

PARÂMETROS PARA A REVISÃO JUDICIAL DE DIAGNÓSTICOS E PROGNÓSTICOS REGULATÓRIOS EM MATÉRIA ECONÔMICA

Gustavo Binenbojm

Doutor e Mestre em Direito Público, UERJ
Mestre em Direito, Yale Law School (EUA)
Professor Adjunto de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro
Professor do Programa de
Pós-Graduação da FGV/RJ

André Rodrigues Cyrino

Mestre em Direito Público pela UERJ
Professor Contratado da Faculdade
de Direito da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro

1 O DIREITO À MORADIA E A PENHORABILIDADE DO BEM ÚNICO DO FIADOR EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO ESCLARECEDOR

A Emenda Constitucional nº 26/2001 incluiu o *direito à moradia* no elenco de direitos sociais assegurados pelo art. 6º da Constituição brasileira. Essa inclusão provoca inevitáveis questionamentos: qual o sentido e o alcance da nova previsão constitucional? Qual o seu impacto jurídico sobre a legislação ordinária e sobre a conformação das políticas públicas, particularmente no campo da habitação? O quanto pode ser exigido, perante cada um dos Poderes do Estado, em defesa e para a promoção do direito à moradia?

Embora tais indagações representem pontos cruciais a serem equacionados acerca do direito à moradia, o objeto do presente estudo é mais modesto: cinge-se a discutir os limites a serem observados pelo Poder Judiciário no controle de diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na seara da regulação econômica. No estudo de caso aqui empreendido, o contexto era o de uma política pública voltada à implementação do direito à moradia, cuja constitucionalidade foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Confiram-se, a seguir, os contornos fáticos e jurídicos do caso.

Animados pela constitucionalização do direito à moradia, fiadores de con-

tratos de locação, proprietários de um único imóvel, passaram a postular, em juízo, o reconhecimento da revogação (isto é, da não-recepção) pela EC nº 26/2001 da norma legal que permitia a penhora do seu imóvel para a satisfação do crédito do locador. Tal norma foi incluída pela Lei nº 8.245/91 (Lei de locações de imóveis urbanos) no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 (Lei da impenhorabilidade do bem de família), como mais uma das exceções legais à impenhorabilidade do bem de família.

No julgamento do RE nº 407.688-SP¹, o Supremo Tribunal Federal proclamou, por maioria, a constitucionalidade da referida exceção legal. O relator do acórdão, Ministro Cezar Peluso, destacou em seu voto que o direito à moradia (art. 6º, CF) pode, sem prejuízo de outras alternativas conformadoras, “reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Segundo o Ministro, a previsão legal promove o direito à moradia dos locatários, na medida em que o estabelecimento de garantias efetivas àqueles que são proprietários cria um ambiente de incentivos necessários à ampliação da oferta de imóveis para locação. Essas garantias terão o condão de estimular a decisão dos proprietários por disponibilizar seus bens para aluguel, mesmo quando os pretendidos locatários só tenham como fiador alguém que possua um único imóvel.

Com efeito, a *ratio* do legislador parece ter sido a de criar um ambiente econômico que facilitasse o acesso à moradia por intermédio de contrato de locação. Considerando-se serem muitos os brasileiros – em geral, os menos favorecidos do ponto de vista sócio-econômico – que vivem em imóveis alugados, a preocupação do legislador é plenamente justificável.

De fato, em seu *diagnóstico* sobre o mercado de habitações, o legislador parece ter verificado: (I) a existência de um grande número de pessoas com enorme dificuldade para encontrar um fiador proprietário de mais de um imóvel; (II) a existência de um grande número de pessoas que não tem condições de pagar por outra espécie de garantia mais onerosa, como, *v.g.*, a fiança bancária, sem prejuízo do próprio sustento e respectiva família. Cabe ressaltar que a fiança, ao tempo da decisão do STF, era o instrumento de garantia de cerca de 89% dos 6,2 milhões de contratos de locação de imóveis urbanos existentes no Brasil².

Em seu *prognóstico* sobre o mercado de habitações, o legislador parece ter concluído que o direito à moradia de um grande contingente de brasileiros seria fatalmente inviabilizado (ou seriamente dificultado) pela impenhorabilidade do imóvel único do fiador, (I) seja porque menos imóveis seriam oferecidos no mercado de locações (maior o risco, menor a oferta); (II) seja em virtude da oneração do preço dos aluguéis decorrente do incremento do risco de inadimplemento (maior o risco,

¹ STF, RE nº 407.688 / SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006.

² Segundo estatísticas do Sindicato da Habitação do Rio de Janeiro (SECOVI-RJ), conforme informação retirada de ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificativa consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 139.



maior o aluguel).

Num outro giro, reconheceu-se que o direito de propriedade (ainda que de um único imóvel) poderia cumprir uma função social relevante no mercado de habitações: a de fornecer uma garantia eficiente e menos onerosa para os contratos de locação, funcionando qual um incentivo para a ampliação da oferta e a redução do valor dos aluguéis de imóveis. Ademais, a par de não se poder o direito de propriedade com o direito à moradia, a aceitação da fiança decorre de ato de vontade do fiador que, presumivelmente, conhece e assume os riscos do encargo.

2 OS PROBLEMAS TEÓRICOS EXTRAÍDOS DO CASO: O LUGAR DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO E O PROBLEMA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

O caso em exame toca em dois pontos que serão discutidos à frente: (i) o papel da análise econômica – presente no diagnóstico e nos prognósticos do legislador – na compreensão e equacionamento de problemas jurídicos; (ii) a reflexão sobre como e por quem devem ser definidas/controladas as normas sobre a regulação da economia, o que propõe um debate sobre as capacidades institucionais de diferentes órgãos e entidades para lidar com a matéria.

Em *primeiro lugar*, o sentido da regulação estatal sobre os contratos locatícios foi apreendido por meio de uma análise sistêmica que levou em conta elementos econômicos da realidade. Estabeleceu-se, portanto, uma ampliação do espectro de elementos e fatos relevantes para a tomada de decisão, os quais transcendiam as partes do processo. A abordagem levou em consideração argumentos ligados ao funcionamento do mercado de locações e seu comportamento diante de uma específica forma de regulação das garantias. Mais que isso, entendeu o STF que eventual declaração da inconstitucionalidade da norma em questão – a pretexto de proteger a “moradia” do fiador – acabaria por produzir efeito contrário em relação a maior número de pessoas, cujo acesso à moradia depende fundamentalmente da oferta e do preço dos aluguéis de imóveis.

A norma legal em questão poderia ter sido *validada* sob diversos fundamentos constitucionais. Como destacado pelo STF, um dos fundamentos da norma é o próprio direito à moradia (art. 6º, CF), sendo ela compreendida como uma dentre outras possíveis fórmulas institucionais pelas quais o Estado promove a sua implementação. Mas não só isso: a regulação tem também fulcro no direito de propriedade, sua função social (art. 5º, XXII e XXIII; art. 170, III, CF), assim como na função reguladora do Estado (cláusula geral do art. 174, CF). A solução para o caso envolveu a interpretação conjugada de tais normas.

A despeito dos fundamentos jurídico-normativos, para a compreensão do significado da regulação estatal, valeu-se o STF também de considerações fáticas e econômicas. Tanto o direito à moradia quanto o sentido da intervenção estatal foram mais bem compreendidos quando consideradas as razões sistêmicas da política regulatória engendrada pelo legislador. Razões informadas pela lógica da economia, tanto em sua vertente diagnóstica como naquela das prognoses. Além das normas constitucionais mencionadas, o STF teve de levar em conta aspectos ligados à *eficiência* na consecução dos resultados pretendidos: o bom funcionamento do mercado



de locações, sem o que haveria o risco de abalo ao direito à moradia de um grande número de locatários.

Em segundo lugar, o caso em comento provoca uma reflexão sobre *qual instituição* deve ter a preferência *a priori* para definir *como* a regulação das locações deve ser conduzida, à luz dos objetivos constitucionais e legais.

Por certo, um dos objetivos de qualquer política regulatória do mercado de locações prediais urbanas deve ser a *maximização* do acesso à moradia. Sem dúvida, o direito à moradia é promovido na medida em que um maior número de pessoas torna-se capaz de arcar com o pagamento de aluguéis de imóveis urbanos, do que depende a existência de um ambiente econômico seguro e equilibrado, no qual a oferta existente seja apta a gerar preços de aluguéis razoáveis.

O STF entendeu que o diagnóstico dos fatos e o prognóstico de conseqüências feitos pelo legislador mereciam deferência. Aqui, o caso oferece material farto para a discussão sobre os limites à revisão judicial das avaliações sistêmicas, especialmente no campo econômico, realizadas por órgãos legislativos e administrativos. Sobreleva, neste tópico, a maior legitimidade dos agentes políticos eleitos para estabelecerem prioridades na ordenação da economia, bem como a maior capacidade técnica de determinados órgãos para lidar com a complexa estrutura de alguns setores.

De outro lado, o Poder Judiciário, acostumado a lidar com casos concretos, com argumentos marcadamente dogmático-jurídicos, nem sempre dispõe de meios para rediscutir políticas econômicas, por vezes baseadas em estudos e análises sistêmicas, levados a cabo pelos agentes eleitos, ou, ainda, por órgãos técnicos criados para a regulação de determinados setores da economia. Com efeito, avaliações econômicas de ampla repercussão sistêmica, no contexto de economias industriais complexas e de grandes proporções, tendem a ser mais bem realizadas por reguladores (aqui abrangidos legisladores e agências) – e não por juízes – sobretudo quando balizados por considerações técnicas ou científicas.

Realmente, é de se reconhecer a prudência e o esclarecimento que guiaram o STF no caso em comento. Todavia, essa cautela nem sempre é presente no pensamento jurídico e nos tribunais brasileiros. Até mesmo porque, em certa medida, falece instrumental teórico sistematizado apto a dar resposta adequada aos riscos decorrentes de uma excessiva judicialização das políticas públicas. Eis o desafio.

O debate acadêmico ainda se encontra imerso, modo geral, na interpretação das normas constitucionais sob uma perspectiva dogmático-normativa, com insuficientes considerações ligadas a outras ciências ou domínios de conhecimento. Além disso, o debate ainda é não chegou a bom termo quanto à possibilidade ou não de o Poder Judiciário rediscutir uma determinada política econômica. Simples fundamentos de discricionariedade e de separação de Poderes merecem ser revisitados e aprofundados. A Constituição é norma jurídica e *deve ser* realizada, inclusive em seus aspectos econômicos.

Tal assertiva não significa que *todo o conteúdo possível* da norma constitucional deva ser revelado e aplicado pelo Poder Judiciário. Com efeito, há que se perquirir sobre quem deverá decidir sobre o conteúdo da Constituição econômica e, conseqüentemente, sobre o tom da intervenção do Estado na economia. Apesar de o STF parecer caminhar corretamente quando presta deferência às decisões políticas e



técnicas, há a necessidade de organizar alguns pontos da discussão para que não se conclua simplesmente pela concordância com a medida interventiva. A aquiescência judicial deve decorrer de uma compreensão em maior grau de profundidade das razões de ser da intervenção e os seus impactos sistêmicos.

As doutrinas ligadas à análise econômica do direito, combinadas ao que se convencionou chamar de *virada institucional* são bastante ricas e podem contribuir para lançar luzes para o equacionamento da questão.

Diante da complexidade do papel do Estado contemporâneo na economia, o sentido das normas de cunho econômico na Carta Magna depende de ferramentas teóricas que vão além da dogmática normativa convencional. O caso acima examinado demonstra que as considerações econômicas podem ser importantes para que se conclua pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas, como a que desprotege o fiador em benefício não só dos locadores, mas dos atuais e futuros locatários.

No âmbito da Constituição econômica, essa necessidade de ferramentas não convencionais torna-se ainda mais relevante. Deveras, a transposição de normas de teor econômico para a Constituição causa inevitável (e muitas vezes confusa) judicialização das questões econômicas no país, transformando o Poder Judiciário em potencial instituição criadora de políticas públicas econômicas. A Constituição de 1988, que sobre tantos assuntos quis tratar, pretendeu também dizer *como deve ser* a economia do país. A existência de um título específico dedicado à ordem econômica na Constituição é a maior prova disso. A relação entre a *constitucionalização do direito econômico* e a *judicialização da economia* é o objeto central da análise empreendida adiante.

Há muitas razões para se estar preocupado com a *judicialização da economia*. A judicialização ocorre sem que se enfrentem sistematicamente sérias dificuldades tanto *teórico-filosóficas* quanto *práticas* da abordagem ao estatuto econômico constitucional.

As *dificuldades teórico-filosóficas* estão ligadas à necessidade de aprofundamento do estudo sobre a justificação do direito constitucional econômico. Com efeito, a Constituição econômica costuma ser encarada tão-somente de uma perspectiva normativa, como direito positivo que ambiciona transformar a realidade (dever ser). Entendemos que a compreensão sobre essa pretensão transformadora não se basta com premissas teórico-normativas. É preciso dar *um passo atrás* de modo a investigar as razões filosóficas e éticas do aparato normativo-constitucional econômico. Trata-se de perquirir o que justifica as normas que legitimam a intervenção do Estado na economia; as normas que compõem a Constituição econômica. Se a Constituição econômica tem a pretensão de conformar a realidade e instituir um modelo de intervenção, o entendimento sobre a sua justificação é fundamental a fim de se verificar no que consiste tal transformação.

Entender as *razões de ser* é importante para a *aplicação* do que *seja* a Constituição econômica³. Vale refletir: por que o Estado deve ou não intervir na

³ Segundo Ricardo Lobo Torres, “o estudo da legitimação procura encontrar fora do ordenamento jurídico



economia? É possível responder: porque a Constituição é norma e determina que o Estado intervenha. Tal resposta é manifestamente insuficiente, quase uma tautologia. Sua fundamentação é insuficiente justamente porque se carece de instrumental teórico adequado. As justificativas teórico-filosóficas da intervenção devem fazer parte das preocupações daqueles que lidam com o Direito.

Já as *dificuldades práticas* dizem respeito à insuficiência dos métodos de interpretação utilizados para a aplicação da Constituição econômica como parâmetro do controle da intervenção do Estado na economia, como também às deficiências do Poder Judiciário, que, não raras vezes, diante de complexas questões ligadas a aspectos econômicos, carece de instrumental e capacidade técnica para uma tomada de decisão esclarecida. Entender em profundidade o problema institucional é avançar na legitimação da interpretação da Constituição econômica.

3 A VIRADA INSTITUCIONAL E SEU PAPEL NA DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO DE REVISÃO JUDICIAL DOS DIAGNÓSTICOS E PROGNÓSTICOS LEGISLATIVOS

A chamada “virada institucional” impacta diretamente no âmbito da análise econômica do direito e na judicialização da economia. A idéia não é propriamente original em sua concepção, mas talvez o seja em suas implicações. Seu ponto de partida é a insuficiência das técnicas de interpretação do direito que não consideram os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela decisão. Apesar de a preocupação institucional já fazer parte da agenda de outros teóricos⁴, é razoável sustentar que o trabalho que efetivamente deu corpo a esse debate foi o artigo de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, publicado em 2003, intitulado *Interpretation and institutions*⁵ (“Interpretação e instituições”).

a sua justificativa, que deverá responder às perguntas: Por que a preeminência dos direitos humanos? Por que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado? Por que se deve obedecer à lei?” (TORRES, Ricardo Lobo. “Introdução” in *Legitimação dos direitos humanos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4). V. tb., BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴ Como, por exemplo, nos EUA, na obra Stephen Breyer, ou nos trabalhos de outros autores que adotam, com ou sem adaptações a doutrina Chevron. No Brasil, trabalhos como o de Daniel Goldberg, bem como outros autores que discutem o papel das agências reguladoras no Estado brasileiro já demonstram, em maior ou menor grau, essa preocupação institucional. Ao longo do texto faremos referência a tais manifestações da preocupação institucional presente nesses trabalhos. V. GOLDBERG, Daniel. “O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”, in *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência* (org. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta), Rio de Janeiro: Ipea, 2007, disponível na internet, no sítio www.ipea.gov.br, acesso em 24.04.2007; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e SUNDFELD, Carlos Ari. “Introdução às agências reguladoras”, in *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., coord. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 17-38. V. tb KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003. No Brasil, a questão institucional como elemento da teoria da interpretação inspirada em Cass Sunstein e Adrian Vermeule é abordada por Fernando Leal (LEAL, Fernando. *Decidindo com normas vagas*.



A judicialização da Constituição econômica é inevitável nos Estados que adotam o modelo de controle judicial das leis e atos administrativos. A Constituição é norma jurídica e a constitucionalidade das políticas econômicas pode e deve ser passível de controle judicial. Diante disso, surgem problemas ligados à capacidade institucional do Poder Judiciário no controle das intervenções do Estado na economia. Desse modo, um passo ainda deve ser dado na construção de uma teoria da interpretação da Constituição econômica.

A proposta da *virada institucional* é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão. O Poder Judiciário é o foco principal dessa preocupação. Afinal, é o Judiciário quem, potencialmente, poderá dizer a última palavra sobre a *juridicidade* de atos e medidas dos demais Poderes.

O argumento a ser aprofundado, inspirado no pensamento de Cass Sunstein e Adrian Vermeule⁶, é o de não ser possível conceber a interpretação do direito pelos órgãos do Estado sem que se considerem elementos institucionais importantes, tais como: (i) a forma de atuação (*v.g.*, o julgamento de casos concretos ou a edição de normas de caráter abstrato e genérico); (ii) a composição funcional, modo de provimento dos cargos e garantias (*v.g.*, a *expertise*, a reputação dos servidores, o provimento por concurso, a indicação política ou a legitimação democrática); (iii) a capacidade de aferição eficiente dos reflexos sistêmicos de uma dada decisão, sobretudo quanto a seus aspectos econômicos; (iv) a habilitação, em termos políticos, para a feitura de determinadas escolhas e estabelecimento de prioridades, como é o caso das chamadas “escolhas trágicas” de políticas públicas, tanto na vertente orçamentária como na da regulação econômica e social.

Realmente, o grande problema, pontuam Cass Sunstein e Adrian Vermeule⁷, encontra-se no fato de que tanto as doutrinas da interpretação do direito, quanto o modelo de Poder Judiciário proposto pelas teorias hermenêuticas aceitas, como as de Stephen Breyer e Richard Posner, ou, ainda, as idéias de Ronald Dworkin⁸ (ampla-

Estado de direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006); e Diego Werneck Arguelhes (ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais.* Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006). Daniel Sarmento enfrenta o problema em artigo ainda inédito: SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, in *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*, coord. SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁶ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003. Adrian Vermeule aprofundou as idéias desenvolvidas em co-autoria com Cass Sunstein no livro *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, publicada em 2006. A obra, como o próprio autor reconhece, tem como “espinha dorsal” o artigo feito com o seu então colega de Chicago e atualmente de Harvard. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. vii.

⁷ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 886-887.

⁸ Refere-se à pretensão dworkiniana de criar um juiz Hércules, capaz de alcançar os melhores resultados



mente adotadas no Brasil, na argumentação de princípios⁹), ignoram, ou consideram de maneira insatisfatória, a dimensão institucional e os efeitos sistêmicos de uma decisão judicial que invalida um ato regulatório.

Talvez isso ocorra porque muitos dos criadores das teorias dominantes de hermenêutica e de controle judicial de políticas públicas cometam um pecado de origem: o de partir do pressuposto de que a jurisdição será exercida por juízes indefectíveis, capacitados a *conhecer* e *avaliar* todos os elementos importantes para o deslinde de uma dada controvérsia. Nesse sentido, constata Cass Sunstein e Adrian Vermeule:

*"Muitos autores respeitados exploraram as teorias da interpretação sem atentar para o fato de que tais teorias serão inevitavelmente usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso que se analisa"*¹⁰.

Richard Posner, por exemplo, apesar de reconhecer que, em certos casos, aspectos institucionais devam ser levados em consideração pelo juiz pragmático, pretende, no fundo, e na prática, preservar um amplo espaço de discricionariedade judicial. Segundo Posner, *"o grande perigo"* do pragmatismo judicial é a *"preguiça intelectual"*. Para o autor, defensor de um abrangente ativismo judicial econômico, o juiz pragmático, numa verdadeira atitude de ampliação da análise dos fatos, tem o dever de sempre levar em conta todos os argumentos, sejam eles jurídicos ou não, que sejam relevantes para o caso, numa perspectiva sistêmica¹¹.

O esforço posneriano de transformar os juízes em formuladores de políticas públicas, capazes de corrigir os erros regulatórios, acaba por desconsiderar as ineficiências do Poder Judiciário, sua peculiar forma de atuação e os riscos de que suas decisões produzam efeitos sistêmicos distorcidos. Segundo Sunstein e Vermeule, *"quando todas as variáveis são consideradas, o juiz pragmático deve seguir uma linha formalista"*¹² e não ativista. No entender dos autores, *"a tentativa de Posner de tratar*

de princípio, sendo um verdadeiro filósofo. V. DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹ Eros Roberto Grau utiliza-se da *teoria de princípios* de Dworkin como aporte teórico para a análise dos princípios da ordem econômica brasileira, apesar de não se valer da metáfora mitológica do Professor de Oxford e da Universidade de Nova York (NYU) para explicar o papel do juiz na realização de direitos. De toda forma, a referência de Eros Grau e a amplitude da aceitação da teoria de princípios de Dworkin no Brasil fazem concluir que a conciliação dos princípios da ordem econômica será, para boa parte do pensamento jurídico nacional, mais um trabalho para Hércules. (V. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, cap. 4, pp. 156-170).

¹⁰ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, p. 949. Tradução livre. No original: "An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretative strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand."

¹¹ POSNER, Richard. "Pragmatic adjudication", in *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, org. Morris Dickstein, Durham e Londres: Duke University Press, 1998, pp. 247-248.

¹² SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", *cit.*, p. 913.



*as conseqüências sistêmicas como uma mera limitação residual na interpretação, apesar de sua aparente sensibilidade institucional e lucidez, é apenas mais uma mal sucedida empreitada de separar considerações institucionais da teoria da interpretação*¹³.

Em relação a Stephen Breyer, Adrian Vermeule argumenta que, apesar de ser necessário reconhecer o fato de Breyer enfatizar o papel das conseqüências em suas abordagens interpretativas, *"ele apresenta pouco interesse em aspectos ligados às capacidades institucionais dos intérpretes e as conseqüências sistêmicas. Ausentes esses aspectos, as premissas de Breyer não se conectam com as suas conclusões"*¹⁴.

Richard Posner responde à tese de Sunstein e Vermeule, acusando-os de, "imodestamente", cometerem um erro quando afirmam, de forma genérica, que os teóricos da interpretação (no que se inclui o próprio Posner) não consideram questões institucionais. Segundo Posner, apesar de ser correta a afirmação referente a Ronald Dworkin¹⁵, ela é insuficiente no que diz respeito a sua própria obra (de Posner), como outras, tais como a de Stephen Breyer, e a tese procedimentalista de John Hart Ely¹⁶. Para Posner, J. Hart Ely foi um autor que baseou sua famosa teoria de interpretação constitucional nas limitações institucionais, especificamente, nas dificuldades democráticas do controle de constitucionalidade das leis. Além disso, Posner sustenta que Sunstein e Vermeule pecam, dentre outras coisas, pelo excesso de empirismo¹⁷.

A réplica de Sunstein e Vermeule foi publicada no mesmo periódico¹⁸. Nela, os autores reforçam os seus argumentos, sustentando que o empirismo é necessário sim, para se aferirem as capacidades institucionais. Em função de uma análise empírica se concluirá por uma opção mais ou menos formalista¹⁹. No que diz respeito ao trabalho de John Hart Ely, Sunstein e Vermeule aduzem que a questão enfrentada pelo teórico procedimentalista não era propriamente de capacidade institucional, mas de legitimidade democrática.

Como será dito a seguir, a questão aqui parece-nos ser menos de conteúdo do que semântica: a legitimação democrática de natureza majoritária, como aquela de que investidos os agentes eleitos, deve ser considerada como importante componente de sua peculiar capacidade institucional para decisões de caráter marcadamente político, como o estabelecimento de prioridades orçamentárias e regulatórias.

Ademais, parece-nos haver um excesso nas críticas de Sunstein e Vermeule

¹³ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", *cit.*, p. 913.

¹⁴ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 34. No artigo publicado em co-autoria com Cass Sunstein (*cit.*) não há referência ao pensamento de Breyer.

¹⁵ De fato, a pretensão da construção contrafática de um juiz Hércules torna difícil a consideração realista de capacidade institucional.

¹⁶ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

¹⁷ POSNER, Richard. "Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 952-971.

¹⁸ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretative theory in its infancy: a reply to Posner", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 972- 978.

¹⁹ V. SUNSTEIN, Cass. "Must formalism be defended empirically?", in *The University of Chicago Law Review*, vol. 66, n° 3, 1999, pp. 636-670.



no tocante a Stephen Breyer. Com efeito, o professor e juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos tem demonstrado preocupações com as capacidades institucionais, ao defender, ao lado da necessidade de um ativismo judicial, que os juízes se valham cada vez mais de *experts* aptos a orientá-los²⁰. Num outro giro, a preocupação com efeitos sistêmicos e as consequências, pelo que já se expôs, faz parte da essência da teoria *posneriana* de análise econômica do direito, inspirada na análise ampla dos fatos segundo o Teorema de Coase.

Nada obstante, é inegável que a tese institucionalista acrescenta importante elemento na hermenêutica jurídica tradicional. Grandes teóricos da hermenêutica jurídica dominante, ao invés de se questionarem – como usualmente fazem – sobre como eles próprios solucionariam uma dada controvérsia, ou sobre como um juiz perfeito o faria (e.g. o Hércules de Dworkin²¹), deveriam buscar responder à pergunta sobre como uma pessoa falível deveria proceder, à luz de suas próprias limitações, diante das questões que lhes são colocadas.²²

A mesma reflexão pode ser feita em relação às teorias de interpretação constitucional adotadas no Brasil. Com efeito, diante da circunstância de que a interpretação da Constituição, em razão de suas peculiaridades (e.g. uso de princípios e a sua elevada carga valorativa) mereça o emprego de outros instrumentos e princípios interpretativos²³, tais como a ponderação de interesses²⁴ e a razoabilidade, o debate sobre as dificuldades institucionais é uma provocação sobre a viabilidade da adoção de tais métodos. É claro que esses elementos de hermenêutica constitucional, assim como os métodos clássicos de interpretação (e.g. gramatical, sistemático, teleológico e histórico²⁵), continuam tendo um papel importante, significando um avanço no trato com os desafios trazidos pelo constitucionalismo. Todavia, há uma real necessidade de que se considerem aspectos ligados às capacidades institucionais. É importante refletir sobre a viabilidade prática de que os nossos juízes considerem tantas circunstâncias no árduo cotidiano judicial brasileiro²⁶.

²⁰ BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, cit. p. 11.

²¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo), São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²² SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 904 e 949.

²³ V. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003; e BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)", in *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, p. 1-42, v., especialmente, p. 9, nota 19). Para uma crítica quanto à necessidade de desenvolvimento de uma teoria hermenêutica própria para o Direito Constitucional, v. SILVA, Virgílio Afonso da. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in *Interpretação constitucional*, org. por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-145.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

²⁵ V., por todos, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

²⁶ Somente em 2007, por exemplo, o STF, que possui onze ministros, julgou 159.000 processos (cfr. informação extraída do Jornal Valor Econômico de 10.03.2008, p. A4). É claro que o excesso de trabalho é um problema real, que tem diversas razões, dentre as quais (e talvez a principal) as múltiplas possibilidades de recursos, o que acaba por "massificar" a atividade judicante do Supremo Tribunal Federal, diminuindo o



Em inúmeros casos, o juiz simplesmente não terá tempo, informação ou mesmo conhecimento para a tomada de uma decisão esclarecida e que considere tantos aspectos da(s) teoria(s) da interpretação. Em outros casos, o problema pode ser também o excesso de informações. De fato, é notório que haja casos em que autos judiciais são inundados por dezenas de laudos técnicos, pareceres, declarações etc. A dificuldade, em tais hipóteses, será a de saber escolher e filtrar os dados apresentados.

Tal circunstância é intensificada pelo crescente (e inevitável) ingresso de elementos não jurídicos no debate acadêmico e na prática judicial²⁷ – o que poderá ocorrer nas hipóteses de controle da intervenção do Estado em face da Constituição econômica. De certa forma, isso revela uma pretensão, ainda que velada, de transformar o aplicador do direito em economista, sociólogo ou filósofo, capaz de entender todas as engrenagens pertinentes para o deslinde de uma controvérsia²⁸. Terão os nossos juízes tamanha capacidade de análise e investigação? Parece-nos que haverá sérios obstáculos. Como assevera Daniel Goldberg a propósito dos obstáculos ao controle judicial das políticas públicas²⁹:

“A primeira e maior dessas dificuldades é o limite que se impõe – do ponto de vista prático – à investigação empírica do agente que aplica e interpreta o direito em cada caso concreto. Com efeito, o que boa parte da literatura que trata o direito na forma de implementação de políticas públicas ignora é que a composição de qualquer lide no bojo de um processo, administrativo ou judicial, impõe limites à extensão da inquirição no campo dos fatos.”

E prossegue o autor exemplificando seu argumento:

“O juiz que decide determinar ao Estado que custeie o tratamento de um paciente nem sempre (para desespero dos economistas) leva em consideração de onde vêm os recursos para fazer frente ao tratamento. O juiz que concede uma concordata

tempo para questões verdadeiramente relevantes, as quais podem clamar por análises aprofundadas, considerações técnicas de outras áreas do conhecimento, participação de *amicus curiae* etc. O Supremo Tribunal Federal não pode se tornar, como afirma o Ministro Ricardo Lewandowski, um “solucionador de conflitos no varejo” (cfr. informação extraída do Jornal Valor Econômico de 10.03.2008, p. A4).

²⁷ Como demonstra a pesquisa de SADEK, Maria Tereza. “Magistratura: caracterização e opiniões” (2005), disponível em www.amb.com.br, acesso em 19.02.2008, supracitada, a magistratura brasileira utiliza-se, em larga medida, de aspectos extra-jurídicos para a tomada de decisão, tais como as conseqüências sociais e econômicas.

²⁸ GOLDBERG, Daniel. “O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”, in *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência* (org. Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta), Rio de Janeiro: Ipea, 2007, p. 55, disponível na internet, no sítio www.ipea.gov.br, acesso em 24.04.2007.

²⁹ GOLDBERG, Daniel. “O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”, *cit.*, p. 71.



suspensiva não sabe o impacto na situação financeira dos credores da moratória concedida como favor legal ao devedor. O tribunal que limita o reajuste de preços em determinada carteira de seguros-saúde nem sempre sabe o que ocorrerá com os segurados de outras carteiras, como resultado de sua decisão. E mesmo que o juiz ou o operador do direito tenham acesso a todas essas informações, nem sempre eles podem considerar fatores relacionados a terceiros na decisão que tomam no âmbito da lide composta por autor e réu."

Daniel Sarmento preleciona, com inspiração nas idéias de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, que o exercício do controle judicial das políticas públicas em prol da realização de direito sociais:

"não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem o opera. Por isto, não me parecem adequadas, neste ou em qualquer outro campo, as teorias que idealizam a figura do juiz – como o famoso "juiz Hércules", de Ronald Dworkin –, depositando no Poder Judiciário expectativas que ele não tem como atender. E até compreensível que teorias deste tipo acabem vicejando no Brasil, pelo desencanto geral diante dos poderes políticos, atolados em sucessivos escândalos, e pela persistência das mazelas que afligem a nossa população. Contudo, infelizmente, não me parece que elas possam entregar aquilo que prometem: a redenção de todos os males nacionais pela via judicial."³⁰

O fato é que os juízes, por distintas razões, têm dificuldades em levar em consideração elementos externos ao direito, como os argumentos econômicos, os quais, apesar de não necessariamente conduzirem a uma decisão adequada (eis que o direito não lida apenas com análise de custos), ajudam a compreender com maior profundidade as questões que lhe são colocadas³¹.

Diante disso, a interpretação da Constituição econômica, quando voltada ao controle de constitucionalidade, deve considerar, dentre outros aspectos, (i) quem tomou a decisão, (ii) como ela foi tomada e (iii) o quão apto para decidir é tal órgão ou entidade estatal. Isso terá destaque no controle da regulação econômica, quando elementos e agentes técnicos poderão ingressar no debate. Deve haver um esforço para que se concilie a possibilidade de controle judicial, inafastável no regime do Estado democrático de direito, com a perspectiva institucional aqui apresentada, que

³⁰ SARMENTO, Daniel. "A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos", 2008, mimeo.

³¹ BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004, p. 2. Disponível na internet, no sítio: www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840. Acesso em 03.07.2007.



reconhece as limitações e a falta de informação conjuntural do Poder Judiciário³². Conforme Carlos Ari Sundfeld:

*"[O] Judiciário, com a estrutura que lhe foi dada no século passado, não é capaz de conhecer de todos os conflitos decorrentes da vida moderna e das normas editadas para transformar em valores jurídicos os novos valores que foram sendo incorporados pela sociedade"*³³.

Tal esforço de conciliação deva passar pela busca de novas formas de relação entre o Poder Judiciário e outros órgãos decisórios, de modo a aperfeiçoar o arranjo institucional do Estado regulador brasileiro. Trata-se de desenvolver uma análise institucional e dinâmica sobre a relação entre o Poder Judiciário, os órgãos da Administração Pública e o Poder Legislativo, a qual deve levar em consideração critérios de distribuição de competência "*funcionalmente adequados*", como também a "*específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc.*"³⁴.

Veja-se que essa perspectiva da separação de Poderes vai muito além – sem desmerecê-lo – do controle, pelo Judiciário, da conformidade da atuação do Estado com as normas vigentes. Mais que isso, devem-se considerar elementos outros, como é o caso da capacidade, o aparelhamento técnico e o procedimento decisório do órgão cujo ato se pretende seja judicialmente revisto. Realmente, é relevante considerar empiricamente o aparelhamento técnico dos órgãos reguladores e a observância de uma racionalidade no procedimento regulatório, no que se inclui o destaque à participação dos agentes regulados e cidadãos em geral e o respeito ao devido processo legal. A racionalidade e a conformidade do procedimento com as normas pertinentes é um importante aspecto a ser considerado pela perspectiva institucional proposta. Diante de um procedimento regular e racional, o Judiciário deve ter cautela.

Ressalte-se que não se está sustentando a impossibilidade de controle judicial. Até mesmo porque é evidente que, quando os juízes tiverem as informações e a capacidade necessárias para uma tomada de decisão esclarecida, não deverão hesitar em fazê-lo³⁵. Em verdade, todo o esforço do juiz deverá ser no sentido de obter as informações imprescindíveis para o deslinde da controvérsia. Tal deverá ser

³² V. CYRINO, André Rodrigues. "Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um *amicus curiae* regulatório", in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 19, Ed. Fórum, 2007.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. "Introdução às agências reguladoras", in *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., coord. Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

³⁴ KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45 et seq..

³⁵ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions", in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, p. 948.



seu objetivo. O que não exclui, de outra banda, a necessidade de haver uma reflexão de viés institucional, que, pensamos, deva ter compromisso com o diálogo entre as instituições. Trata-se da defesa de um modelo promotor da interação e da cooperação entre os diversos órgãos e entidades técnicos e magistrados, com um intuito de aperfeiçoar a regulação, a realização de direitos e o controle judicial.

Daniel Sarmento³⁶ dá notícia de um famoso julgado da Corte Constitucional da África do Sul em que o diálogo institucional foi abraçado como forma de aperfeiçoar o controle judicial de políticas públicas. Aspectos sistêmicos e um amplo espectro de informações relevantes são mais bem considerados por meio de um modelo dialógico, o que contribui para a realização de direitos e do bem-estar. Trata-se do caso *Grootboom*³⁷, julgado em 2000.

A hipótese envolvia a discussão sobre o direito à moradia (consagrado na Constituição sul-africana no item 26, do Capítulo 2 – *Carta de Direitos*³⁸), como também a tutela integral da criança (item 28, c, do mesmo capítulo³⁹). Questionava-se a possibilidade de que fosse exigida do Estado⁴⁰ a efetivação imediata destes direitos a centenas de miseráveis⁴¹, que estavam vivendo em barracas de plástico improvisadas após terem sido despejados, em 1999, de propriedades privadas que antes ocupavam. Propriedades destinadas, justamente, à implementação de programas habitacionais, sendo que muitos dos recorrentes estavam na fila para serem contemplados por tais políticas governamentais. A Sra. Irene Grootboom e os demais recorrentes pleiteavam fossem as autoridades públicas Sul-Africanas obrigadas a (i) provê-los, juntamente com seus filhos, de abrigo ou moradia básica adequada até a obtenção de sua acomodação permanente (item 26); ou (ii) que tais autoridades garantissem, ao menos às crianças, nutrição, abrigo e condições básicas de assistência social (item 28, c).

Para a Corte Constitucional da África do Sul, apesar de o direito à moradia e os demais direitos discutidos constarem da Carta Magna, não seria possível extrair da Constituição de 1996 um direito subjetivo à habitação e à proteção integral a cada pessoa. Nem mesmo no seu núcleo essencial.

Não obstante, afirmou a Corte que poderia controlar a razoabilidade das políticas públicas desenvolvidas pelo governo, de modo a garantir a efetiva promoção

³⁶ SARMENTO, Daniel. "A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos", 2008, mimeo.

³⁷ *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*. A decisão pode ser encontrada no sítio www.constitutionalcourt.org.za, acessado em 30.04.2008.

³⁸ Confira-se a redação original do dispositivo: "26. Housing.-(1) Everyone has the right to have access to adequate housing.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right.

(3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions."

³⁹ "28. Children.-(1) Every child has the right- (...)

(c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services;"

⁴⁰ A pretensão era movida em face do Governo da África do Sul, do Governo de Western Cape, o Conselho Metropolitano do Cabo da Boa Esperança e o Município de Oostenberg.

⁴¹ Eram partes do processo a Sra. Irene Grootboom e outras 900 pessoas (510 crianças e 390 adultos).

dos direito consagrados na Constituição⁴². Segundo a Corte, no caso em comento, “trata-se de direitos, e a Constituição obriga o Estado a torná-los efetivos”⁴³. Ao mesmo tempo tribunal reconheceu a existência, no país, uma política pública voltada para a habitação. Todavia o tribunal entendeu que ela era insuficiente; que se tratava de uma política falha, porquanto não incluía medidas emergenciais destinadas às pessoas em situações extremas de carência (*desperate need*), o que ocorria no caso. Assim, ordenou uma reformulação das estratégias de atuação estatal, de modo a garantir medidas de alívio imediato daqueles cidadãos. O ponto interessante é que o Tribunal Constitucional não especificou quais seriam essas políticas. Isso seria inadequado por uma série de razões, dentre as quais a necessária consideração de um amplo espectro de fatos relevantes, inclusive os seus custos⁴⁴. A solução adotada voltou-se para o diálogo institucional.

Para garantir uma fiscalização institucionalmente adequada da execução da sua decisão, a Corte atribuiu a um órgão técnico independente – a *Human Rights Commission* – de reconhecida *expertise* em matéria de direitos sociais na África do Sul, a tarefa de supervisionar a criação e a implementação do novo programa. Conforme a política pública fosse sendo desenvolvida, a entidade deveria reportar-se ao tribunal. Segundo Cass Sunstein, no caso citado,

*“pela primeira vez na história, uma corte constitucional iniciou um processo que deve ser bem sucedido no desenvolvimento de uma efetiva proteção de direitos sem que se coloque o Poder Judiciário em um inaceitável papel de Administrador Público. Este ponto tem amplas implicações sobre como nós pensamos sobre cidadania, democracia e as mínimas necessidades econômicas e sociais”*⁴⁵

Pensamos, com Daniel Sarmiento, que medidas como as implementadas em *Grootboom* “se fossem adotadas no Brasil, contribuiriam para a racionalização da tutela judicial dos direitos positivos”⁴⁶. Podemos dizer o mesmo para os casos em que estejam sendo questionadas estratégias de intervenção do Estado na economia. Como se vê, trata-se de sugestão de um modelo de controle judicial que se propõe

⁴² Para a Corte: “Socio-economic rights are expressly included in the Bill of Rights; they cannot be said to exist on paper only. Section 7(2) of the Constitution requires the state “to respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights” and the courts are constitutionally bound to ensure that they are protected and fulfilled. The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case. This is a very difficult issue which must be carefully explored on a case-by-case basis.” *V. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*.

⁴³ *V. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*.

⁴⁴ Nas palavras da Corte: “There is a balance between goal and means. The measures must be calculated to attain the goal expeditiously and effectively but the availability of resources is an important factor in determining what is reasonable.” *V. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and others*.

⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy. What constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001, p. 222.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos”, *op. cit.*



ao diálogo e ao desenvolvimento institucional.

Em verdade, e em última análise, toda a argumentação apresentada nos conduz a repensar o tão debatido quanto fundamental princípio da separação de Poderes, que, segundo Reinhold Zippelius, "*talvez seja a questão mais importante da teoria do Estado*"⁴⁷. Com efeito, ao se tratar de um arranjo institucional eficiente num Estado regulador, há que se ter em conta a concepção de separação de Poderes que se adota. As três grandes funções do Estado, (i) legislar, criando direitos e obrigações; (ii) administrar e prestar serviços públicos; e (iii) aplicar, interpretando no caso concreto, os direitos e obrigações outrora criados, classicamente divididas entre três "Poderes", não podem ser vistas da forma como concebidas pelos seus teóricos originários.

Com efeito, a separação de Poderes como concebida por Locke, Montesquieu e pelos Federalistas foi uma forma de organização do aparato estatal apta a conter o abuso do poder⁴⁸. Todavia, a complexidade das sociedades industriais contemporâneas e os papéis assumidos pelo Estado, no que destacamos a sua intervenção no domínio econômico, demandam leituras oxigenadas da doutrina surgida no iluminismo e consagrada na Revolução Francesa e na Constituição americana. Conforme Bruce Ackerman, "*a separação de Poderes é uma boa idéia. Mas não há razão para pensar que os autores clássicos tenham exaurido os seus pontos positivos. Ao contrário*"⁴⁹.

A análise das capacidades institucionais representa uma importante contribuição ao aprimoramento da idéia de separação de poderes, à qual agrega preocupações pragmáticas com as conseqüências das medidas de intervenção estatal no âmbito das relações econômicas e sociais.

4 APLICANDO A TEORIA AO CASO CONCRETO: DIREITO À MORADIA E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

A existência de um direito social à moradia, previsto no art. 6º da Constituição brasileira, não cria *per se* direitos subjetivos a prestações determinadas ou a específicas formas de regulação estatal sobre direito de propriedade ou sobre as locações prediais. Ao contrário, como anota Ingo Sarlet, "*a multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada.*"⁵⁰

Assim, no quadro das múltiplas possibilidades defensivas e promocionais

⁴⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*, 3 ed. (trad., da 12 ed. alemã de 1994, Karin Praefke_Aires Coutinho, coord. José J. Gomes Canotilho), Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 401.

⁴⁸ Sobre a origem e o desenvolvimento da separação de Poderes, v. PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

⁴⁹ ACKERMAN, Bruce, *The new separation of powers*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000, p. 727.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 279.



do direito à moradia, o legislador brasileiro – atento aos limites e possibilidades de nossa realidade econômica – adotou como regra a impenhorabilidade do bem de família (dimensão defensiva), admitindo algumas exceções, dentre as quais a do bem único do fiador em contratos de locação predial. A lógica da exceção já foi bem explicitada acima: a de viabilizar o acesso a garantias eficientes e de baixo custo àqueles que dependem da locação predial como forma de acesso à moradia, criando ainda um ambiente seguro para o aumento da oferta de imóveis e conseqüente decréscimo do valor dos aluguéis.

No que se refere especificamente à promoção do direito à moradia no âmbito do mercado de locações prediais, o legislador brasileiro optou pela *desproteção* do bem único do fiador em prol da *promoção* do acesso à moradia do locatário. Em apertada síntese: o legislador levou em conta (i) a circunstância de que o fiador aceita voluntariamente o encargo; (ii) a livre disposição sobre o bem de sua propriedade; (iii) a possibilidade de que seu acesso a alguma moradia não dependa, necessariamente, daquele bem objeto da penhora; e (iv) a função social que seu direito de propriedade cumprirá, viabilizando o acesso do locatário à moradia.

Até aqui, maior divergência não poderia haver. A dificuldade surge no momento em que se questione sobre a *real necessidade* de sacrifício do bem do fiador (que, afinal, pode efetivamente servir-lhe como moradia) como forma de promoção do acesso à moradia dos locatários. Por que não fomentar outras formas de garantia que não uma que ponha em risco (ainda que potencial) a moradia do fiador? Por que o Estado não poderia fornecer fianças bancárias de baixo custo? Por que o Estado não poderia fornecer ou viabilizar o acesso dos indivíduos a financiamentos bancários para construção da moradia própria?

A questão se tornaria ainda mais complexa caso se inserisse na discussão o papel do Judiciário na proteção e promoção do direito à moradia. Por que o Judiciário não estaria autorizado a proteger o direito à moradia do fiador – mediante invalidação da norma legal que permite a penhora do seu imóvel? Não seria esse um conteúdo *defensivo* (ou *negativo*) do direito fundamental, plenamente justificável por não exigir qualquer prestação do Estado?

Cumpra iniciar a resposta pela compreensão daquilo que Norbert Reich denominou *dupla instrumentalidade* do direito econômico. Por um lado, o direito organiza e institucionaliza as normas da economia de mercado, colocando à sua disposição seus instrumentos e instituições, como o contrato, a propriedade privada, as garantias etc. De outro lado, o Estado se utiliza do direito como instrumento de indução e condução do mercado no sentido da consecução de determinados objetivos de política social.⁵¹ A dupla instrumentalidade se revela no papel ao mesmo tempo *constitutivo e diretivo* da economia, traduzida nas funções institucionais de favorecer a geração da riqueza e, por outras vias, adotar mecanismos voltados à sua redistribuição.

Assim, as políticas públicas redistributivas atendem sempre a reclames

⁵¹ NORBERT, Reich. *Mercado y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 60/61.



jurídicos do Estado social, mas sujeitam-se, ao mesmo tempo, aos limites econômicos existentes para a sua realização. Tais limites assumem diferentes feições, dentre as quais a limitação orçamentária (limites financeiros) e a limitação regulatória (limites da propriedade privada) são as mais importantes. Ao fim e ao cabo, os limites das políticas redistributivas decorrem sempre da tensão política entre aquilo que se deve preservar da economia de mercado (como instrumento de geração de riqueza) e o quanto dele se pode socializar (como instrumento de promoção de direitos fundamentais ou de outras políticas públicas).

No que se refere aos direitos sociais, José Eduardo Faria bem esclareceu que estes “não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”⁵² Daí o Ministro Cezar Peluso haver concluído, com argúcia, que na modelação concreta do direito à moradia a norma legal possa tutelar o direito à moradia de uma classe ampla de pessoas (necessidades da locação), mediante estímulo do acesso à habitação arrendada, em detrimento (eventual) do direito de propriedade de outra classe de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel).⁵³

Por evidente, tal forma de regulação não exclui outras ações estatais conjugadas voltadas à maximização do acesso das pessoas à moradia, inclusive daqueles já titulares de habitação própria. O que é relevante, na espécie, é a circunstância da existência de escassez de recursos e da impossibilidade de o Estado satisfazer a integralidade das demandas por moradias, bem como por inúmeras outras espécies de utilidades sociais. Este o contexto em que os agentes públicos são obrigados a estabelecer prioridades, realizando as chamadas “escolhas trágicas”. Tais escolhas aparecem tanto na vertente orçamentária (mediante prestações positivas diretas) como na vertente regulatória (mediante restrições, incentivos ou favorecimentos).

Daí que merece ser exaltado o caráter mais realista da Constituição portuguesa, cujo art. 65º, em seu item 2, alínea “c”, dispõe que, para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada.” Em outras palavras, o direito à moradia exige do Estado, dentro dos limites orçamentários e regulatórios a que está sujeito, a adoção de políticas públicas tendentes à maximização do acesso das pessoas à habitação.

Mas qual a legitimidade do tratamento legislativo mais benéfico aos demais proprietários de bem de família que aos fiadores proprietários de um só imóvel? Por que não proteger os locatários mediante outras formas que não onerem seus fiadores? Não deveria o Judiciário simplesmente proteger o direito à moradia dos fiadores e remeter o problema da proteção dos locatários para o Legislativo e o Executivo?

⁵² FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 147.

⁵³ RE 407.688/SP, p. 887.



Justamente aqui a teoria das capacidades institucionais exibe grande utilidade.

Em primeiro lugar, há que se entender que eventual anulação judicial da norma legal, para proteção dos fiadores, levaria inexoravelmente à *desproteção* de um grande número de locatários. Mais que isso, a proliferação de decisões judiciais em semelhante sentido traria grande insegurança jurídica para o mercado de locações, acarretando retração da oferta de imóveis e inevitável aumento dos aluguéis. Daí ter-se razoável confiança na *prognose* legislativa de que os efeitos da proteção dos fiadores seria contraproducente, do ponto de vista do número de pessoas cujo acesso à moradia haja sido assegurado.

Por que a avaliação dos fatos (diagnóstico) e das conseqüências da política pública (prognóstico) feita pelo Legislativo merece deferência por parte do Judiciário? Certamente por conta de uma demonstração estatística dos números do mercado de habitações arrendadas, da importância das locações prediais para os mais pobres e do elevado custo de outras garantias, como as fianças bancárias. Porém, além dos dados empíricos, deve o Judiciário ter em conta a maior capacidade dos órgãos políticos de avaliarem os efeitos gerais de suas decisões, o maior contato com os agentes econômicos do setor relevante, a maior participação da opinião pública e os depoimentos de técnicos em comissões especializadas.

Assim, é legítimo construir-se um *standard* de deferência judicial em matéria de regulação econômica, desde que o Legislativo ou o Executivo sejam capazes de demonstrar a *sustentabilidade lógica* de seus argumentos. Também deve o Judiciário adotar uma postura prudente de auto-contenção (*judicial self-restraint*) diante da incerteza dos efeitos sistêmicos de sua eventual intervenção no caso. Somente políticas públicas manifestamente ilegítimas ou inconsistentes devem ser invalidadas; na dúvida, a preferência deve ser dada às escolhas regulatórias fundadas em razões *a priori* sustentáveis, tanto no que se refere ao diagnóstico dos fatos como no que toca ao prognóstico de suas conseqüências.

Para melhor compreender o diagnóstico da situação fática e as prognoses feitas pelo legislador, poderá o tribunal constitucional lançar mão do art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, que prevê a possibilidade de o relator, "em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria.". Mesmo na fiscalização abstrata da constitucionalidade, portanto, poderá haver dilação probatória, superando-se a visão tradicional em sentido contrário.⁵⁴

Nos Estados Unidos, o chamado *Brandeis-Brief* – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis (posteriormente, juiz da Suprema Corte), no caso *Müller vs. Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras cento e dez voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação

⁵⁴ ADIN nº 1286-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 06.09.1996, p. 31.848.



da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples *questão jurídica* de aferição da legitimidade da lei em face da Constituição.

Em última análise, toda lei é criada visando à produção de efeitos concretos sobre a realidade, e só assim, no confronto com situações concretas, é que a norma revela todo o seu conteúdo significativo.⁵⁵ Assim, a análise da compatibilidade de uma determinada lei com o texto constitucional não deve ser empreendida no plano meramente teórico, senão que deve levar em conta os problemas jurídicos concretos ensejados pela incidência da lei sobre a realidade. Como ressalta Inocêncio Mártires Coelho, “a questão constitucional, até mesmo pelas conseqüências do seu desfecho, exige um acurado cotejo entre a *norma* e a *situação normada*, porque sem o exame dos fatos nada nos dizem as formalizações jurídicas.”⁵⁶ Inúmeros são os casos em que, na formação de sua convicção, o juiz adentra necessariamente na análise de fatos ou prognoses feitas pelo legislador, de cujo esclarecimento depende o desfecho da questão constitucional. Vale recordar o célebre julgamento do HC 70.514, de 23.03.1994, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a lei que concedia prazo em dobro à Defensoria Pública, enquanto tais órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados. Foi expressamente ressalvado que a disposição poderia vir a ser declarada inconstitucional, eis que a pronúncia da legitimidade da norma se assentava em circunstância de fato suscetível de alteração no tempo.⁵⁷

Igualmente louvável a previsão de diligência pericial, que pode se tornar necessária na apreciação de leis que cuidem de questões técnicas muito específicas, inacessíveis ao leigo. Gilmar Ferreira Mendes, citando trabalho clássico de Klaus Jürgen Philippi,⁵⁸ enumera diversos casos em que o Tribunal Constitucional Federal alemão lançou mão de grupos de peritos e autoridades em determinadas matérias científicas e técnicas para esclarecer-se sobre os aspectos empíricos resultantes da incidência da lei objeto do controle de constitucionalidade.⁵⁹

O esclarecimento do Poder Judiciário quanto a diagnósticos fáticos e prognoses legislativas, por meio de depoimentos e laudos de peritos, deve ser compreendido como um *incentivo institucional* à transparência e à consistente motivação

⁵⁵ Neste sentido, LARENZ, Karl. *A Metodologia da Ciência do Direito*, Editora da Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 396.

⁵⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº 211, 1997, p. 132.

⁵⁷ V., sobre esse julgamento, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, Editora Saraiva, 1996, p. 284.

⁵⁸ PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colônia, 1971.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, ed. cit., p. 467/473. Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional tedesco julgou inconstitucional lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa, levando em conta laudos periciais que asseveravam que a liberdade de instalação de farmácias em outros países com o mesmo *standard* civilizatório da Alemanha (v.g., Suíça) não levou a uma efetiva ameaça à saúde pública.



das decisões legislativas, uma vez que o Poder Legislativo sempre poderá ser convocado a prestar explicações sobre elas. Afinal, a revisão judicial será sempre possível, quando houver erro manifesto quanto aos fatos e inconsistências insuperáveis no que se refere à demonstração do acerto das prognoses. Nada obstante, diante de tudo quanto se vem de dizer, o *standard* de controle deve ser mais brando, em face da sustentabilidade das razões articuladas pelo legislador.

Ademais, haverá o tribunal que considerar a maior legitimidade democrática do Legislativo para estabelecer prioridades, determinando quem será favorecido e quem arcará com os ônus colaterais da política regulatória adotada. É razoável a opção legislativa por onerar aquele que aceita voluntariamente ser fiador, pois o faz assumindo os riscos do encargo, no exercício de sua autonomia privada. Eventual anulação judicial apenas transferiria os ônus para terceiros, com conseqüências sistêmicas provavelmente funestas. Por certo, o mercado acabaria por adotar outras garantias ou soluções, todas elas, contudo, mais onerosas aos locatários, cujo acesso à moradia seria prejudicado.

Supondo-se que o Estado pudesse fornecer fianças a baixo custo - solução que se afigura onerosíssima e de eficiência duvidosa - tal medida estaria a depender de uma inversão de prioridades na aplicação de recursos públicos, para cuja adoção o Judiciário não está habilitado. A oneração dos fiadores - que aceitaram o encargo voluntariamente - seria substituída pela oneração dos contribuintes, em prejuízo de outras políticas públicas que demandariam investimentos diretos prioritários. Não existem almoços gratuitos: tanto nas escolhas orçamentárias como nas regulatórias, alguém perde para que alguém ganhe.

Assim, também sob a perspectiva da legitimidade democrática, a postura adotada pelo STF foi adequada, tendo em vista que a invalidação judicial da norma alteraria a estratégia redistributiva deliberada pelos agentes políticos eleitos. Faleceria ao Judiciário, aqui, capacidade institucional para reavaliar as prioridades orçamentárias e regulatórias feitas pelos demais Poderes.

5 PARÂMETROS PARA A REVISÃO JUDICIAL DE DIAGNÓSTICOS E PROGNÓSTICOS LEGISLATIVOS EM MATÉRIA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

O estudo até aqui levado a efeito revela *diferentes graus de vinculação* do legislador à Constituição econômica, o que importa diferentes intensidades de controle judicial sobre os diagnósticos e prognósticos legislativos em matéria de regulação da economia. Partindo-se para uma tentativa de sistematização mais geral, é possível alinhar os seguintes *standards* (ou parâmetros) para a construção de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle judicial dos diagnósticos e prognósticos legislativos em matéria econômica:

I. quanto maior o grau de *objetividade* extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Assim, em primeiro lugar, o Poder Judiciário deverá atentar para a tipologia da norma jurídica incidente ao caso (regras, conceitos indeterminados e princípios), de modo a utilizar escrutínio em grau proporcional à densidade da norma em questão. Ademais, o magistrado deverá levar em conta critérios de *lógica* (e.g., se a medida é abstrata



e genérica, o exame de proporcionalidade deve ser feito no plano da abstração e generalidade; se a medida é concreta e individualizada, o exame de proporcionalidade deve ser feito no plano individual e específico) e de *coerência* (e.g., respeito aos parâmetros de objetividade construídos nos precedentes). Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática*, *segurança jurídica* e *racionalidade sistêmica* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

I.1. De todo modo, mesmo nos espaços de maior *ductibilidade* normativa (conceitos indeterminados e princípios), poderá ser declarada a invalidade de medidas: (a) manifestamente inadequadas, que não promovam minimamente o fim a que se destinam; (b) manifestamente inexigíveis, diante da possibilidade de que fosse adotada estratégia menos restritiva; e (c) cuja relação de custo-benefício é manifestamente negativa para o atendimento das finalidades da Constituição, ou, ainda, com custo que a inviabilize na prática, ou que ocasione efeitos colaterais e/ou paradoxos que a tornem evidentemente contraproducentes.

I.2. Nos casos em que se reconheça a falha ou a insuficiência da regulação, é possível que o Poder Judiciário, ciente de suas limitações institucionais para análises sistêmicas e de impacto abrangente, busque a solução dialogal, incumbindo a órgão técnico especializado a adaptação ou a reconstrução da política interventiva. Nesses casos, o Poder Judiciário apontará a finalidade a ser atendida e determinará que o órgão regulador se reporte a ele sobre a criação, implementação e viabilidade econômica das medidas.

II. Quanto maior o grau de *tecnicidade* da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *especialização funcional* e *eficiência* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

III. Quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática* e *responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

IV. Quanto maior o grau de efetiva *participação social* (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este *standard* é aplicável também aos atos legislativos, conforme o grau de consenso democrático obtido para sua aprovação (emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória). Em relação aos atos administrativos, aponta-se no sentido da valorização da participação em processos de consulta ou audiência pública, dentre outros que possam demonstrar uma ampla consensualidade em torno da medida. Este parâmetro privilegia o valor *legitimidade democrática*, em seus diferentes graus, na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

V. Quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial. Este *standard* é uma decorrência da adoção, no sistema brasileiro, do *judicial review*, tanto em relação a atos legislativos (controle de constitucionalidade), como



em relação a atos administrativos (controle de juridicidade). Com efeito, sua adoção aponta para a necessidade de defesa dos direitos básicos dos cidadãos, especialmente daqueles umbilicalmente ligados ao arcabouço jurídico-institucional da democracia, por órgãos independentes.

V.1. Se a medida judicial não importar dispêndios e/ou efeitos sistêmicos significativos de repercussão geral, o controle deverá ser ainda mais severo, o que ocorrerá ordinariamente na realização da dimensão marcadamente negativa dos direitos fundamentais; no que se refere à dimensão acentuadamente prestacional de direitos fundamentais, a tendência deverá ser de menor ingerência judicial, especialmente quando a regulação houver se fundado em estudos técnicos, análise de custos e de efeitos sistêmicos. Ainda aqui, em casos de excepcional necessidade, é possível cogitar uma atuação mais forte do Judiciário, de modo a garantir patamares mínimos de existência digna, imprescindíveis para a manutenção do ambiente democrático e garantia da dignidade humana.

V.2. Neste último caso, diante da limitação das capacidades institucionais do Poder Judiciário para análises de impactos sistêmicos, em termos econômicos e orçamentários, a intervenção judicial deverá evitar adjudicações diretas, remetendo a questão a um diálogo institucional com os Poderes Legislativo e Executivo, que terão o ônus de elaborar ou rever as políticas públicas existentes visando ao atendimento do mínimo existencial.

