

MATERIAL PRODUZIDO PELO PROCESSO DE REGULAMENTAÇÃO COMO SUBSÍDIO EXTRÍNSECO À INTERPRETAÇÃO: UM ESTUDO DO USO DO RIAS PELA CORTE FEDERAL DO CANADÁ⁺ *

France Houle^{**}

Professora Associada da Faculdade de Direito
na Universidade de Montreal - Canadá

RESUMO

Desde 1986, solicita-se da Administração Pública do Canadá a análise do impacto socioeconômico de qualquer inovação ou mudança regulamentar. Para relatar essa análise, é produzido e publicado na *Canada Gazette* um Relatório de Análise de Impacto na Regulamentação (RIAS - Regulatory Impact Analysis Statement), com a proposta de regulamentação pertinente - para conhecimento e comentários das partes interessadas. Após o término do prazo estipulado para os comentários, a regulamentação é adotada e, acompanhada da versão final do RIAS, novamente publicada no *Canada Gazette*. Como resultado, o RIAS adquire status de um documento público oficial do Governo do Canadá, e seu conteúdo pode ser utilizado nos tribunais como um subsídio extrínseco à interpretação da regulamentação.

No presente artigo, é feita uma análise das descobertas empíricas sobre os usos dessa ferramenta interpretativa pela Corte Federal do Canadá. Uma amostra de decisões classificadas como não ortodoxas mostra que os juízes têm feito suas avaliações com base em dois tipos de argumentos muito distintos construídos a partir das informações encontradas no RIAS, os quais a autora classifica como “tecnocrático” e “democrático”. Ela argumenta que esses usos levantam a questão geral “O que torna o direito possível em nossos sistemas legais contemporâneos?”, pois eles sublinham a permanência dos problemas legais referentes ao conhecimento e à aceitação da lei pelos governados. A autora conclui que essa nova tendência interpretativa deve ser observada de perto, ao passo que pode sinalizar mudanças maiores do que as previstas, e provavelmente indesejadas, considerando-se a relação entre o governo e o Judiciário.

⁺ A autora agradece ao Fundo de Pesquisa sobre Sociedade e Cultura de Quebec (Quebec Fund of Research on Society and Culture), bem como ao Conselho de Pesquisa de Ciências Humanas e Sociais do Canadá (Canada Social and Human Sciences Research Council) pelo auxílio financeiro. Este artigo deriva de uma conferência preferida em Paris em julho de 2005 e organizada pelo Comitê de Pesquisa em Sociologia e Direito (Research Committee on Sociology and Law) da Associação Internacional de Sociologia (International Sociological Association).

^{*} Tradução: Celly Cook Inatomi. Revisão: Andrei Koerner.

^{**} Gostaria de agradecer aos meus assistentes de pesquisa Alexandre Paul-Hus e Sabrina Khan por suas análises do relevante caso-lei.

PALAVRAS-CHAVE

Regulamentações. Interpretação. Tribunais. Relatório de Análise de Impacto

SUMÁRIO

1 Introdução 2 Parte I: Relatório de Análise de Impacto na Regulamentação (RIAS)
2.1 Responsabilidade e transparência 2.2 Informações contidas em um RIAS
3 Parte II: O uso do RIAS pelo Tribunal Federal do Canadá 3.1 Usando o RIAS como um
auxílio extrínseco à interpretação 3.2 Discussão geral sobre os usos tecnocráticos e
democráticos de um RIAS 4 Conclusão

1 Introdução

1. Em 1986, o Governo Federal do Canadá aprovou uma política regulamentar que solicitava dos departamentos e agências uma análise do impacto socioeconômico de qualquer inovação ou alteração em matéria regulamentar¹. Desde então, um Relatório de Análise de Impacto na Regulamentação (RIAS) acompanha cada projeto de regulamentação, e ambos os documentos são publicados na Parte I do *Canada Gazette*, para conhecimento e comentários das partes interessadas. Após o término do prazo estipulado para os comentários, a regulamentação é adotada e acompanhada da versão final do RIAS, então publicada na Parte II do *Canada Gazette*. Como resultado, o RIAS adquire status de um documento público oficial do Governo do Canadá e seu conteúdo pode ser discutido nos tribunais como um subsídio extrínseco à interpretação da regulamentação.

2. Neste artigo, proponho uma análise das descobertas empíricas sobre os usos dessa nova ferramenta interpretativa pela Corte Federal do Canadá. A importância de se relatar esse novo fenômeno legal se deve a duas razões. Primeiramente, juízes do *common law* (ao contrário de juízes do *civil law*) têm demonstrado resistência ao uso desse tipo de material como um subsídio extrínseco para a interpretação de estatutos e regulamentações. Limites estritos ao peso dado ao material histórico do processo legislativo (neste caso, o material histórico do processo regulamentar) são impostos aos juízes. Aliás, se eles atribuísssem autoridade decisiva a esse tipo de material, estariam de fato subjugando a sua função constitucional exclusiva de intérpretes legítimos da lei. Entretanto, a análise de casos da Corte Federal, no quais o RIAS é usado, demonstra maior atenção à visão expressa pela autoridade regulamentar em um RIAS do que a qualquer outro tipo de material processual legislativo. Este uso não ortodoxo do RIAS traz a segunda razão que me levou a escrever este artigo.

¹ A versão mais recente da Política de Regulamentação está publicada no website do Departamento de Conselho Privado do Governo Federal do Canadá: www.pco-bcp.gc.ca.

3. Uma amostra de decisões classificadas como não ortodoxas mostra que os juízes têm feito suas avaliações com base em dois tipos de argumentos muito distintos, construídos a partir de informações encontradas em um RIAS, os quais classifico como argumentos “tecnocráticos” e “democráticos”. Esses usos levantam a questão geral “o que torna o direito possível nos nossos sistemas legais contemporâneos?”, pois eles sublinham a permanência dos problemas legais referentes ao conhecimento e aceitação da lei pelos governados. Essas questões serão sucintamente tratadas na segunda parte deste artigo, pois antes fornecerei maiores informações sobre o RIAS.

2 Parte I: O Relatório de Análise de Impacto na Regulamentação (RIAS)

4. A obrigatoriedade de se mensurar os impactos de uma proposta de regulamentação foi uma das importantes ferramentas criadas para tratar a crise econômica, que era vista como diretamente ligada ao Estado regulador. Durante a década de 1980, o governo do Canadá, seguindo o dos Estados Unidos, reafirmou a superioridade da economia de mercado para a obtenção suficiente de recursos e comprometeu-se a garantir que os poderes regulamentares do governo apenas seriam usados quando resultassem em benefícios socioeconômicos para a população.

5. O conteúdo de um RIAS deriva principalmente de uma perspectiva funcional, assim como de uma estrutura analítica utilitarista. Ele exige que uma autoridade regulamentar demonstre que um problema existe e que pode ser mais bem tratado através da implementação de uma nova regulamentação. Antes de fazer a escolha final do instrumento, a autoridade regulamentar deve fazer uma análise socioeconômica dos impactos da adoção de um novo requisito regulamentar ou da mudança da regulamentação existente. E, por fim, deve examinar os impactos da nova medida e fazer um balanço dos seus benefícios e custos. Somente quando a autoridade regulamentar consegue convencer o governo de que a regulamentação proposta resultará em uma maior rede de benefícios para a sociedade (para o interesse público), é que ela será aprovada pelo Conselho do Governo (o Gabinete). Mas, antes dessa aprovação final, a autoridade deve submeter sua análise ao exame público. É quando entra em cena a obrigatoriedade de se coletar as opiniões do público em geral.

6. A partir disso, emergem dois diferentes propósitos de um RIAS. Primeiro, e essencialmente, ele é um instrumento de justificação; e, em segundo lugar, é também um instrumento consultivo. As razões subjacentes a essa escolha dos objetivos serão resumidamente destacadas e, posteriormente, será feito um resumo do conteúdo de um RIAS.

2.1 Responsabilidade e transparência

7. Embora muitas críticas tenham sido formuladas sobre os impactos negativos que os programas de regulamentação têm na economia (principalmente por causa do alto custo e ineficiência), a necessidade de regulamentação como um instrumento de intervenção estatal não foi abordada pela crítica por muito tempo no Canadá. De fato, o projeto de “desregulamentação” foi rapidamente substituído por um questionamento sobre a qualidade dos programas regulamentares. Entretanto, uma das principais causas citadas para o desenvolvimento insuficiente (*poorly designed*) dos programas regulamentares permaneceu: a máquina governamental. Realmente, a percepção era (e ainda é) que a administração pública estava agindo somente por razões de comodidade administrativa (conveniência administrativa). Os interesses do público vinham em segundo lugar quando se tratava de desenvolver os programas. Essas críticas, entre outras, tiveram profundos impactos nas teorias da ciência política de gerenciamento da administração pública. Recentemente, no Canadá, o objetivo de se reformar o estado regulamentar cristalizou-se na implementação do conceito de “regulamentação inteligente” (cada letra da palavra em inglês “smart” correspondendo a um conceito: *sound* (sólido), *modern* (moderno), *accountable* (responsável), *results-base* (com base em resultados) e *transparent* (transparente). Para o sucesso desse novo modelo regulamentar, “responsabilidade” e “transparência” representam os princípios condutores e são o esteio da integração do RIAS no processo de criação das normas.

8. Aumentar a responsabilidade das autoridades regulamentares foi visto como central para o sucesso das reformas regulamentares. Particularmente, as autoridades precisavam ampliar sua visão sobre a complexidade dos problemas que encontram. Elas não poderiam mais reduzir os problemas à sua expressão mais simples, a fim de que fossem capazes de aplicar suas próprias regras e procedimentos. Por exemplo, elas não poderiam informar-se recorrendo unicamente às exigências formais da lei administrativa. Um governo não pode regulamentar simplesmente porque um estatuto lhe confere poderes para tal. Eles precisam também aprender a levar diversos parâmetros em consideração no momento da idealização dos programas regulamentares e não apenas aqueles que serviriam para a maximizar seus orçamentos e sua área de competência. De fato, quando as autoridades regulamentares adotaram, no passado, uma estrutura analítica estreita, foram levados, por exemplo, a copiar um sistema regulamentar sobre o outro, sem realmente atender às necessidades particulares dos sistemas econômico e social dentro dos quais o programa operaria.

9. Essas falhas burocráticas foram entendidas como conseqüência direta da falta de obrigações postas aos departamentos e agências para que justificassem qualquer iniciativa regulamentar com base em sua solidez, de um ponto de vista social e econômico. Essa falta de responsabilidade das autoridades regulamentares foi visada notadamente pela obrigação de se produzir um RIAS: as autoridades regulamentares justificariam suas decisões demonstrando que existe um problema e que a melhor solução para resolvê-lo seria adotar uma regulamentação, porque a rede de benefícios líquidos para a população é maior do que os obstáculos que ela possa apresentar².

10. Aumentar a transparência foi outra questão-chave para a melhoria das regulamentações. Consultar os propositores e o público em geral tem por meta atingir dois objetivos. O primeiro é garantir que a autoridade regulamentar não se equivoque na compreensão do problema; e o segundo, garantir maior adesão voluntária às novas exigências regulamentares. Acredita-se que, submetendo as políticas a atores econômicos e sociais, a autoridade regulamentar enriquece e não empobrece o processo. Já que uma autoridade regulamentar afirma conhecer a causa na raiz de um problema e a melhor cura para ele, por que não submeter sua interpretação ao escrutínio daqueles que serão afetados pela regulamentação proposta? Por um lado, se as partes afetadas pela regulamentação discordam do governo, seus comentários podem fazer com que a autoridade regulamentar repense parcialmente ou inteiramente sua abordagem do problema. E, mesmo que tais comentários não sejam tão bem aceitos, a sua própria existência dará um sinal claro para a autoridade regulamentar de que uma persuasão adicional é necessária antes que ela possa adotar sua regulamentação e alcançar um grau maior de aceitação voluntária. Por outro lado, se as partes afetadas concordarem com a regulamentação proposta, as chances de adesão voluntária à nova solicitação serão, de fato, bem maiores. A teoria por trás dessas suposições é a de que a força vinculante do direito provém através da aceitação das regras por aqueles que estão a elas submetidos.

11. O mecanismo de consulta colocado em prática pelo governo do Canadá é um processo de dois passos. Primeiro, a autoridade regulamentar consulta os propositores (*stakeholders*) no estágio de elaboração da política regulamentar, que consiste num procedimento informal, e o único registro disponível é um pequeno resumo que se pode achar na primeira versão do RIAS. Uma vez que o governo decide dar andamento ao processo de formação da regulamentação, ocorre uma segunda etapa de consultas,

² Várias monografias foram escritas sobre reformas regulamentares, especialmente nos Estados Unidos. Um bom livro introdutório é a análise legal feita por S. Breyer, que atualmente é juiz do Tribunal Superior dos Estados Unidos - S. Breyer, *Regulation and its Reform*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1982, 472 p.

e é nesse estágio que o RIAS é pré-publicado na Parte I do *Canada Gazette*, juntamente com a regulamentação proposta. Durante este processo formal de consulta, os propositores e o público em geral são convidados a expor seus comentários. No fim desse período (que não dura menos do que 30 dias), os comentários serão analisados e podem ser usados para modificar o projeto de regulamentação. Depois de aprovada pelo Conselho do Governo, a regulamentação é publicada na Parte II do *Canada Gazette*, juntamente com a versão final do RIAS, integrando um resumo dessa segunda etapa de consultas. Mas qual é precisamente o conteúdo de um RIAS?

2.2 Informações contidas em um RIAS

12. Desde a sua primeira aparição na cena regulamentar federal canadense, o conteúdo básico do relatório de análise de impacto sofreu mudanças significativas. Contudo, o Conselho Privado Departamental (Privy Office Council) publicou, em 1922, um roteiro descrevendo o conteúdo de um RIAS. O *Guia de Redação do RIAS*³ foi crucial para se alcançar uma maior uniformidade na elaboração dos relatórios de análise de impacto em toda a administração pública federal.

13. O *Guia de Redação do RIAS* estabelece que um RIAS deve ser dividido em seis seções. A primeira seção é chamada de “descrição”. Ela deve incluir uma definição do problema, a maneira pela qual a regulamentação solucionará o problema, um relatório de como a regulamentação afeta as pessoas por ela atingidas e uma explicação dos motivos que fazem ela ser necessária.

14. A segunda seção é chamada de “alternativas”. Aqui, a autoridade regulamentar deve mostrar que explorou outros meios de solucionar o problema, ao invés de simplesmente tomar como dado que a regulamentação é o único instrumento adequado à sua disposição. Outros possíveis instrumentos são, por exemplo, critérios voluntários (*voluntary standards*), créditos tributários, seguros, taxas de usuários e direitos de propriedades negociáveis.

15. A terceira seção é chamada de “benefícios e custos”. A autoridade regulamentar deve agora projetar a regulamentação de tal forma que se maximize os ganhos aos beneficiários em relação aos custos do governo canadense, negócios e indivíduos. Mais precisamente, a autoridade regulamentar deve tomar medidas para minimizar o peso da regulamentação sobre a população e assegurar que os programas regulamentares

³ Esse guia está também publicado no website do Conselho Privado Departamental. Ver nota 1.

entrem o mínimo possível a capacidade do Canadá de competir internacionalmente. Para alcançar tal objetivo, a autoridade deve estimar os impactos qualitativos, bem como os quantitativos (quando possível) da regulamentação proposta sobre a inflação, emprego, distribuição de renda, comércio internacional e custos operacionais do governo.

16. A quarta seção é chamada de “consulta”. A autoridade regulamentar deve descrever quem foi consultado e os mecanismos que foram usados para conduzir o processo. Deve-se incluir ainda um debate sobre os resultados da consulta e o nome de qualquer grupo que ainda se oponha à regulamentação. Essa seção do RIAS é revisada assim que completados os comentários. A autoridade deve declarar se os comentários recebidos conduziram-na ou não a uma modificação da regulamentação proposta. Em caso contrário, deve-se explicar as razões pelas quais se decidiu não alterá-la.

17. A quinta seção é chamada de “anuência e execução da lei”. Quando relevante a uma regulamentação em particular, esta seção articula os instrumentos criados para garantir a anuência e a execução da lei, descreve os meios para detectar o não-cumprimento e suas conseqüentes penalidades.

18. Por fim, tem-se a sexta seção, chamada de “contato pessoal”. Ela fornece nome, endereço e número do telefone da pessoa responsável pela resposta às solicitações de informação após a publicação do RIAS.

19. Um RIAS contém diferentes tipos de informações, mas, de acordo com o argumento sustentado neste artigo, é importante destacar as seguintes indagações. As informações pretendem: (1) persuadir os leitores em potencial de que a regulamentação está de acordo com a política governamental; (2) fornecer àqueles que gostariam de participar do processo de construção das normas um conjunto relevante de informações para que eles próprios possam avaliar se a medida proposta alcançará os objetivos pretendidos; ou (3) apenas informar sobre os resultados das consultas?

20. Em resumo, as funções justificativas e consultivas de um RIAS foram desenvolvidas para atender às exigências dos princípios de responsabilidade e transparência, que gradualmente se impuseram na maquinaria do governo contemporâneo ao longo da segunda metade do século passado. Mas, apesar de o RIAS ter sido projetado para aumentar a integração dos princípios de responsabilidade e transparência na rotina da maquinaria governamental, ele perdeu rapidamente sua exclusiva vocação administrativa para tornar-se um documento público oficial, que, ao longo do tempo, adquiriu o valor legal. Ele é hoje, de fato, utilizado pelos juizes da Corte Federal do Canadá como um subsídio extrínseco à interpretação.

3 Parte II: O uso do RIAS pelo Tribunal Federal do Canadá

21. De 1998 a 2005, houve 126 decisões da Corte Federal (divisões de julgamentos e apelações) que fizeram referência ao RIAS⁴. Apesar de esses números parecerem baixos à primeira vista, não os são quando comparados com o uso de outros tipos de material processual legislativo durante o mesmo período de tempo. Na verdade, o RIAS é atualmente usado pela Corte Federal do Canadá com a mesma frequência do tão conhecido “Hansard” (existente há mais de 100 anos), que fornece uma transcrição dos debates da Câmara dos Comuns⁵. É ainda mais interessante notar que, quando restringimos o período de análise para os anos de 1998 a 2005⁶, o RIAS é citado quase duas vezes mais (em 85 decisões) do que o Hansard (em 49 decisões). É claro que os números são apenas uma das muitas variáveis que devem ser consideradas na análise de um fenômeno tão complexo como o da construção de estatutos e regulamentos. Todavia, esses números indicam, no mínimo, uma rápida taxa de adoção de uma fonte de informação relativamente nova, na qual os juízes hoje confiam para a interpretação de um regulamento que admitem persuasivo e legítimo.

22. Para um melhor entendimento desse fenômeno, é necessário prosseguir com uma classificação dos casos. Para distinguir as decisões relevantes das irrelevantes, classifico primeiramente os casos em duas categorias: descritivos e normativos. O uso descritivo do RIAS significa que as informações nele contidas não influencia os juízes em suas tarefas interpretativas. Muito frequentemente, um RIAS é citado no começo de um julgamento para fornecer as informações necessárias para explicar o funcionamento e os efeitos de um projeto de lei, ou simplesmente para dar algumas informações contextuais em relação à regulamentação a ser analisada. O uso descritivo de um RIAS é encontrado em 34 decisões, representando 27% de todos os casos. Seu uso em um julgamento não é controvertido para a teoria do direito acerca da construção de estatutos e regulamentações. Por essa razão, as 34 decisões são consideradas irrelevantes para a finalidade deste trabalho e foram deixadas de lado.

23. As 92 decisões restantes (que representam 73% de todos os casos) demonstram um uso normativo do RIAS. O uso normativo significa que a informação contida num RIAS, de forma implícita ou explícita, influenciou a decisão do juiz. A influência é implícita quando, por exemplo, a informação contida no RIAS foi argüida por

⁴ A pesquisa foi feita a partir do Banco de Dados da QuickLaw, disponível on-line.

⁵ Uma pesquisa sumária do Banco de Dados da QuickLaw mostra que durante o mesmo período (1988-2005), há 126 decisões nas quais o Hansard foi referenciado pelos juízes do Tribunal Federal.

⁶ Em 1998, o Tribunal Federal deferiu um julgamento muito importante relacionado à adoção do moderno método de interpretação para a construção de estatutos e regulamentações: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

uma das partes interessadas, mas não foi referenciada pelo juiz em seu raciocínio. Essa categoria, chamada de “normativa no sentido fraco” está compreendida em 16 decisões (13% de todos os casos). Elas também estão fora da amostra de decisões que será usada para análise na seção seguinte deste trabalho, porque não é possível determinar ao certo o peso que o juiz deu às informações contidas no RIAS. Isso reduz o total de casos usados para 76 das 126 iniciais (60% de todos os casos). Essa amostra formou uma categoria que chamo de “normativa no sentido forte”, pois a influência do RIAS no raciocínio interpretativo do juiz é explícita, mostrando claramente que se utiliza o RIAS como um subsídio extrínseco para construir as interpretações de uma regulamentação.

3.1 Usando o RIAS como um auxílio extrínseco à interpretação

24. Na tradição do *common law*, o material processual legislativo não teve seu uso permitido até a decisão judicial inglesa em *Pepper v. Hart*, em 1992⁷. Desde então, os juízes canadenses começaram a se referir ao material processual legislativo em suas decisões, mas moderadamente, até que a Corte Suprema do Canadá clarificou a situação em uma série de quatro casos julgados entre 1997 e 1999⁸. Nessas decisões, a Corte Suprema mostrou que havia tomado resolutamente o caminho para a autorização do uso de material processual legislativo como um subsídio extrínseco à interpretação. A Corte estabeleceu que esse tipo de material é admissível para interpretar estatutos e regulamentações sem nenhuma restrição, desde que as informações nele contidas estejam claras.

25. Contudo, a Corte complementou que os juízes devem utilizar o material com cautela, o que significa que o material só pode ser utilizado como um complemento à interpretação. Os juízes podem utilizar as informações de um RIAS para confirmar uma avaliação previamente realizada a partir dos métodos de interpretação usuais, requisitando uma análise das informações fornecidas pelas fontes intrínsecas ao sistema legal (análise do texto da regulamentação, que leva em consideração o contexto do modelo regulamentar e estatutário, bem como os precedentes judiciais). Depois disso, informações extrínsecas como as de um RIAS podem ser usadas como argumento adicionais que apoiem a interpretação dada, não devendo ser tomadas como indispensáveis para o processo. Resumidamente, um RIAS deve ser visto como uma fonte útil de informações, e não como uma fonte de autoridade interpretativa. Ele não deve ser a única fonte de informações a partir da qual um juiz constrói o significado de uma regulamentação.

⁷ *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* (1992) 3 WLR 1032 (HL).

⁸ *Construção. Gilles Paquette Ltée*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Doré v. Verdum (City)*, [1997] 2 S.C.R. 299; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, *supra*, nota 6; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

26. Com base na aplicação desses princípios, foi possível fazer uma análise mais refinada das decisões que formam a categoria “normativa em um sentido forte” (NSS - *Normative in a Strong Sense*). Também dividi os casos dessa categoria em outros dois tipos de uso de um RIAS: uso ortodoxo e uso não ortodoxo. Das 76 decisões, há 45 (59% NSS e 35% de todos os casos) nas quais os juízes fazem um uso ortodoxo (correto) de uma RIAS. Ou seja, somente depois que o juiz avaliou a regulamentação a partir dos métodos de interpretação intrínsecos ao sistema legal, que ele foi em busca de informações do RIAS que pudessem apoiar a sua argumentação. Nessas decisões, o RIAS é tratado apenas como uma fonte relevante de informações, que são úteis para as questões interpretativas, porém, não decisivas. As 31 decisões restantes (41% NSS e 25% de todos os casos) não se encaixam perfeitamente nos parâmetros estipulados pela Corte Suprema para o uso de material processual legislativo como subsídio extrínseco à interpretação. Nesse sentido, essas decisões constituem um uso não ortodoxo de um RIAS, o qual eu também dividi em duas categorias: tecnocrático e democrático.

27. A categoria chamada de “tecnocrática” é formada por 24 decisões (32% NSS e 19% de todos os casos). Quando os juízes utilizam as informações contidas nas seções 1 (descrição), 2 (alternativas) e 3 (benefícios e custos) do RIAS, chamo esse uso de “tecnocrático”, porque os juízes confiam na *expertise* da administração pública como fonte de informações seguras para resolver as questões interpretativas colocadas diante deles. Nessa categoria de casos, os juízes vão além do que é permitido pelos precedentes, na medida em que utilizam o RIAS como única fonte para determinar o propósito ou o significado de uma regulamentação, a sua validade ou a satisfação de condições nos procedimentos de interlocução.

28. Por exemplo, em *Jiang v. Canada (MCI)*⁹, o juiz McKeown tinha que determinar se era necessário que um imigrante retardasse ou ativamente retardasse a execução de uma ordem de exclusão (expulsão) ou deportação antes que ele pudesse ser excluído de uma programa de imigração em particular - o programa Classe da Ordem de Remoções Deferidas, também conhecido como DROC (Deferred Removals Order Class). Os termos da regulamentação referiam-se simplesmente a um imigrante que não houvesse obstruído ou retardado a execução da ordem. O texto da regulamentação nada dizia sobre a questão da necessidade de se “retardar ativamente”. Antes de recorrer ao RIAS correspondente ao caso, McKeown não realizou uma análise legal intrínseca baseada no texto e em todo o contexto regulamentar e estatutário do programa DROC, nem buscou

⁹ *Jiang v. Canada (MCI)*, [1998] FCJ n. 631, par. 7 (QuickLaw).

referências em precedentes (ou fez qualquer comentário sobre precedentes relevantes ou irrelevantes). O juiz confiou exclusivamente nas informações contidas no RIAS para determinar que era necessário que os imigrantes retardassem ativamente a execução de uma ordem de exclusão ou deportação para que fossem excluídos do programa. Ainda que McKeown tenha afirmado claramente que não havia se limitado às informações fornecidas pelo RIAS, o tratamento que ele dispensou a elas as evidencia como determinantes na questão interpretativa.

29. Com respeito à segunda categoria, é importante lembrar que o outro propósito pelo qual se solicita um RIAS dos departamentos e agências governamentais é o de consultar a população. Portanto, quando os juízes utilizam as informações encontradas na quarta seção do RIAS (consultas), chamo esse uso de “democrático”, pois os juízes apóiam-se em informações como “quem” comentou sobre a regulamentação proposta e “qual” foi o fundamento desses comentários como argumentos para decidir sobre a validade da regulamentação. Essas decisões manifestam um uso não ortodoxo do RIAS, uma vez que se constroem argumentos legais não usuais para sustentar as decisões sobre a validade de uma regulamentação. Por exemplo, foi argumentado, em um caso, que uma regulamentação era inválida porque, *inter alia*, era baseada em informações desconstruídas, as quais eram resultado de um processo de consulta mal conduzido¹⁰. Em outros casos, a regulamentação ou decisão baseada em uma regulamentação era tida como válida, porque, entre outros argumentos, o governo consultou os propositores antes de aprovar a regulamentação citada, como indicado no RIAS¹¹. Enfim, na maioria desses casos, os conselheiros argumentavam que seus clientes tinham legítimo direito de serem consultados durante o processo de criação de normas, e a falha neste procedimento afeta, portanto, a validade da regulamentação¹². Nas nove decisões que formam a categoria do uso democrático do RIAS (12% NSS e 7% de todos os casos), os juízes concluíram, ainda que implicitamente, que a concordância ou não dos canadenses com a nova ordem legal que se implantava dependia das consultas apropriadas ou da falha destas¹³.

30. Os usos tecnocráticos ou democráticos de um RIAS como um subsídio extrínseco à interpretação levantam vários tópicos interessantes para pesquisa e serão brevemente citados a seguir.

¹⁰ *Teal Cedar Products (1977) Ltd. v. Canada*, [1989] 2 FC 135 a 140.

¹¹ Para exemplo, veja: *Cousins v. Canada (Minister of Agriculture)*, 1993 FCJ n. 581, par. 24 (QuickLaw).

¹² As considerações mais interessantes sobre o assunto são as de Evans J. A. em *Apotex Inc. v. Canada (Promotora Geral)*, 2000, 4 FCJ n. 264, 268 e *ff.*

¹³ *Rogers Communications Inc. v. Canada (Promotora Geral)*, 1998, ACF n. 368, par. 13 (QuickLaw).

3.2 Discussão geral sobre os usos tecnocráticos e democráticos de um RIAS

31. Logo a princípio, nota-se que a grande maioria dos casos que demonstram um uso tecnocrático de um RIAS envolve um problema relativo ao propósito ou ao significado de uma regulamentação, enquanto que aqueles que demonstram um uso democrático referem-se à validade de uma regulamentação em relação à lei superior (*parent law*). É importante ter esta distinção em mente, já que ela afeta a aplicação de duas diferentes presunções jurídicas. A busca pelo significado da lei tem a ver com a presunção do conhecimento da lei pelos governados. Os cidadãos conhecem as regras, e o entendimento delas tem que ser estável e previsível, ao passo que investigar a validade de uma regulamentação em relação à lei superior está relacionado à presunção da aceitação da lei pelos governados. Através das deliberações parlamentares, deputados acabam por adotar normas legais, algumas das quais delegando funções legislativas através da concessão de poderes regulamentares ao governo.

32. A presunção do conhecimento da lei pode ser aplicada em múltiplos contextos legais, incluindo-se a escolha do método de interpretação. Já que “as sociedades operam com base na presunção de que os cidadãos conhecem a lei”, segue-se que indivíduos que cabem no âmbito de uma dada regra legal “devem ser capazes de indagar os limites de conduta permitida pela mesma”¹⁴, após uma simples leitura da regra. Esta é uma das razões pelas quais, até a virada do século passado, os juízes adotaram uma abordagem literal para interpretar as normas legais¹⁵. O método era coerente com as representações que os juízes tinham de uma “sociedade livre e democrática”, já que eram executadas pelas palavras escolhidas por representantes eleitos livremente pelo povo. Contudo, até o Estado de Bem-Estar Social, entendia-se que a principal função dos juízes era proporcionar proteção dos direitos e liberdades individuais. Esse pano de fundo contextual contra o qual os juízes deveriam indagar o significado da regra era relativamente unidimensional.

33. A implementação do Estado de Bem-Estar Social resultou na criação de esquemas legais que exigiam dos juízes a capacidade de equilibrar interesses contrapostos. A complexidade de objetivos visados através da implementação desses novos estatutos logo mostrou os limites analíticos do método de interpretação literal. Este método teria que ser afrouxado para permitir que os juízes também levassem em consideração questões

¹⁴ R. v. *Boutcher*, 2001, NFCA 33, par. 83.

¹⁵ P.A. Cote, *The Interpretation of Legislation in Canada (A interpretação da Legislação no Canadá)*, 2ª edição, Cowansville, Québec (Can.), Ed. Yvon Blais, p. 398.

socioeconômicas subjacentes aos novos esquemas legais. Inicialmente, os juízes recorreram a métodos intrínsecos de interpretação (análise de todo o esquema legal, incluindo-se os precedentes relevantes) para encontrar a intenção pretendida pelo Parlamento com uma determinada regulamentação. Entretanto, uma vez que o Parlamento raramente declarava explicitamente seus objetivos em um estatuto, as soluções dos juízes eram frágeis sob uma perspectiva jurídica, e abertas à crítica a partir de uma perspectiva da legitimidade. Para tornar mais sólidos os argumentos dos juízes nessa nova relação, permitiu-se o uso de subsídios extrínsecos por eles, para que pudessem sustentar suas interpretações. Como resultado, um equilíbrio de avaliações feitas a partir do “texto” e dos “contextos intrínsecos e extrínsecos” tornou-se a nova corrente interpretativa, e em 1998 a Corte Suprema adotou oficialmente este método moderno em *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd*¹⁶. Mais tarde, em *Bristol-Myers Squibb Co.*¹⁷, os juízes majoritários e minoritários da Corte Suprema propuseram diferentes estruturas de análise no novo método de interpretação (os “círculos contextuais sucessivos” e as aproximações “passo a passo”¹⁸), mas, em ambos os casos, o RIAS era utilizado para se avaliar o propósito da regulamentação em pauta.

34. Entender a *rationale* do uso de um RIAS como suporte a uma interpretação é bem diferente de usá-lo como fonte de autoridade argumentativa. No início do século passado, era geralmente admitido que um juiz de julgamento não podia abrir mão de sua responsabilidade de interpretar a legislação em favor de um serviço público¹⁹. Esse dogma da não-abdicação permanece como um princípio de aplicação contemporânea em um sistema legal baseado na doutrina de separação dos poderes entre o governo e o Judiciário, notadamente verificado nos princípios de independência e imparcialidade dos juízes²⁰. Por essa mesma razão, a conciliação do uso do subsídio extrínseco à interpretação com a doutrina de separação de poderes pode ser alcançada através do reconhecimento da grande utilidade de um RIAS mais a sua autoridade, tal como refletidas na amostra de decisões classificadas como “tecnocráticas” neste artigo²¹.

¹⁶ Veja *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, *supra*, nota 6, par. 21.

¹⁷ *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Promotora Geral)*, [2005] 1 SCR 533.

¹⁸ *Id.*, par. 44, o Juiz Binnie, pela maioria, que fala de interpretação feita com “círculos contextuais sucessivos”, durante a qual o exame do texto e os contextos intrínseco e extrínseco não seguem uma ordem particular. Contrário ao juiz Binnie, o juiz Bastarache seguiu uma análise passo a passo. Esta é uma forma de análise mais estruturada, já que uma análise do texto das normas é feita em primeiro lugar, depois, a análise de seu conteúdo intrínseco, e, finalmente, o intérprete faz uma análise do contexto extrínseco (veja par. 104 e segs.). Embora mais estruturado, Bastarache diz que isso não pode ser visto como uma interpretação feita de “maneira formal” (par. 96).

¹⁹ *Marquis Camden v. Comissário de Imposto de Consumo* (1914), 1 KB 641.

²⁰ *Peel (Municipalidade Regional) v. Great Atlantic & Pacific Co. Of Canada Ltd.* (1991), 78 DLR 4ª edição 333 (Ont. CA).

²¹ Veja também *R. v. Boucher*, nota 14, par. 76, em que o juiz Marshall declara: “Tais declarações foram rapidamente reconhecidas como fontes autorizadas para a construção dos propósitos e intenções da legislação federal”.

35. Entretanto, essa amostra de decisões da Corte Federal mostra que os juízes deram uma importância maior às informações contidas no RIAS do que a oficialmente permitida pelos princípios legais. Embora este resultado possa ser, em parte, devido à falta de clareza das diretrizes dadas pelo Tribunal Federal a respeito do assunto²², pode também ser resultado da evolução do nosso sistema legal. Por isso, é possível que juízes vejam o exame desse material como uma condição central para se considerar corretamente o âmbito de questões policêntricas que estão em jogo em certos programas regulamentares. Como consequência, eles respeitariam mais prontamente o ponto de vista governamental para uma interpretação que iria alcançar um balanço apropriado entre interesses contrapostos²³.

36. Essa via de pesquisa ilumina uma valiosa dimensão para a questão “O que torna a lei cognoscível?”. Qual é a fonte mais confiável para se encontrar o significado da lei? É o texto da norma ou o seu contexto (ou talvez os valores implícitos nas normas)? Dada a resposta a essa questão, qual seria a estrutura de análise ideal a ser aplicada pelo novo método de interpretação? Do meu ponto de vista, a estrutura de análise passo a passo dirige os juízes a um uso ortodoxo de um RIAS, enquanto a estrutura de “círculos contextuais sucessivos” dá muito mais discricão ao juiz, caso ele decida por deferir à *expertise* do serviço público. Portanto, a escolha da estrutura de análise é uma questão crucial a ser solucionada, pois terá um efeito em nosso entendimento da doutrina de separação de poderes, mesmo que a utilização da estrutura dos “círculos contextuais sucessivos” leve os juízes a ampliar a utilização tecnocrática do RIAS. Em relação a isso, outro tópico de pesquisa poderia focar-se no que está implícito nas “metáforas do diálogo”, referenciadas pelos tribunais quando avaliam se um esquema legal pode ser salvo pela cláusula de limitação da Carta de Direitos e Liberdades Canadenses (Constituição do Canadá). Os tribunais devem ser abertos às argumentações, mostrando cooperação e respeito mútuo com os vários atores da ordem constitucional. É neste sentido que a interação entre vários ramos do governo é descrita como um diálogo pela Suprema Corte, tendo como resultado que cada um dos ramos é, de alguma forma, responsável pelo outro. Para essa Corte, o diálogo entre e sob a responsabilidade de cada escalão tem o efeito de “enriquecer o processo democrático, e não negá-lo”²⁴.

²² Veja *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Promotora Geral)*, [1994] 1 SCR 311; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 SCR 103.

²³ Os objetivos policêntricos considerados pelo governo em seus programas regulamentares têm sido usados pelo Tribunal Superior como um argumento para mostrar deferência às decisões administrativas. Veja, por exemplo: *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 SCR 476, par. 95 (Juiz Bastarache discordando); *Baker v. Canada (Ministério de Imigração e Cidadania)*, [1999] 2 SCR, 817, par. 55.

²⁴ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493, par. 139.

37. Em relação ao papel do RIAS na aplicação da presunção de “aceitação da lei pelos governados”, é interessante notar que o Conselho Privado do Governo declara, no Guia de Redação do RIAS, que um “RIAS é essencialmente um contrato social” entre o governo e seus governados. Embora essa declaração seja controversa, ela abraça um ideal democrático que poderia ser mais bem implantado em nossos sistemas legais se, pelo menos, uma condição fosse alcançada: a obrigação legal de se consultar minimamente os propositores representantes dos interesses contrapostos. Entretanto, desde 1986, o governo canadense escolheu impor uma obrigação administrativa, e não legal, de realizar as consultas. Por isso, dada a lentidão da atuação do governo, seria papel dos tribunais intervir com mais firmeza nesse debate? Primeiro, é útil recordar que, no início do século passado, os juízes tiveram um papel central ao demandar a adoção pelo Parlamento de uma lei estipulando a publicação dos regulamentos. Em segundo lugar, é igualmente importante mencionar que um juiz da Corte Federal de Apelações deu uma significativa contribuição a esse debate, mas sua opinião divergente passou, infelizmente, despercebida.

38. Em *Apotex*²⁵, Evans propõe um interessante desenvolvimento da doutrina das expectativas legítimas. Esta doutrina, como explicada pela Suprema Corte, “é parte das normas de equidade procedimentais que podem orientar os órgãos administrativos. Onde for aplicável, pode gerar apenas o direito a apresentar representações ou a ser consultado”²⁶. Como Evans corretamente apontou em *Apotex*, a Suprema Corte disse especificamente que “a doutrina não se aplica ao exercício de poderes legislativos, já que colocaria grilhões em uma característica essencial da democracia”. No campo do exercício de poderes legislativos delegados, no entanto, Evans afirmou que considerações similares não se aplicam porque esses poderes não estão sujeitos ao “mesmo nível de escrutínio da legislação primária que deve passar por todo o processo legislativo”. Ele concluiu que, “na ausência de uma autoridade vinculante em contrário, a doutrina de expectativas legítimas aplica-se, em princípio, para os poderes legislativos delegados, de modo a criar direitos participativos quando mais ninguém surgir de outra maneira. Provida esta distinção, o interesse não romperia qualquer outra demanda legal, ou protelaria, indevidamente, a promulgação de regulamentos para os quais se reconhecem de urgente necessidade.”²⁷.

39. A permissão para apelação dessa decisão para a Suprema Corte não foi concedida, mas a recusa da Corte em ouvir o caso deixa o caso em aberto para considerações posteriores sobre essa mesma questão. Enquanto isso, a pergunta permanece:

²⁵ *Apotex Inc. v. Canada (Promotória Geral)*, *supra*, nota 12. Leva à negação do SSC [2000] SCCA No. 379.

²⁶ *Referencia re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 SCR 525 à 528.

²⁷ *Apotex Inc. v. Canada (Promotória Geral)*, *supra* nota 12, 268.

quando as expectativas dos propositores a serem consultados são cumpridas, isso significa que eles aceitam as regulamentações que foram adotadas, como sugerem algumas decisões da Corte Federal? Para responder satisfatoriamente a essa questão, faz-se necessária uma pesquisa empírica, e, em particular, entrevistar os propositores seria crucial para a composição de um melhor entendimento das representações destes sobre o tema. Até o momento, a única informação disponível é a que pode ser encontrada na quarta seção de um RIAS (consultas). Lembro-me de que esta seção pode fornecer informações sobre “quem” foi consultado, “quais” mecanismos foram usados no processo, as discussões sobre o resultado da consulta e o nome de algum grupo ainda contrário à regulamentação. O alcance deste artigo não permite o exame compreensivo da informação contida nessas quatro subseções a partir de uma amostragem de regulamentações e seus RIAS correspondentes. Entretanto, um exame sumário dos 33 RIAS produzidos pelo órgão Regulamentações de Imigração e Proteção a Refugiados, em 2002, mostra que o Departamento de Imigração seguiu as instruções dadas no *Guia do Redator do RIAS*.

40. Em resumo, a aplicação de presunções, como a do “conhecimento da lei” e da “aceitação da lei” parecem ter adquirido um escopo particular no campo das regulamentações. Através dos usos tecnocráticos e democráticos do RIAS, os juízes da Corte Federal estão mais inclinados a mostrar sua aceitação do ponto de vista do governo, no tocante ao propósito e sentido da regulamentação, bem como a dar maior significação ao fato do desenvolvimento das consultas junto aos propositores durante o processo de formulação das normas. São novos direcionamentos que abrem interessantes vias para futuras pesquisas.

4 Conclusão

41. A nova tendência em se usar o RIAS para criar regulamentações é um fenômeno que pode ter impactos muito importantes em pelo menos dois campos do direito administrativo: procedimentos de criação de normas e revisão judicial das regulamentações.

42. Se a evolução em direção à criação de uma obrigatoriedade legal do governo de consultas aos interessados durante o processo de criação se concretizasse, ela seria, indubitavelmente, muito bem recebida pelos atores não governamentais. A regulamentação é um fenômeno que provavelmente não vai desaparecer num futuro próximo. E, para dar conta do déficit democrático inerente ao atual processo de criação de normas estatutárias, seria desejável que a Suprema Corte promovesse mudanças nessa direção, caso surja uma outra oportunidade como a decisão da *Apotex*. Em relação à

revisão judicial dos regulamentos, o aumento constante de casos nos quais os juízes fazem um uso tecnocrático de um RIAS afetará, sem dúvida, o grau de deferência para com os servidores públicos. Embora seja muito cedo para julgar se essa tendência é desejável ou não, esta questão poderia tomar um rumo diferente caso toda a implementação do projeto da “regulamentação inteligente” estivesse para se tornar realidade. Sem dúvida, este projeto implica que o governo vai se direcionar para programas regulamentares baseados em resultados. Irá, portanto, deixar a determinação de meios apropriados para alcançar esses objetivos aos propositores. Nesse tipo de sistema regulamentar, se for dado peso demasiado às visões dos especialistas do governo, como acerca do propósito da regulamentação, bem como o fato de que os interessados concordam com os objetivos, dado ao fato de terem sido considerados a respeito, pode tornar-se ilusório desafiar a validade das regulamentações em relação a sua lei superior, fora dos parâmetros constitucionais. Por esta mesma razão, essa nova tendência interpretativa deveria ser monitorada de perto, já que pode sinalizar uma grande, imprevisível e talvez indesejada mudança no relacionamento entre governo e Judiciário.