternative routes involve uniquely difficult problems. And the reviewing court must be able to find that the Secretary could have reasonably believed that in this case there are no feasible alternatives or that alternatives do involve unique problems.

Scrutiny of the facts does not end, however, with the determination that the Secretary has acted within the scope of his statutory authority. Section 706 (2) (A) requires a finding that the actual choice made was not "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law." 5 U.S.C. 706 (2) (A) (1964 ed., Supp. V). To make this finding the court must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment. Jaffe, supra, at 182. See McBee v. Bomar, 296 F.2d 235, 237 (CA6 1961); In re Josephson, 218 F.2d 174, 182 (CA1 1954); Western Addition Community Organization v. Weaver, 294 F. Supp. 433 (ND Cal. 1968). See also Wong Wing Hang v. Immigration and Naturalization Serv., 360 F.2d 715, 719 (CA2 1966). Although this inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one. The court is not empowered to substitute its judgment for that of the agency. [401 U.S. 402, 417]

The final inquiry is whether the Secretary's action followed the necessary procedural requirements. Here the only procedural error alleged is the failure of the Secretary to make formal findings and state his reason for allowing the highway to be built through the park.

Undoubtedly, review of the Secretary's action is hampered by his failure to make such findings, but the absence of formal findings does not necessarily require that the case be remanded to the Secretary. Neither the Department of Transportation Act nor the Federal-Aid Highway Act requires such formal findings. Moreover, the Administrative Procedure Act requirements that there be formal findings in certain rulemaking and adjudicatory proceedings do not apply to the Secretary's action here. See 5 U.S.C. 553 (a) (2), 554 (a) (1964 ed., Supp. V). And, although formal

findings may be required in some cases in the absence of statutory directives when the nature of the agency action is ambiguous, those situations are rare. See City of Yonkers v. United States, 320 U.S. 685 (1944); American Trucking Assns. v. United States, 344 U.S. 298, 320 (1953). Plainly, there is no ambiguity here; the Secretary has approved the construction of I-40 through Overton Park and has approved a specific design for the project.

Petitioners contend that although there may not be a statutory requirement that the Secretary make formal findings and even though this may not be a case for the reviewing court to impose a requirement that findings be made, Department of Transportation regulations require them. This argument is based on DOT Order 5610.1, 31 which requires the Secretary to make formal [401 U.S. 402, 418] findings when he approves the use of parkland for highway construction but which was issued after the route for I-40 was approved. 32 Petitioners argue that even though the order was not in effect at the time approval was given to the Overton Park project and even though the order was not intended to have retrospective effect the order represents the law at the time of this Court's decision and under Thorpe v. Housing Authority, 393 U.S. 268, 281 -282 (1969), should be applied to this case.

The Thorpe litigation resulted from an attempt to evict a tenant from a federally funded housing project under circumstances that suggested that the eviction was prompted by the tenant's objections to the management of the project. Despite repeated requests, the Housing Authority would not give an explanation for its action. The tenant claimed that the eviction interfered with her exercise of First Amendment rights and that the failure to state the reasons for the eviction and to afford her a hearing denied her due process. After denial of relief in the state courts, this Court granted certiorari "to consider whether [the tenant] was denied due process by the Housing Authority's refusal to state the reasons for her eviction and to afford her a hearing at which she could contest the sufficiency of those reasons." 393 U.S., at 272 .

While the case was pending in this Court, the Department of Housing and Urban Development issued regulations requiring Housing Authority officials to inform tenants of the reasons for an eviction and to give a tenant the opportunity to reply. The case was then remanded to the state courts to determine if the HUD regulations were applicable to that case. The state court held them not to be applicable and this Court reversed on the [401 U.S. 402, 419] ground that the general rule is "that an appellate court must apply the law in effect at the time it renders its decision." 393 U.S., at 281 .

While we do not question that DOT Order 5610.1 constitutes the law in effect at the time of our decision, we do not believe that Thorpe compels us to remand for the Secretary to make formal findings. 33 Here, unlike the situation in Thorpe, there has been a change in circumstances - additional right-of-way has been cleared and the 26-acre right-of-way inside Overton Park has been purchased by the State. Moreover, there is an administrative record that allows the full, prompt review of the Secretary's action that is sought without additional delay which would result from having a remand to the Secretary.

That administrative record is not, however, before us. The lower courts based their review on the litigation affidavits that were presented. These affidavits were merely "post hoc" rationalizations, Burlington Truck Lines v. United States, 371 U.S. 156, 168 -169 (1962), which have traditionally been found to be an inadequate basis for review. Burlington Truck Lines v. United States, supra; SEC v. Chenery Corp., 318 U.S. 80, 87 (1943). And they clearly do not constitute the "whole record" compiled by the agency: the basis for review required by 706 of the Administrative Procedure Act. See n. 30, supra. [401 U.S. 402, 420]

Thus it is necessary to remand this case to the District Court for plenary review of the Secretary's decision. That review is to be based on the full administrative record that was before the Secretary at the time he made his decision. 34 But since the bare record may not disclose the factors that were considered or the Secretary's construction of the evidence it may be necessary for the District Court to require some explanation in order to determine if the Secretary acted within the scope of his authority and if the Secretary's action was justifiable under the applicable standard.

The court may require the administrative officials who participated in the decision to give testimony explaining their action. Of course, such inquiry into the mental processes of administrative decisionmakers is usually to be avoided. United States v. Morgan, 313 U.S. 409, 422 (1941). And where there are administrative findings that were made at the same time as the decision, as was the case in Morgan, there must be a strong showing of bad faith or improper behavior before such inquiry may be made. But here there are no such formal findings and it may be that the only way there can be effective judicial review is by examining the decisionmakers themselves. See Shaughnessy v. Accardi, 349 U.S. 280 (1955).

The District Court is not, however, required to make such an inquiry. It may be that the Secretary can prepare formal findings including the information required by DOT Order 5610.1 that will provide an adequate explanation for his action. Such an explanation will, to some extent, be a "post hoc rationalization" and thus must be viewed critically. If the District Court

decides [401 U.S. 402, 421] that additional explanation is necessary, that court should consider which method will prove the most expeditious so that full review may be had as soon as possible.

Reversed and remanded.

MR. JUSTICE DOUGLAS took no part in the consideration or decision of this case.

Footnotes

[Footnote 1] See, e. g., The National Environmental Policy Act of 1969, 83 Stat. 852, 42 U.S.C. 4321 et seq. (1964 ed., Supp. V); Environmental Education Act, 84 Stat. 1312, 20 U.S.C. 1531 et seq. (1970 ed.); Air Quality Act of 1967, 81 Stat. 485, 42 U.S.C. 1857 et seq. (1964 ed., Supp. V); Environmental Quality Improvement Act of 1970, 84 Stat. 114, 42 U.S.C. 4371-4374 (1970 ed.).

[Footnote 2] "It is hereby declared to be the national policy that special effort should be made to preserve the natural beauty of the countryside and public park and recreation lands, wildlife and waterfowl refuges, and historic sites. The Secretary of Transportation shall cooperate and consult with the Secretaries of the Interior, Housing and Urban Development, and Agriculture, and with the States in developing transportation plans and programs that include measures to maintain or enhance the natural beauty of the lands traversed. After August 23, 1968, the Secretary shall not approve any program or project which requires the use of any publicly owned land from a public park, recreation area, or wildlife and waterfowl refuge of national, State, or local significance as determined by the Federal, State, or [401 U.S. 402, 405] local officials having jurisdiction thereof, or any land from an historic site of national, State, or local significance as so determined by such officials unless (1) there is no feasible and prudent alternative to the use of such land, and (2) such program includes all possible planning to minimize harm to such park, recreational area, wildlife and waterfowl refuge, or historic site resulting from such use." 82 Stat. 824, 49 U.S.C. 1653 (f) (1964 ed., Supp. V).

[Footnote 3] "It is hereby declared to be the national policy that special effort should be made to preserve the natural beauty of the countryside and public park and recreation lands, wildlife and waterfowl refuges, and historic sites. The Secretary of Transportation shall cooperate and consult with the Secretaries of the Interior, Housing and Urban Development, and Agriculture, and with the States in developing transportation plans and programs that include measures to maintain or enhance the natural beauty of the lands traversed. After the effective date of the Federal-Aid Highway Act of 1968, the Secretary shall not approve any program or project which requires the use of any publicly owned land from a public park, recreation area, or wildlife and waterfowl refuge of national, State, or local significance

as determined by the Federal, State, or local officials having jurisdiction thereof, or any land from an historic site of national, State, or local significance as so determined by such officials unless (1) there is no feasible and prudent alternative to the use of such land, and (2) such program includes all possible planning to minimize harm to such park, recreational area, wildlife and waterfowl refuge, or historic site resulting from such use." 23 U.S.C. 138 (1964 ed., Supp. V).

[Footnote 4] 49 U.S.C. 1653 (f) (1964 ed., Supp. V); 23 U.S.C. 138 (1964 ed., Supp. V).

[Footnote 5] Ibid.

[Footnote 6] See 23 U.S.C. 103.

[Footnote 7] The case originated in the United States District Court for the District of Columbia. On application of the Secretary of Transportation it was transferred to the United States District Court for the Western District of Tennessee, which entered the summary judgment.

[Footnote 8] 432 F.2d 1307 (CA6 1970).

[Footnote 9] This Court ordered the case to be heard on an expedited schedule.

[Footnote 10] The proposed right-of-way will be 250 to 450 feet wide and will follow the route of a presently existing, nonaccess bus route, which carries occasional bus traffic along a 40- to 50-foot right-of-way.

[Footnote 11] See 23 U.S.C. 103 (d) (1964 ed., Supp. V).

[Footnote 12] I-40 will also provide an express bypass for east-west traffic through Memphis.

[Footnote 13] At that time the Bureau of Public Roads was a part of the Department of Commerce. The Department of Transportation Act, 49 U.S.C. 1651 et seq. (1964 ed., Supp. V), which became effective on April 1, 1967, transferred the Bureau to the new Department of Transportation.

[Footnote 14] The Secretary approved these acquisitions in 1967 shortly after the effective date of 4 (f).

[Footnote 15] The State paid the City $2,000,000 for the 26-acre right-of-way and $206,000 to the Memphis Park Commission to replace park facilities that were to be destroyed by the highway. The city of Memphis has used $1,000,000 of these funds to pay for a new 160-acre park and it is

anticipated that additional parkland will be acquired with the remaining money.

[Footnote 16] Respondents argue that the only issue raised by petitioners' pleadings is the failure of the Secretary to make formal findings. But when petitioners' complaint is read in the revealing light of Conley v. Gibson, 355 U.S. 41 (1957), it is clear that petitioners have also challenged the merits of the Secretary's decision.

[Footnote 17] Petitioners contend that former Federal Highway Administrator Bridwell's account of an April 3, 1968, meeting with the Memphis City Council given to the Senate Subcommittee on Roads of the Senate Committee on Public Works supports this charge. See Hearings on Urban Highway Planning, Location, and Design before the Subcommittee on Roads of the Senate Committee on Public Works, 90th Cong., 1st and 2d Sess., pt. 2, pp. 478-480 (1968).

[Footnote 18] Petitioners argue that either a bored tunnel or a cut-and-cover tunnel, which is a fully depressed route covered after construction, could be built. Respondents contend that the construction of a tunnel by either method would greatly increase the cost of the project, would create safety hazards, and because of increases in air pollution would not reduce harm to the park.

[Footnote 19] Petitioners contend that adequate drainage could be provided by using mechanical pumps or some form of inverted siphon. They claim that such devices are often used in expressway construction.

[Footnote 20] Petitioners wanted to question former Highway Administrator Bridwell. See n. 17, supra.

[Footnote 21] In addition, the Department of Transportation Act makes the Administrative Procedure Act applicable to proceedings of the Department of Transportation. 49 U.S.C. 1655 (h) (1964 ed., Supp. V).

[Footnote 22] See also Rusk v. Cort, 369 U.S. 367, 379 -380 (1962).

[Footnote 23] The scope of this exception has been the subject of extensive commentary. See, e. g., Berger, Administrative Arbitrariness: A Synthesis, 78 Yale L. J. 965 (1969); Saferstein, Nonreviewability: A Functional Analysis of "Committed to Agency Discretion," 82 Harv. L. Rev. 367 (1968); Davis, Administrative Arbitrariness is Not Always Reviewable, 51 Minn. L. Rev. 643 (1967); Berger, Administrative Arbitrariness: A Sequel, 51 Minn. L. Rev. 601 (1967).

[Footnote 24] See 114 Cong. Rec. 19915 (statement by Rep. Holifield).

[Footnote 25] See n. 15, supra.

[Footnote 26] See 114 Cong. Rec. 24037 (statement by Sen. Yarborough).

[Footnote 27] See, e. g., S. Rep. No. 1340, 90th Cong., 2d Sess., 18-19; H. R. Rep. No. 1584, 90th Cong., 2d Sess., 12.

[Footnote 28] The legislative history indicates that the Secretary is not to limit his consideration to information supplied by state and local officials but is to go beyond this information and reach his own independent decision. 114 Cong. Rec. 24036-24037.

[Footnote 29] The legislative history of both 4 (f) of the Department of Transportation Act, 49 U.S.C. 1653 (f) (1964 ed., Supp. V), and 138 of the Federal-Aid Highway Act, 23 U.S.C. 138 (1964 ed., Supp. V), is ambiguous. The legislative committee reports tend to support respondents' view that the statutes are merely general directives to the Secretary requiring him to consider the importance of parkland as well as cost, community disruption, and other factors. See, e. g., S. Rep. No. 1340, 90th Cong., 2d Sess., 19; H. R. Rep. No. 1584, 90th Cong., 2d Sess., 12. Statements by proponents of the statutes as well as the Senate committee report on 4 (f) indicate, however, that the Secretary was to have limited authority. See, e. g., 114 Cong. Rec. 24033-24037; S. Rep. No. 1659, 89th Cong., 2d Sess., 22. See also H. R. Conf. Rep. No. 2236, 89th Cong., 2d Sess., 25. Because of this ambiguity it is clear that we must look primarily to the statutes themselves to find the legislative intent.

[Footnote 30] "To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall - "(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and "(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be - "(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; "(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity; "(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; "(D) without observance of procedure required by law; "(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or "(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court. "In making the foregoing determinations, the court shall review the [401 U.S. 402, 414] whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error." 5 U.S.C. 706 (1964 ed., Supp. V).

[Footnote 31] The regulation was promulgated pursuant to Executive Order 11514, dated March 5, 1970, 35 Fed. Reg. 4247, which instructed all federal agencies to initiate procedures needed to direct their policies and programs toward meeting national environmental goals.

[Footnote 32] DOT Order 5610.1 was issued on October 7, 1970.

[Footnote 33] Even if formal findings by the Secretary were mandatory, the proper course would be to remand the case to the District Court directing that court to order the Secretary to make formal findings. See R. Robertson & F. Kirkham, Jurisdiction of the Supreme Court of the United States 446, p. 929 (R. Wolfson & P. Kurland ed. 1951). Of course, the District Court is not prohibited from remanding the case to the Secretary. See infra, at 420.

[Footnote 34] The Solicitor General now urges that in order to avoid additional delay the proper course is to remand the case to the District Court for review of the full administrative record.

Separate opinion of MR. JUSTICE BLACK, with whom MR. JUSTICE BRENNAN joins.

I agree with the Court that the judgment of the Court of Appeals is wrong and that its action should be reversed. I do not agree that the whole matter should be remanded to the District Court. I think the case should be sent back to the Secretary of Transportation. It is apparent from the Court's opinion today that the Secretary of Transportation completely failed to comply with the duty imposed upon him by Congress not to permit a federally financed public highway to run through a public park "unless (1) there is no feasible and prudent alternative to the use of such land, and (2) such program includes all possible planning to minimize harm to such park . . . ." 23 U.S.C. 138 (1964 ed., Supp. V); 49 U.S.C. 1653 (f) (1964 ed., Supp. V). That congressional command should not be taken lightly by the Secretary or by this Court. It represents a solemn determination of the highest law-making body of this Nation that the beauty and health-giving facilities of our parks are not to be taken away for public roads without hearings, factfindings, and policy determinations under the supervision of a Cabinet officer - the Secretary of Transportation. The Act of Congress in connection with other federal highway aid legislation, 1 it seems to me, [401 U.S. 402, 422] calls for hearings - hearings that a court can review, hearings that demonstrate more than mere arbitrary defiance by the Secretary. Whether the findings growing out of such hearings are labeled "formal" or "informal" appears to me to be no more than an exercise in semantics. Whatever the hearing requirements might be, the Department of Transportation failed to meet them in this case. I regret that I am compelled to conclude for myself that, except for some too-late

formulations, apparently coming from the Solicitor General's office, this record contains not one word to indicate that the Secretary raised even a finger to comply with the command of Congress. It is our duty, I believe, to remand this whole matter back to the Secretary of Transportation for him to give this matter the hearing it deserves in full good-faith obedience to the Act of Congress. That Act was obviously passed to protect our public parks from forays by road builders except in the most extraordinary and imperative circumstances. 2 This record does not demonstrate the existence of such circumstances. I dissent from the Court's failure to send the case back to the Secretary, whose duty has not yet been performed.

[Footnote 1] See 23 U.S.C. 128 (1964 ed., Supp. V) and regulations promulgated thereunder, 34 Fed. Reg. 727-730 (1969).

[Footnote 2] See also Named Individual Members of the San Antonio Conservation Society v. Texas Highway Department, 400 U.S. 968, 972 (1970) (dissents from the denial of certiorari).

MR. JUSTICE BLACKMUN.

I fully join the Court in its opinion and in its judgment. I merely wish to state the obvious: (1) The case comes to this Court as the end product of more than a decade of endeavor to solve the interstate highway problem at Memphis. (2) The administrative decisions under attack here are not those of a single Secretary; some were made by the present Secretary's predecessor and, before him, by the Department of Commerce's Bureau of Public [401 U.S. 402, 423] Roads. (3) The 1966 Act and the 1968 Act have cut across former methods and here have imposed new standards and conditions upon a situation that already was largely developed.

This undoubtedly is why the record is sketchy and less than one would expect if the project were one which had been instituted after the passage of the 1966 Act. [401 U.S. 402, 424]

7.2. Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council, 467 U.S. 837 (1984)

U.S. Supreme Court

CHEVRON U.S. A. v. NATURAL RES. DEF. COUNCIL, 467 U.S. 837 (1984)

467 U.S. 837

CHEVRON U.S. A. INC. v. NATURAL RESOURCES DEFENSE COUNCIL, INC., ET AL.

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT

No. 82-1005.

Argued February 29, 1984

Decided June 25, 1984 *

[Footnote *] Together with No. 82-1247, American Iron & Steel Institute et al. v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.; and No. 82-1591, Ruckelshaus, Administrator, Environmental Protection Agency v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al., also on certiorari to the same court.

The Clean Air Act Amendments of 1977 impose certain requirements on States that have not achieved the national air quality standards established by the Environmental Protection Agency (EPA) pursuant to earlier legislation, including the requirement that such "nonattainment" States establish a permit program regulating "new or modified major stationary sources" of air pollution. Generally, a permit may not be issued for such sources unless stringent conditions are met. EPA regulations promulgated in 1981 to implement the permit requirement allow a State to adopt a plantwide definition of the term "stationary source," under which an existing plant that contains several pollution-emitting devices may install or modify one piece of equipment without meeting the permit conditions if the alteration will not increase the total emissions from the plant, thus allowing a State to treat all of the pollution-emitting devices within the same industrial grouping as though they were encased within a single "bubble." Respondents filed a petition for review in the Court of Appeals, which set aside the regulations embodying the "bubble concept" as contrary to law. Although recognizing that the amended Clean Air Act does not explicitly define what Congress envisioned as a "stationary source" to which the permit program should apply, and that the issue was not squarely addressed in the legislative history, the court concluded that, in view of the purpose of the nonattainment program to improve rather than merely maintain air quality, a plantwide definition was "inappropriate," while stating it was mandatory in programs designed to maintain existing air quality.

Held:

The EPA's plantwide definition is a permissible construction of the statutory term "stationary source." Pp. 842-866.

(a) With regard to judicial review of an agency's construction of the statute which it administers, if Congress has not directly spoken to the precise question at issue, the question for the court is whether the [467 U.S. 837, 838] agency's answer is based on a permissible construction of the statute. Pp. 842-845.
(b) Examination of the legislation and its history supports the Court of Appeals' conclusion that Congress did not have a specific intention as to the applicability of the "bubble concept" in these cases. Pp. 845-851.
(c) The legislative history of the portion of the 1977 Amendments dealing with nonattainment areas plainly discloses that in the permit program Congress sought to accommodate the conflict between the economic interest in permitting capital improvements to continue and the environmental interest in improving air quality. Pp. 851-853.
(d) Prior to the 1977 Amendments, the EPA had used a plantwide definition of the term "source," but in 1980 the EPA ultimately adopted a regulation that, in essence, applied the basic reasoning of the Court of Appeals here, precluding use of the "bubble concept" in nonattainment States' programs designed to enhance air quality. However, when a new administration took office in 1981, the EPA, in promulgating the regulations involved here, reevaluated the various arguments that had been advanced in connection with the proper definition of the term "source" and concluded that the term should be given the plantwide definition in nonattainment areas. Pp. 853-859.
(e) Parsing the general terms in the text of the amended Clean Air Act - particularly the provisions of 302(j) and 111(a)(3) pertaining to the definition of "source" - does not reveal any actual intent of Congress as to the issue in these cases. To the extent any congressional "intent" can be discerned from the statutory language, it would appear that the listing of overlapping, illustrative terms was intended to enlarge, rather than to confine, the scope of the EPA's power to regulate particular sources in order to effectuate the policies of the Clean Air Act. Similarly, the legislative history is consistent with the view that the EPA should have broad discretion in implementing the policies of the 1977 Amendments. The plantwide definition is fully consistent with the policy of allowing reasonable economic growth, and the EPA has advanced a reasonable explanation for its conclusion that the regulations serve environmental objectives as well. The fact that the EPA has from time to time changed its interpretation of the term "source" does not lead to the conclusion that no deference should be accorded the EPA's interpretation of the statute. An agency, to engage in informed rulemaking, must consider varying interpretations and the wisdom of its policy on a continuing basis. Policy arguments concerning the "bubble

concept" should be addressed to legislators or administrators, not to judges. The EPA's interpretation of the statute here represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests and is entitled to deference. Pp. 859-866.
222 U.S. App. D.C. 268, 685 F.2d 718, reversed. [467 U.S. 837, 839]

STEVENS, J., delivered the opinion of the Court, in which all other Members joined, except MARSHALL and REHNQUIST, JJ., who took no part in the consideration or decision of the cases, and O'CONNOR, J., who took no part in the decision of the cases.

Deputy Solicitor General Bator argued the cause for petitioners in all cases. With him on the briefs for petitioner in No. 82-1591 were Solicitor General Lee, Acting Assistant Attorney General Habicht, Deputy Assistant Attorney General Walker, Mark I. Levy, Anne S. Almy, William F. Pedersen, and Charles S. Carter. Michael H. Salinsky and Kevin M. Fong filed briefs for petitioner in No. 82-1005. Robert A. Emmett, David Ferber, Stark Ritchie, Theodore L. Garrett, Patricia A. Barald, Louis E. Tosi, William L. Patberg, Charles F. Lettow, and Barton C. Green filed briefs for petitioners in No. 82-1247.

David D. Doniger argued the cause and filed a brief for respondents.Fn

Fn [467 U.S. 837, 839] Briefs of amici curiae urging reversal were filed for the American Gas Association by John A. Myler; for the Mid-America Legal Foundation by John M. Cannon, Susan W. Wanat, and Ann P. Sheldon; and for the Pacific Legal Foundation by Ronald A. Zumbrun and Robin L. Rivett.

A brief of amici curiae urging affirmance was filed for the Commonwealth of Pennsylvania et al. by LeRoy S. Zimmerman, Attorney General of Pennsylvania, Thomas Y. Au, Duane Woodard, Attorney General of Colorado, Richard L. Griffith, Assistant Attorney General, Joseph I. Lieberman, Attorney General of Connecticut, Robert A. Whitehead, Jr., Assistant Attorney General, James S. Tierney, Attorney General of Maine, Robert Abrams, Attorney General of New York, Marcia J. Cleveland and Mary L. Lyndon, Assistant Attorneys General, Irwin I. Kimmelman, Attorney General of New Jersey, John J. Easton, Jr., Attorney General of Vermont, Merideth Wright, Assistant Attorney General, Bronson C. La Follette, Attorney General of Wisconsin, and Maryann Sumi, Assistant Attorney General.

James D. English, Mary-Win O'Brien, and Bernard Kleiman filed a brief for the United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC, as amicus curiae.

JUSTICE STEVENS delivered the opinion of the Court.

In the Clean Air Act Amendments of 1977, Pub. L. 95-95, 91 Stat. 685, Congress enacted certain requirements applicable [467 U.S. 837, 840] to States that had not achieved the national air quality standards established by the Environmental Protection Agency (EPA) pursuant to earlier legislation. The amended Clean Air Act required these "nonattainment" States to establish a permit program regulating "new or modified major stationary sources" of air pollution. Generally, a permit may not be issued for a new or modified major stationary source unless several stringent conditions are met. 1 The EPA regulation promulgated to implement this permit requirement allows a State to adopt a plantwide definition of the term "stationary source." 2 Under this definition, an existing plant that contains several pollution-emitting devices may install or modify one piece of equipment without meeting the permit conditions if the alteration will not increase the total emissions from the plant. The question presented by these cases is whether EPA's decision to allow States to treat all of the pollution-emitting devices within the same industrial grouping as though they were encased within a single "bubble" is based on a reasonable construction of the statutory term "stationary source."

I

The EPA regulations containing the plantwide definition of the term stationary source were promulgated on October [467 U.S. 837, 841] 14, 1981. 46 Fed. Reg. 50766. Respondents 3 filed a timely petition for review in the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit pursuant to 42 U.S.C. 7607(b) (1). 4 The Court of Appeals set aside the regulations. National Resources Defense Council, Inc. v. Gorsuch, 222 U.S. App. D.C. 268, 685 F.2d 718 (1982).

The court observed that the relevant part of the amended Clean Air Act "does not explicitly define what Congress envisioned as a `stationary source, to which the permit program . . . should apply," and further stated that the precise issue was not "squarely addressed in the legislative history." Id., at 273, 685 F.2d, at 723. In light of its conclusion that the legislative history bearing on the question was "at best contradictory," it reasoned that "the purposes of the nonattainment program should guide our decision here." Id., at 276, n. 39, 685 F.2d, at 726, n. 39. 5 Based on two of its precedents concerning the applicability of the bubble concept to certain Clean Air Act programs, 6 the court stated that the bubble concept was "mandatory" in programs designed merely to maintain existing air quality, but held that it was "inappropriate" in programs enacted to improve air quality. Id., at 276, 685 F.2d, at 726. Since the purpose of the permit [467 U.S. 837, 842] program - its "raison d'etre," in the court's view - was to improve air quality, the court held that the bubble concept was inapplicable in these cases under its prior precedents. Ibid. It therefore set

aside the regulations embodying the bubble concept as contrary to law. We granted certiorari to review that judgment, 461 U.S. 956 (1983), and we now reverse.

The basic legal error of the Court of Appeals was to adopt a static judicial definition of the term "stationary source" when it had decided that Congress itself had not commanded that definition. Respondents do not defend the legal reasoning of the Court of Appeals. 7 Nevertheless, since this Court reviews judgments, not opinions, 8 we must determine whether the Court of Appeals' legal error resulted in an erroneous judgment on the validity of the regulations.

II

When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, [467 U.S. 837, 843] as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. 9 If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, 10 as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute. 11

"The power of an administrative agency to administer a congressionally created . . . program necessarily requires the formulation of policy and the making of rules to fill any gap left, implicitly or explicitly, by Congress." Morton v. Ruiz, 415 U.S. 199, 231 (1974). If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation [467 U.S. 837, 844] of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. 12 Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provison <>for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency. 13
We have long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, 14 and the principle of deference to administrative interpretations
"has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given

situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations. See, e. g., National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190 ; Labor Board v. Hearst Publications, Inc., 322 U.S. 111 ; Republic Aviation Corp. v. [467 U.S. 837, 845] Labor Board, 324 U.S. 793 ; Securities & Exchange Comm'n v. Chenery Corp., 332 U.S. 194 ; Labor Board v. Seven-Up Bottling Co., 344 U.S. 344 .
". . . If this choice represents a reasonable accommodation of conflicting policies that were committed to the agency's care by the statute, we should not disturb it unless it appears from the statute or its legislative history that the accommodation is not one that Congress would have sanctioned." United States v. Shimer, 367 U.S. 374, 382 , 383 (1961).
Accord, Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp, ante, at 699-700.

In light of these well-settled principles it is clear that the Court of Appeals misconceived the nature of its role in reviewing the regulations at issue. Once it determined, after its own examination of the legislation, that Congress did not actually have an intent regarding the applicability of the bubble concept to the permit program, the question before it was not whether in its view the concept is "inappropriate" in the general context of a program designed to improve air quality, but whether the Administrator's view that it is appropriate in the context of this particular program is a reasonable one. Based on the examination of the legislation and its history which follows, we agree with the Court of Appeals that Congress did not have a specific intention on the applicability of the bubble concept in these cases, and conclude that the EPA's use of that concept here is a reasonable policy choice for the agency to make.

III

In the 1950's and the 1960's Congress enacted a series of statutes designed to encourage and to assist the States in curtailing air pollution. See generally Train v. Natural Resources Defense Council, Inc., 421 U.S. 60, 63 -64 (1975). The Clean Air Amendments of 1970, Pub. L. 91-604, 84 Stat. 1976, "sharply increased federal authority and responsibility [467 U.S. 837, 846] in the continuing effort to combat air pollution," 421 U.S., at 64 , but continued to assign "primary responsibility for assuring air quality" to the several States, 84 Stat. 1678. Section 109 of the 1970 Amendments directed the EPA to promulgate National Ambient Air Quality Standards (NAAQS's) 15 and 110 directed the States to develop plans (SIP's) to implement the standards within specified deadlines. In addition, 111 provided that major new sources of pollution would be required to conform to technology-based performance standards; the EPA was directed to publish a list of categories of sources of pollution and to establish new source performance standards (NSPS) for each. Section 111(e) prohibited the operation of any new source in violation of a performance standard.

Section 111(a) defined the terms that are to be used in setting and enforcing standards of performance for new stationary sources. It provided:

"For purposes of this section:

. . . . .

"(3) The term `stationary source' means any building, structure, facility, or installation which emits or may emit any air pollutant." 84 Stat. 1683.

In the 1970 Amendments that definition was not only applicable to the NSPS program required by 111, but also was made applicable to a requirement of 110 that each state implementation plan contain a procedure for reviewing the location of any proposed new source and preventing its construction if it would preclude the attainment or maintenance of national air quality standards. 16

In due course, the EPA promulgated NAAQS's, approved SIP's, and adopted detailed regulations governing NSPS's [467 U.S. 837, 847] for various categories of equipment. In one of its programs, the EPA used a plantwide definition of the term "stationary source." In 1974, it issued NSPS's for the nonferrous smelting industry that provided that the standards would not apply to the modification of major smelting units if their increased emissions were offset by reductions in other portions of the same plant. 17

Nonattainment

The 1970 legislation provided for the attainment of primary NAAQS's by 1975. In many areas of the country, particularly the most industrialized States, the statutory goals were not attained. 18 In 1976, the 94th Congress was confronted with this fundamental problem, as well as many others respecting pollution control. As always in this area, the legislative struggle was basically between interests seeking strict schemes to reduce pollution rapidly to eliminate its social costs and interests advancing the economic concern that strict schemes would retard industrial development with attendant social costs. The 94th Congress, confronting these competing interests, was unable to agree on what response was in the public interest: legislative proposals to deal with nonattainment failed to command the necessary consensus. 19

In light of this situation, the EPA published an Emissions Offset Interpretive Ruling in December 1976, see 41 Fed. Reg. 55524, to "fill the gap," as respondents put it, until Congress acted. The Ruling stated that it was intended to [467 U.S. 837, 848] address "the issue of whether and to what extent national air quality standards established under the Clean Air Act may restrict or prohibit growth of major new or expanded stationary air pollution sources." Id., at 55524-55525. In general, the Ruling provided that "a major new source may locate in an area with air quality worse than a national standard only if stringent conditions can be met." Id., at 55525.

The Ruling gave primary emphasis to the rapid attainment of the statute's environmental goals. 20 Consistent with that emphasis, the construction of every new source in nonattainment areas had to meet the "lowest achievable emission rate" under the current state of the art for that type of facility. See Ibid. The 1976 Ruling did not, however, explicitly adopt or reject the "bubble concept." 21

IV

The Clean Air Act Amendments of 1977 are a lengthy, detailed, technical, complex, and comprehensive response to a major social issue. A small portion of the statute - 91 Stat. [467 U.S. 837, 849] 745-751 (Part D of Title I of the amended Act, 42 U.S.C. 7501-7508) - expressly deals with nonattainment areas. The focal point of this controversy is one phrase in that portion of the Amendments. 22

Basically, the statute required each State in a nonattainment area to prepare and obtain approval of a new SIP by July 1, 1979. In the interim those States were required to comply with the EPA's interpretative Ruling of December 21, 1976. 91 Stat. 745. The deadline for attainment of the primary NAAQS's was extended until December 31, 1982, and in some cases until December 31, 1987, but the SIP's were required to contain a number of provisions designed to achieve the goals as expeditiously as possible. 23 [467 U.S. 837, 850]

Most significantly for our purposes, the statute provided that each plan shall

"(6) require permits for the construction and operation of new or modified major stationary sources in accordance with section 173 . . . ." Id., at 747. Before issuing a permit, 173 requires (1) the state agency to determine that there will be sufficient emissions reductions in the region to offset the emissions from the new source and also to allow for reasonable further progress toward attainment, or that the increased emissions will not exceed an allowance for growth established pursuant to 172(b)(5); (2) the applicant to certify that his other sources in the State are in compliance with the SIP, (3) the agency to determine that the applicable SIP is otherwise being implemented, and (4) the proposed source to comply with the lowest achievable emission rate (LAER). 24 [467 U.S. 837, 851]

The 1977 Amendments contain no specific reference to the "bubble concept." Nor do they contain a specific definition of the term "stationary source," though they did not disturb the definition of "stationary source" contained in 111(a)(3), applicable by the terms of the Act to the NSPS program. Section 302(j), however, defines the term "major stationary source" as follows:

"(j) Except as otherwise expressly provided, the terms `major stationary source' and `major emitting facility' mean any stationary facility or source of air pollutants which directly emits, or has the potential to emit, one hundred tons per year or more of any air pollutant (including any major emitting facility or source of fugitive emissions of any such pollutant, as determined by rule by the Administrator)." 91 Stat. 770.

V

The legislative history of the portion of the 1977 Amendments dealing with nonattainment areas does not contain any specific comment on the "bubble concept" or the question whether a plantwide definition of a stationary source is permissible under the permit program. It does, however, plainly disclose that in the permit program Congress sought to accommodate the conflict between the economic interest in permitting capital improvements to continue and the environmental interest in improving air quality. Indeed, the House Committee Report identified the economic interest as one of the "two main purposes" of this section of the bill. It stated:

"Section 117 of the bill, adopted during full committee markup establishes a new section 127 of the Clean Air Act. The section has two main purposes: (1) to allow reasonable economic growth to continue in an area while making reasonable further progress to assure attainment of the standards by a fixed date; and (2) to allow [467 U.S. 837, 852] States greater flexibility for the former purpose than EPA's present interpretative regulations afford.

"The new provision allows States with nonattainment areas to pursue one of two options. First, the State may proceed under EPA's present `tradeoff' or `offset' ruling. The Administrator is authorized, moreover, to modify or amend that ruling in accordance with the intent and purposes of this section.

"The State's second option would be to revise its implementation plan in accordance with this new provision." H. R. Rep. No. 95-294, p. 211 (1977). 25

The portion of the Senate Committee Report dealing with nonattainment areas states generally that it was intended to "supersede the EPA administrative approach," and that expansion should be permitted if a State could "demonstrate that these facilities can be accommodated within its overall plan to provide for attainment of air quality standards." S. Rep. No. 95-127, p. 55 (1977). The Senate Report notes the value of "case-by-case review of each new or modified major source of pollution that seeks to locate in a region exceeding an ambient standard," explaining that such a review "requires matching reductions from existing sources against [467 U.S. 837, 853] emissions expected from the new source in order to assure that introduction of the new source will not prevent attainment of the applicable standard by the statutory deadline." Ibid. This description of a

case-by-case approach to plant additions, which emphasizes the net consequences of the construction or modification of a new source, as well as its impact on the overall achievement of the national standards, was not, however, addressed to the precise issue raised by these cases.

Senator Muskie made the following remarks:

"I should note that the test for determining whether a new or modified source is subject to the EPA interpretative regulation [the Offset Ruling] - and to the permit requirements of the revised implementation plans under the conference bill - is whether the source will emit a pollutant into an area which is exceeding a national ambient air quality standard for that pollutant - or precursor. Thus, a new source is still subject to such requirements as `lowest achievable emission rate' even if it is constructed as a replacement for an older facility resulting in a net reduction from previous emission levels.
"A source - including an existing facility ordered to convert to coal - is subject to all the nonattainment requirements as a modified source if it makes any physical change which increases the amount of any air pollutant for which the standards in the area are exceeded." 123 Cong. Rec. 26847 (1977).

VI

As previously noted, prior to the 1977 Amendments, the EPA had adhered to a plantwide definition of the term "source" under a NSPS program. After adoption of the 1977 Amendments, proposals for a plantwide definition were considered in at least three formal proceedings.

In January 1979, the EPA considered the question whether the same restriction on new construction in nonattainment areas that had been included in its December 1976 Ruling [467 U.S. 837, 854] should be required in the revised SIP's that were scheduled to go into effect in July 1979. After noting that the 1976 Ruling was ambiguous on the question "whether a plant with a number of different processes and emission points would be considered a single source," 44 Fed. Reg. 3276 (1979), the EPA, in effect, provided a bifurcated answer to that question. In those areas that did not have a revised SIP in effect by July 1979, the EPA rejected the plantwide definition; on the other hand, it expressly concluded that the plantwide approach would be permissible in certain circumstances if authorized by an approved SIP. It stated:

"Where a state implementation plan is revised and implemented to satisfy the requirements of Part D, including the reasonable further progress requirement, the plan requirements for major modifications may exempt modifications of existing facilities that are accompanied by intrasource offsets so that there is no net increase in emissions. The agency endorses such exemptions, which would provide greater flexibility to sources to

effectively manage their air emissions at least cost." Ibid. 26 [467 U.S. 837, 855]

In April, and again in September 1979, the EPA published additional comments in which it indicated that revised SIP's could adopt the plantwide definition of source in nonattainment areas in certain circumstances. See id., at 20372, 20379, 51924, 51951, 51958. On the latter occasion, the EPA made a formal rulemaking proposal that would have permitted the use of the "bubble concept" for new installations within a plant as well as for modifications of existing units. It explained:

"`Bubble' Exemption: The use of offsets inside the same source is called the `bubble.' EPA proposes use of the definition of `source' (see above) to limit the use of the bubble under nonattainment requirements in the following respects:

"i. Part D SIPs that include all requirements needed to assure reasonable further progress and attainment by the deadline under section 172 and that are being carried out need not restrict the use of a plantwide bubble, the same as under the PSD proposal.

"ii. Part D SIPs that do not meet the requirements specified must limit use of the bubble by including a definition of `installation' as an identifiable piece of process equipment." 27 [467 U.S. 837, 856]

Significantly, the EPA expressly noted that the word "source" might be given a plantwide definition for some purposes and a narrower definition for other purposes. It wrote:

"Source means any building structure, facility, or installation which emits or may emit any regulated pollutant. `Building, structure, facility or installation' means plant in PSD areas and in nonattainment areas except where the growth prohibitions would apply or where no adequate SIP exists or is being carried out." Id., at 51925. 28

The EPA's summary of its proposed Ruling discloses a flexible rather than rigid definition of the term "source" to implement various policies and programs:

"In summary, EPA is proposing two different ways to define source for different kinds of NSR programs:

"(1) For PSD and complete Part D SIPs, review would apply only to plants, with an unrestricted plant-wide bubble.

"(2) For the offset ruling, restrictions on construction, and incomplete Part D SIPs, review would apply to both plants and individual pieces of process equipment, causing the plant-wide bubble not to apply for new and modified major pieces of equipment.

"In addition, for the restrictions on construction, EPA is proposing to define `major modification' so as to prohibit the bubble entirely. Finally, an alternative discussed but not favored is to have only pieces of process equipment reviewed, resulting in no plant-wide bubble and allowing minor pieces of equipment to escape NSR [467 U.S. 837, 857] regardless of whether they are within a major plant." Id., at 51934.

In August 1980, however, the EPA adopted a regulation that, in essence, applied the basic reasoning of the Court of Appeals in these cases. The EPA took particular note of the two then-recent Court of Appeals decisions, which had created the bright-line rule that the "bubble concept" should be employed in a program designed to maintain air quality but not in one designed to enhance air quality. Relying heavily on those cases, 29 EPA adopted a dual definition of "source" for nonattainment areas that required a permit whenever a change in either the entire plant, or one of its components, would result in a significant increase in emissions even if the increase was completely offset by reductions elsewhere in the plant. The EPA expressed the opinion that this interpretation was "more consistent with congressional intent" than the plantwide definition because it "would bring in more sources or modifications for review," 45 Fed. Reg. 52697 (1980), but its primary legal analysis was predicated on the two Court of Appeals decisions.

In 1981 a new administration took office and initiated a "Government-wide reexamination of regulatory burdens and complexities." 46 Fed. Reg. 16281. In the context of that [467 U.S. 837, 858] review, the EPA reevaluated the various arguments that had been advanced in connection with the proper definition of the term "source" and concluded that the term should be given the same definition in both nonattainment areas and PSD areas.

In explaining its conclusion, the EPA first noted that the definitional issue was not squarely addressed in either the statute or its legislative history and therefore that the issue involved an agency "judgment as how to best carry out the Act." Ibid. It then set forth several reasons for concluding that the plantwide definition was more appropriate. It pointed out that the dual definition "can act as a disincentive to new investment and modernization by discouraging modifications to existing facilities" and "can actually retard progress in air pollution control by discouraging replacement of older, dirtier processes or pieces of equipment with new, cleaner ones." Ibid. Moreover, the new definition "would simplify EPA's rules by using the same definition of `source' for PSD, nonattainment new source review and the construction moratorium. This reduces confusion and inconsistency." Ibid. Finally, the agency explained that additional requirements that remained in place would accomplish the fundamental purposes of achieving attainment with NAAQS's as expeditiously as possible. 30 These conclusions were expressed [467 U.S. 837, 859] in a proposed rulemaking in August 1981 that was formally promulgated in October. See id., at 50766.

VII

In this Court respondents expressly reject the basic rationable of the Court of Appeals' decision. That court viewed the statutory definition of the term

"source" as sufficiently flexible to cover either a plantwide definition, a narrower definition covering each unit within a plant, or a dual definition that could apply to both the entire "bubble" and its components. It interpreted the policies of the statute, however, to mandate the plantwide definition in programs designed to maintain clean air and to forbid it in programs designed to improve air quality. Respondents place a fundamentally different construction on the statute. They contend that the text of the Act requires the EPA to use a dual definition - if either a component of a plant, or the plant as a whole, emits over 100 tons of pollutant, it is a major stationary source. They thus contend that the EPA rules adopted in 1980, insofar as they apply to the maintenance of the quality of clean air, as well as the 1981 rules which apply to nonattainment areas, violate the statute. 31

Statutory Language

The definition of the term "stationary source" in 111(a)(3) refers to "any building, structure, facility, or installation" which emits air pollution. See supra, at 846. This definition is applicable only to the NSPS program by the express terms of the statute; the text of the statute does not make this definition [467 U.S. 837, 860] applicable to the permit program. Petitioners therefore maintain that there is no statutory language even relevant to ascertaining the meaning of stationary source in the permit program aside from 302(j), which defines the term "major stationary source." See supra, at 851. We disagree with petitioners on this point.

The definition in 302(j) tells us what the word "major" means - a source must emit at least 100 tons of pollution to qualify - but it sheds virtually no light on the meaning of the term "stationary source." It does equate a source with a facility - a "major emitting facility" and a "major stationary source" are synonymous under 302(j). The ordinary meaning of the term "facility" is some collection of integrated elements which has been designed and constructed to achieve some purpose. Moreover, it is certainly no affront to common English usage to take a reference to a major facility or a major source to connote an entire plant as opposed to its constituent parts. Basically, however, the language of 302(j) simply does not compel any given interpretation of the term "source."

Respondents recognize that, and hence point to 111(a)(3). Although the definition in that section is not literally applicable to the permit program, it sheds as much light on the meaning of the word "source" as anything in the statute. 32 As respondents point out, use of the words "building, structure, facility, or installation," as the definition of source, could be read to impose the permit conditions on an individual building that is a part of a plant. 33 A "word may have a character of its own not to be submerged by its

association." Russell Motor Car Co. v. United States, 261 U.S. 514, 519 [467 U.S. 837, 861] (1923). On the other hand, the meaning of a word must be ascertained in the context of achieving particular objectives, and the words associated with it may indicate that the true meaning of the series is to convey a common idea. The language may reasonably be interpreted to impose the requirement on any discrete, but integrated, operation which pollutes. This gives meaning to all of the terms - a single building, not part of a larger operation, would be covered if it emits more than 100 tons of pollution, as would any facility, structure, or installation. Indeed, the language itself implies a "bubble concept" of sorts: each enumerated item would seem to be treated as if it were encased in a bubble. While respondents insist that each of these terms must be given a discrete meaning, they also argue that 111(a)(3) defines "source" as that term is used in 302(j). The latter section, however, equates a source with a facility, whereas the former defines "source" as a facility, among other items.

We are not persuaded that parsing of general terms in the text of the statute will reveal an actual intent of Congress. 34 [467 U.S. 837, 862] We know full well that this language is not dispositive; the terms are overlapping and the language is not precisely directed to the question of the applicability of a given term in the context of a larger operation. To the extent any congressional "intent" can be discerned from this language, it would appear that the listing of overlapping, illustrative terms was intended to enlarge, rather than to confine, the scope of the agency's power to regulate particular sources in order to effectuate the policies of the Act.

Legislative History

In addition, respondents argue that the legislative history and policies of the Act foreclose the plantwide definition, and that the EPA's interpretation is not entitled to deference because it represents a sharp break with prior interpretations of the Act.

Based on our examination of the legislative history, we agree with the Court of Appeals that it is unilluminating. The general remarks pointed to by respondents "were obviously not made with this narrow issue in mind and they cannot be said to demonstrate a Congressional desire . . . ." Jewell Ridge Coal Corp. v. Mine Workers, 325 U.S. 161, 168 -169 (1945). Respondents' argument based on the legislative history relies heavily on Senator Muskie's observation that a new source is subject to the LAER requirement. 35 But the full statement is ambiguous and like the text of 173 itself, this comment does not tell us what a new source is, much less that it is to have an inflexible definition. We find that the legislative history as a whole is silent on the precise issue before us. It is, however, consistent

with the view that the EPA should have broad discretion in implementing the policies of the 1977 Amendments. [467 U.S. 837, 863]

More importantly, that history plainly identifies the policy concerns that motivated the enactment; the plantwide definition is fully consistent with one of those concerns - the allowance of reasonable economic growth - and, whether or not we believe it most effectively implements the other, we must recognize that the EPA has advanced a reasonable explanation for its conclusion that the regulations serve the environmental objectives as well. See supra, at 857-859, and n. 29; see also supra, at 855, n. 27. Indeed, its reasoning is supported by the public record developed in the rulemaking process, 36 as well as by certain private studies. 37

Our review of the EPA's varying interpretations of the word "source" - both before and after the 1977 Amendments - convinces us that the agency primarily responsible for administering this important legislation has consistently interpreted it flexibly - not in a sterile textual vacuum, but in the context of implementing policy decisions in a technical and complex arena. The fact that the agency has from time to time changed its interpretation of the term "source" does not, as respondents argue, lead us to conclude that no deference should be accorded the agency's interpretation of the statute. An initial agency interpretation is not instantly carved in stone. On the contrary, the agency, to engage in informed rulemaking, must consider varying interpretations [467 U.S. 837, 864] and the wisdom of its policy on a continuing basis. Moreover, the fact that the agency has adopted different definitions in different contexts adds force to the argument that the definition itself is flexible, particularly since Congress has never indicated any disapproval of a flexible reading of the statute.

Significantly, it was not the agency in 1980, but rather the Court of Appeals that read the statute inflexibly to command a plantwide definition for programs designed to maintain clean air and to forbid such a definition for programs designed to improve air quality. The distinction the court drew may well be a sensible one, but our labored review of the problem has surely disclosed that it is not a distinction that Congress ever articulated itself, or one that the EPA found in the statute before the courts began to review the legislative work product. We conclude that it was the Court of Appeals, rather than Congress or any of the decisionmakers who are authorized by Congress to administer this legislation, that was primarily responsible for the 1980 position taken by the agency.

Policy

The arguments over policy that are advanced in the parties' briefs create the impression that respondents are now waging in a judicial forum a

specific policy battle which they ultimately lost in the agency and in the 32 jurisdictions opting for the "bubble concept," but one which was never waged in the Congress. Such policy arguments are more properly addressed to legislators or administrators, not to judges. 38 [467 U.S. 837, 865]

In these cases the Administrator's interpretation represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests and is entitled to deference: the regulatory scheme is technical and complex, 39 the agency considered the matter in a detailed and reasoned fashion, 40 and the decision involves reconciling conflicting policies. 41 Congress intended to accommodate both interests, but did not do so itself on the level of specificity presented by these cases. Perhaps that body consciously desired the Administrator to strike the balance at this level, thinking that those with great expertise and charged with responsibility for administering the provision would be in a better position to do so; perhaps it simply did not consider the question at this level; and perhaps Congress was unable to forge a coalition on either side of the question, and those on each side decided to take their chances with the scheme devised by the agency. For judicial purposes, it matters not which of these things occurred.

Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices - resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the [467 U.S. 837, 866] agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.

When a challenge to an agency construction of a statutory provision, fairly conceptualized, really centers on the wisdom of the agency's policy, rather than whether it is a reasonable choice within a gap left open by Congress, the challenge must fail. In such a case, federal judges - who have no constituency - have a duty to respect legitimate policy choices made by those who do. The responsibilities for assessing the wisdom of such policy choices and resolving the struggle between competing views of the public interest are not judicial ones: "Our Constitution vests such responsibilities in the political branches." TVA v. Hill, 437 U.S. 153, 195 (1978).

We hold that the EPA's definition of the term "source" is a permissible construction of the statute which seeks to accommodate progress in reducing air pollution with economic growth. "The Regulations which the Administrator has adopted provide what the agency could allowably view as . . . [an] effective reconciliation of these twofold ends . . . ." United States v. Shimer, 367 U.S., at 383 .

The judgment of the Court of Appeals is reversed.

It is so ordered.
JUSTICE MARSHALL and JUSTICE REHNQUIST took no part in the consideration or decision of these cases.

JUSTICE O'CONNOR took no part in the decision of these cases.

Footnotes

[ ] ERRATA: "provison" should be "provision".

[Footnote 1] Section 172(b)(6), 42 U.S.C. 7502(b)(6), provides:

"The plan provisions required by subsection (a) shall -
. . . . .
"(6) require permits for the construction and operation of new or modified major stationary sources in accordance with section 173 (relating to permit requirements)." 91 Stat. 747.

[Footnote 2] "(i) `Stationary source' means any building, structure, facility, or installation which emits or may emit any air pollutant subject to regulation under the Act.

"(ii) `Building, structure, facility, or installation' means all of the pollutant-emitting activities which belong to the same industrial grouping, are located on one or more contiguous or adjacent properties, and are under the control of the same person (or persons under common control) except the activities of any vessel." 40 CFR 51.18(j)(1)(i) and (ii) (1983).

[Footnote 3] National Resources Defense Council, Inc., Citizens for a Better Environment, Inc., and North Western Ohio Lung Association, Inc.

[Footnote 4] Petitioners, Chevron U.S. A. Inc., American Iron and Steel Institute, American Petroleum Institute, Chemical Manufacturers Association, Inc., General Motors Corp., and Rubber Manufacturers Association were granted leave to intervene and argue in support of the regulation.

[Footnote 5] The court remarked in this regard:

"We regret, of course, that Congress did not advert specifically to the bubble concept's application to various Clean Air Act programs, and note that a further clarifying statutory directive would facilitate the work of the

agency and of the court in their endeavors to serve the legislators' will." 222 U.S. App. D.C., at 276, n. 39, 685 F.2d, at 726, n. 39.

[Footnote 6] Alabama Power Co. v. Costle, 204 U.S. App. D.C. 51, 636 F.2d 323 (1979); ASARCO Inc. v. EPA, 188 U.S. App. D.C. 77, 578 F.2d 319 (1978).

[Footnote 7] Respondents argued below that EPA's plantwide definition of "stationary source" is contrary to the terms, legislative history, and purposes of the amended Clear Air Act. The court below rejected respondents' arguments based on the language and legislative history of the Act. It did agree with respondents contention that the regulations were inconsistent with the purposes of the Act, but did not adopt the construction of the statute advanced by respondents here. Respondents rely on the arguments rejected by the Court of Appeals in support of the judgment, and may rely on any ground that finds support in the record. See Ryerson v. United States, 312 U.S. 405, 408 (1941); LeTulle v. Scofield, 308 U.S. 415, 421 (1940); Langnes v. Green, 282 U.S. 531, 533 -539 (1931).

[Footnote 8] E. g., Black v. Cutter Laboratories, 351 U.S. 292, 297 (1956); J. E. Riley Investment Co. v. Commissioner, 311 U.S. 55, 59 (1940); Williams v. Norris, 12 Wheat. 117, 120 (1827); McClung v. Silliman, 6 Wheat. 598, 603 (1821).

[Footnote 9] The judiciary is the final authority on issues of statutory construction and must reject administrative constructions which are contrary to clear congressional intent. See, e. g., FEC v. Democratic Senatorial Campaign Committee, 454 U.S. 27, 32 (1981); SEC v. Sloan, 436 U.S. 103, 117 -118 (1978); FMC v. Seatrain Lines, Inc., 411 U.S. 726, 745 -746 (1973); Volkswagenwerk v. FMC, 390 U.S. 261, 272 (1968); NLRB v. Brown, 380 U.S. 278, 291 (1965); FTC v. Colgate-Palmolive Co., 380 U.S. 374, 385 (1965); Social Security Board v. Nierotko, 327 U.S. 358, 369 (1946); Burnet v. Chicago Portrait Co., 285 U.S. 1, 16 (1932); Webster v. Luther, 163 U.S. 331, 342 (1896). If a court, employing traditional tools of statutory construction, ascertains that Congress had an intention on the precise question at issue, that intention is the law and must be given effect.

[Footnote 10] See generally, R. Pound, The Spirit of the Common Law 174-175 (1921).

[Footnote 11] The court need not conclude that the agency construction was the only one it permissibly could have adopted to uphold the construction, or even the reading the court would have reached if the question initially had arisen in a judicial proceeding. FEC v. Democratic Senatorial Campaign Committee, 454 U.S., at 39 ; Zenith Radio Corp. v. United States, 437 U.S. 443, 450 (1978); Train v. Natural Resources

Defense Council, Inc., 421 U.S. 60, 75 (1975); Udall v. Tallman, 380 U.S. 1, 16 (1965); Unemployment Compensation Comm'n v. Aragon, 329 U.S. 143, 153 (1946); McLaren v. Fleischer, 256 U.S. 477, 480 -481 (1921).

[Footnote 12] See, e. g., United States v. Morton, ante, at 834; Schweiker v. Gray Panthers, 453 U.S. 34, 44 (1981); Batterton v. Francis, 432 U.S. 416, 424 -426 (1977); American Telephone & Telegraph Co. v. United States, 299 U.S. 232, 235 -237 (1936).

[Footnote 13] E. g., INS v. Jong Ha Wang, 450 U.S. 139, 144 (1981); Train v. Natural Resources Defense Council, Inc., 421 U.S., at 87 .

[Footnote 14] Aluminum Co. of America v. Central Lincoln Peoples' Until Dist., ante, at 389; Blum v. Bacon, 457 U.S. 132, 141 (1982); Union Electric Co. v. EPA, 427 U.S. 246, 256 (1976); Investment Company Institute v. Camp, 401 U.S. 617, 626 -627 (1971); Unemployment Compensation Comm'n v. Aragon, 329 U.S., at 153 -154; NLRB v. Hearst Publications, Inc., 322 U.S. 111, 131 (1944); McLaren v. Fleischer, 256 U.S., at 480 -481; Webster v. Luther, 163 U.S., at 342 ; Brown v. United States, 113 U.S. 568, 570 -571 (1885); United States v. Moore, 95 U.S. 760, 763 (1878); Edwards' Lessee v. Darby, 12 Wheat. 206, 210 (1827).

[Footnote 15] Primary standards were defined as those whose attainment and maintenance were necessary to protect the public health, and secondary standards were intended to specify a level of air quality that would protect the public welfare.

[Footnote 16] See 110(a)(2)(D) and 110(a)(4).

[Footnote 17] The Court of Appeals ultimately held that this plantwide approach was prohibited by the 1970 Act, see ASARCO Inc., 188 U.S. App. D.C., at 83-84, 578 F.2d, at 325-327. This decision was rendered after enactment of the 1977 Amendments, and hence the standard was in effect when Congress enacted the 1977 Amendments.

[Footnote 18] See Report of the National Commission on Air Quality, To Breathe Clean Air, 3.3-20 through 3.3-33 (1981).

[Footnote 19] Comprehensive bills did pass both Chambers of Congress; the Conference Report was rejected in the Senate. 122 Cong. Rec. 34375-34403, 34405-34418 (1976).

[Footnote 20] For example, it stated:

"Particularly with regard to the primary NAAQS's, Congress and the Courts have made clear that economic considerations must be subordinated to NAAQS achievement and maintenance. While the ruling allows for some

growth in areas violating a NAAQS if the net effect is to insure further progress toward NAAQS achievement, the Act does not allow economic growth to be accommodated at the expense of the public health." 41 Fed. Reg. 55527 (1976).

[Footnote 21] In January 1979, the EPA noted that the 1976 Ruling was ambiguous concerning this issue:

"A number of commenters indicated the need for a more explicit definition of `source.' Some readers found that it was unclear under the 1976 Ruling whether a plant with a number of different processes and emission points would be considered a single source. The changes set forth below define a source as `any structure, building, facility, equipment, installation, or operation (or combination thereof) which is located on one or more contiguous or adjacent properties and which is owned or operated by the same person (or by persons under common control).' This definition precludes a large plant from being separated into individual production lines for purposes of determining applicability of the offset requirements." 44 Fed. Reg. 3276.

[Footnote 22] Specifically, the controversy in these cases involves the meaning of the term "major stationary sources" in 172(b)(6) of the Act, 42 U.S.C. 7502(b) (6). The meaning of the term "proposed source" in 173(2) of the Act, 42 U.S.C. 7503(2), is not at issue.

[Footnote 23] Thus, among other requirements, 172(b) provided that the SIP's shall -

"(3) require, in the interim, reasonable further progress (as defined in section 171(1)) including such reduction in emissions from existing sources in the area as may be obtained through the adoption, at a minimum, of reasonably available control technology;
"(4) include a comprehensive, accurate, current inventory of actual emissions from all sources (as provided by rule of the Administrator) of each such pollutant for each such area which is revised and resubmitted as frequently as may be necessary to assure that the requirements of paragraph (3) are met and to assess the need for additional reductions to assure attainment of each standard by the date required under paragraph (1);
"(5) expressly identify and quantity the emissions, if any, of any such pollutant which will be allowed to result from the construction and operation of major new or modified stationary sources for each such area; . . .
. . . . .
"(8) contain emission limitations, schedules of compliance and such other measures as may be necessary to meet the requirements of this section." 91 Stat. 747.
Section 171(1) provided:

"(1) The term `reasonable further progress' means annual incremental reductions in emissions of the applicable air pollutant (including substantial [467 U.S. 837, 850] reductions in the early years following approval or promulgation of plan provisions under this part and section 110(a)(2)(I) and regular reductions thereafter) which are sufficient in the judgment of the Administrator, to provide for attainment of the applicable national ambient air quality standard by the date required in section 172(a)." Id., at 746.

[Footnote 24] Section 171(3) provides:

"(3) The term `lowest achievable emission rate' means for any source, that rate of emissions which reflects -
"(A) the most stringent emission limitation which is contained in the implementation plan of any State for such class or category of source, unless the owner or operator of the proposed source demonstrates that such limitations are not achievable, or
"(B) the most stringent emission limitation which is achieved in practice by such class or category of source, whichever is more stringent.
"In no event shall the application of this term permit a proposed new or modified source to emit any pollutant in excess of the amount allowable under applicable new source standards of performance."
The LAER requirement is defined in terms that make it even more stringent than the applicable new source performance standard developed under 111 of the Act, as amended by the 1970 statute.

[Footnote 25] During the floor debates Congressman Waxman remarked that the legislation struck

"a proper balance between environmental controls and economic growth in the dirty air areas of America. . . . There is no other single issue which more clearly poses the conflict between pollution control and new jobs. We have determined that neither need be compromised. . . .
"This is a fair and balanced approach, which will not undermine our economic vitality, or impede achievement of our ultimate environmental objectives." 123 Cong. Rec. 27076 (1977).
The second "main purpose" of the provision - allowing the States "greater flexibility" than the EPA's interpretative Ruling - as well as the reference to the EPA's authority to amend its Ruling in accordance with the intent of the section, is entirely consistent with the view that Congress did not intend to freeze the definition of "source" contained in the existing regulation into a rigid statutory requirement.

[Footnote 26] In the same Ruling, the EPA added:

"The above exemption is permitted under the SIP because, to be approved under Part D, plan revisions due by January 1979 must contain adopted measures assuring that reasonable further progress will be made.

Furthermore, in most circumstances, the measures adopted by January 1979 must be sufficient to actually provide for attainment of the standards by the dates required under the Act, and in all circumstances measures adopted by 1982 must provide for attainment. See Section 172 of the Act and 43 F R 21673-21677 (May 19, 1978). Also, Congress intended under Section 173 of the Act that States would have some latitude to depart from the strict requirements of this Ruling when the State plan is revised and is being carried out in accordance with Part D. Under a Part D plan, therefore, there is less need to subject a modification of an existing facility to LAER and other stringent requirements if the modification is accompanied by sufficient intrasource offsets so that there is no net increase in emissions." 44 Fed. Reg. 3277 (1979).

[Footnote 27] Id., at 51926. Later in that Ruling, the EPA added:

"However, EPA believes that complete Part D SIPs, which contain adopted and enforceable requirements sufficient to assure attainment, may apply the approach proposed above for PSD, with plant-wide review but no review of individual pieces of equipment. Use of only a plant-wide definition of source will permit plant-wide offsets for avoiding NSR of new or modified pieces of equipment. However, this is only appropriate once a SIP is adopted that will assure the reductions in existing emissions necessary for attainment. See 44 FR 3276 col. 3 (January 16, 1979). If the level of emissions allowed in the SIP is low enough to assure reasonable further progress and attainment, new construction or modifications with enough offset credit to prevent an emission increase should not jeopardize attainment." Id., at 51933.

[Footnote 28] In its explanation of why the use of the "bubble concept" was especially appropriate in preventing significant deterioration (PSD) in clean air areas, the EPA stated: "In addition, application of the bubble on a plant-wide basis encourages voluntary upgrading of equipment, and growth in productive capacity." Id., at 51932.

[Footnote 29] "The dual definition also is consistent with Alabama Power and ASARCO. Alabama Power held that EPA had broad discretion to define the constituent terms of `source' so as best to effectuate the purposes of the statute. Different definitions of `source' can therefore be used for different sections of the statute. . . .

"Moreover, Alabama Power and ASARCO taken together suggest that there is a distinction between Clean Air Act programs designed to enhance air quality and those designed only to maintain air quality. . . .

. . . . .

"Promulgation of the dual definition follows the mandate of Alabama Power, which held that, while EPA could not define `source' as a combination of sources, EPA had broad discretion to define `building,' `structure,' `facility,'

and `installation' so as to best accomplish the purposes of the Act." 45 Fed. Reg. 52697 (1980).

[Footnote 30] It stated:

"5. States will remain subject to the requirement that for all nonattainment areas they demonstrate attainment of NAAQS as expeditiously as practicable and show reasonable further progress toward such attainment. Thus, the proposed change in the mandatory scope of nonattainment new source review should not interfere with the fundamental purpose of Part D of the Act.
"6. New Source Performance Standards (NSPS) will continue to apply to many new or modified facilities and will assure use of the most up-to-date pollution control techniques regardless of the applicability of nonattainment area new source review.
"7. In order to avoid nonattainment area new source review, a major plant undergoing modification must show that it will not experience a [467 U.S. 837, 859] significant net increase in emissions. Where overall emissions increase significantly, review will continue to be required." 46 Fed. Reg. 16281 (1981).

[Footnote 31] "What EPA may not do, however, is define all four terms to mean only plants. In the 1980 PSD rules, EPA did just that. EPA compounded the mistake in the 1981 rules here under review, in which it abandoned the dual definition." Brief for Respondents 29, n. 56.

[Footnote 32] We note that the EPA in fact adopted the language of that definition in its regulations under the permit program. 40 CFR 51.18(j)(1)(i),(ii)(1983).

[Footnote 33] Since the regulations give the States the option to define an individual unit as a source, see 40 CFR 51.18(j)(1) (1983), petitioners do not dispute that the terms can be read as respondents suggest.

[Footnote 34] The argument based on the text of 173, which defines the permit requirements for nonattainment areas, is a classic example of circular reasoning. One of the permit requirements is that "the proposed source is required to comply with the lowest achievable emission rate" (LAER). Although a State may submit a revised SIP that provides for the waiver of another requirement - the "offset condition" - the SIP may not provide for a waiver of the LAER condition for any proposed source. Respondents argue that the plantwide definition of the term "source" makes it unnecessary for newly constructed units within the plant to satisfy the LAER requirement if their emissions are offset by the reductions achieved by the retirement of older equipment. Thus, according to respondents, the plantwide definition allows what the statute explicitly prohibits - the waiver of the LAER requirement for the newly constructed units. But this argument

proves nothing because the statute does not prohibit the waiver unless the proposed new unit is indeed subject to the permit program. If it is not, the statute does not impose the LAER requirement at all and there is not need to reach any waiver question. In other words, 173 of the statute merely deals with the consequences of the definition of the term "source" and does not define the term.

[Footnote 35] See supra, at 853. We note that Senator Muskie was not critical of the EPA's use of the "bubble concept" in one NSPS program prior to the 1977 amendments. See ibid.

[Footnote 36] See, for example, the statement of the New York State Department of Environmental Conservation, pointing out that denying a source owner flexibility in selecting options made it "simpler and cheaper to operate old, more polluting sources than to trade up. . . ." App. 128-129.

[Footnote 37] "Economists have proposed that economic incentives be substituted for the cumbersome administrative-legal framework. The objective is to make the profit and cost incentives that work so well in the marketplace work for pollution control. . . . [The `bubble' or `netting' concept] is a first attempt in this direction. By giving a plant manager flexibility to find the places and processes within a plant that control emissions most cheaply, pollution control can be achieved more quickly and cheaply." L. Lave & G. Omenn, Cleaning the Air: Reforming the Clean Air Act 28 (1981) (footnote omitted).

[Footnote 38] Respondents point out if a brand new factory that will emit over 100 tons of pollutants is constructed in a nonattainment area, that plant must obtain a permit pursuant to 172(b)(6) and in order to do so, it must satisfy the 173 conditions, including the LAER requirement. Respondents argue if an old plant containing several large emitting units is to be modernized by the replacement of one or more units emitting over 100 tons of pollutant with a new unit emitting less - but still more than 100 tons - the result should be no different simply because "it happens to be built not at a new site, but within a pre-existing plant." Brief for Respondents 4.

[Footnote 39] See, e. g., Aluminum Co. of America v. Central Lincoln Peoples' Util. Dist., ante, at 390.

[Footnote 40] See SEC v. Sloan, 436 U.S., at 117 ; Adamo Wrecking Co. v. United States, 434 U.S. 275, 287 , n. 5 (1978); Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, 140 (1944).

[Footnote 41] See Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp, ante, at 699-700; United States v. Shimer, 367 U.S. 374, 382 (1961). [467 U.S. 837, 867]