

5

Controle concentrado de constitucionalidade e apreciação de fatos e prognoses legislativos

5.1

O enfoque administrativista

5.1.1

A aplicação jurídica da textura aberta do Direito

O conceito de textura aberta é oriundo da filosofia da linguagem. O primeiro a empregá-lo foi Friedrich Waismann, em discussão acerca da possibilidade de verificação das afirmações.¹²⁷ Consoante Waismann, as afirmações feitas em situações ordinárias são compreendidas sem qualquer verificação, em razão da pronta captação de todos os seus termos.

A verificação somente é necessária quando, nas afirmações, há presença de palavras que criem uma combinação nunca antes usada. Nesse caso, imperativa é a explicação, realizada pelo método da verificação. Este consiste na experiência possível, capaz de qualificar certo sentido como lógico dentro de um contexto específico.

A afirmação não pode, no entanto, ser encarada somente como a soma das verificações, vez que possui estatuto lógico próprio. Isso é fruto da textura aberta apresentada pela maioria de nossos conceitos empíricos e implica o fato de que as afirmações raramente serão conclusivas.¹²⁸

In nuce, a textura aberta propugnada por Waismann significa que os conceitos empíricos não apresentam definição exaustiva, abrindo possibilidades

¹²⁷ Cf. WAISMANN, Friedrich. *The Principles of Linguistic Philosophy*. Londres: Macmillan, 1976.

¹²⁸ Essa concepção deriva do conceito de “hipótese” de Wittgenstein, o qual afirma que uma hipótese admite múltiplas verificações independentes, mas nenhuma conclusiva. Tal como a hipótese pode apenas ser mais ou menos provável, dependendo das evidências, mas jamais absolutamente certa, também a afirmação empírica não pode ser verificada de forma conclusiva, como decorrência da textura aberta da linguagem.

de dúvidas quanto ao seu significado. Isso conduz à denominada incompletude essencial das descrições empíricas, que veda a perfeita determinação do conjunto total de situações em que uma palavra se aplica ou não. Por esse raciocínio, descobre-se o porquê de as verificações não ocorrerem de maneira conclusiva.

Herbert Hart realiza uma ponte entre a filosofia da linguagem e o Direito.¹²⁹ Neste ínterim, pretende demonstrar o papel da linguagem na constituição e operacionalização do Direito, pois é certo que a possibilidade de concretização de seus propósitos estaria balizada pelas limitações da linguagem.

Para Hart, dois fenômenos tornam árdua a tarefa de aplicar a regra geral a um caso concreto no Direito. O primeiro diz respeito à regra de reconhecimento, a qual tem a faculdade de determinar quais são as regras legais válidas no seio de uma comunidade. A regra de reconhecimento abarca apenas um conjunto finito de regras e se, porventura, um caso concreto não puder ser reconduzido a nenhuma delas, estar-se-á diante de uma lacuna no Direito.

O segundo fenômeno refere-se à textura aberta. Esta, diz Hart, não é característica só dos termos lingüísticos, mas também de sentenças e regras. Isso acarreta a permanente possibilidade da existência de uma penumbra de dúvida, na qual não se sabe com clareza se a regra deve ou não ser aplicada.

O Direito é possível, na opinião de Hart, porque toda regra tem um núcleo de certeza, onde a maioria dos casos é encontrada e onde se sabe se ela deve ou não ser aplicada. Os termos gerais seriam inúteis, enquanto meio de comunicação, caso não existissem tais casos familiares e geralmente incontestáveis. Mas, como dito, toda regra é passível de apresentar uma penumbra, hipótese na qual cabe ao juiz exercer seu poder discricionário e tornar a regra menos vaga para os casos futuros.

O mundo adequado a uma jurisprudência mecânica é capaz de antecipar tudo o que é passível de ser conhecido. As regras determinariam, assim, todas as escolhas viáveis diante do caso concreto. Entretanto, como bem assevera Hart, esse não é nosso mundo. A incompletude essencial de nossas descrições empíricas, incapazes de antever todos os usos dos termos gerais, deriva

¹²⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137 et seq.

justamente dessa impossibilidade de prever todos os casos particulares que podem afetar nossa descrição originária.

A imprevisibilidade resultante da textura aberta significa, sem dúvida, um abalo para o Direito. Apesar disso, Hart vislumbra um benefício maior já que, no mundo real, é patente a relativa ignorância em relação ao conjunto total de fatos relevantes que devem estar presentes para a aplicação de um termo geral. Se há ignorância a respeito do conjunto total de fatos, claro está que, por vezes, os propósitos também são relativamente indeterminados. Isso torna, por consectário natural, impossível determinar o futuro.

É exatamente nesse ponto que reside a vantagem da textura aberta. Duas necessidades sociais constituem, na opinião de Hart, compromissos de todos os sistemas: de um lado, a essencialidade de regras que norteiem a conduta dos indivíduos e sejam aplicáveis; de outro, a exigência de deixar em aberto questões que não podem ser antecipadas e que só encontram solução a partir do surgimento do caso concreto. Nesses termos, a importância da textura aberta reside em ser a linha média, estabelecendo as certezas imprescindíveis à vida social e, *pari passu*, deixando em aberto questões para serem apreciadas no tempo adequado.

Dessarte, a compreensão dos conceitos jurídicos, bem como de todo e qualquer objeto enfrenta um problema de compreensão. Este, no Direito, afigura-se mais evidente do que na compreensão dos fenômenos cotidianos, eis que seus limites são estabelecidos pela própria linguagem. Em outras palavras, o fenômeno jurídico depende essencialmente da leitura dada pelo intérprete e aplicador da norma jurídica, no momento da concretização, acerca dos fatos, valores e processos sociais aceitos em dada sociedade em dado lapso de tempo. Sobressai, na relação entre objeto cognoscível e sujeito cognoscente da interpretação jurídica, a figura do sujeito, o qual determina o sentido da proposição normativa.

No entanto, o Direito, como sistema de conduta social, exige uma comunicação, ou seja, a transferência de seu conteúdo. A norma jurídica necessita de palavras em sua estrutura e vale-se das mesmas palavras empregadas na linguagem do dia-a-dia. Como bem enfatizou Hart, as mesmas dificuldades de compreensão de palavras e expressões comuns transportam-se para o domínio da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Não se pode sempre, de imediato, precisar o significado de cada palavra ou expressão. Essa zona cinzenta de

penumbra e incerteza acarretou o surgimento, no Direito Administrativo, da divisão entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados.

5.1.2

Conceitos jurídicos determinados e indeterminados

A distinção entre conceitos determinados e indeterminados é geralmente feita com base em dois critérios: o quantitativo (referente ao grau de imprecisão das palavras e expressões) e o qualitativo (que diz respeito à própria essência dos institutos). Entre os seguidores desta segunda corrente, Sérvulo Correia afirma que os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles “cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito”.¹³⁰

Outros, no entanto, consideram o grau de precisão com que os conceitos designam a realidade a nota distintiva essencial, ou seja, enfatizam a questão quantitativa. Antônio Francisco de Souza ressalta que Tezner, um dos primeiros a estudar detidamente o assunto, ainda no século passado, sustentava que

(...) a diferença entre os chamados conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados consiste apenas numa diferença de grau de insegurança da palavra. Um certo limite de “erro”, dentro do qual nos pudéssemos movimentar, não é reconhecível apenas nos conceitos legais indeterminados. Entre os conceitos legais determinados e os conceitos legais indeterminados existe uma diferença de grau e não de qualidade.¹³¹

Na opinião de Phillip Heck, todo e qualquer conceito apresenta uma zona nuclear fixa (núcleo) e uma zona periférica (halo).¹³² Metaforicamente, o conceito pode ser representado por um ponto de luz intenso que ilumina os objetos a que se refere com intensidades variáveis. Em derredor, um halo de cores empalidecidas, de difícil definição, além do qual predomina a obscuridade. Nessa zona de penumbra, não há certeza quanto aos limites precisos dos objetos. A noção clara

¹³⁰ CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 116.

¹³¹ SOUZA, Antônio Francisco. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 77.

¹³² HECK, Phillip. Apud ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 209.

de um conceito é obtível no núcleo; quando começam as dúvidas, começa o halo. A extensão da orla periférica dos conceitos é variável, graduando a diferença entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados.

Espraiou-se, na doutrina administrativista alemã, a imagem de que o conceito é composto por uma zona de certeza positiva (os objetos que podem ser a ele reconduzidos, estreme de dúvidas) e por uma zona de certeza negativa (onde existem dúvidas acerca de sua utilização). Há, assim, a zona do que é certo que é, concomitantemente com a zona do que é certo que não é. Além disso, há uma zona intermediária, de penumbra, dentro da qual pairam dúvidas e incertezas sobre as situações abarcadas pelo signo lingüístico.

O conceito indeterminado apresenta, por assim dizer, uma determinação prévia. É possível identificar as situações concretas que certamente se enquadram no conceito. É possível, outrossim, excluir os fatos da vida que não poderão, de forma alguma, ser reconduzidos ao conceito. Contudo, algumas situações não se ajustam previamente à hipótese abstrata, remanescendo a zona de penumbra.

Alguns conceitos demandam, por conseguinte, um processo de preenchimento axiológico quando de sua aplicação, realizado por meio de valoração, ao passo que outros não necessitam deste processo decisório complexo para a determinação de seu significado. No primeiro caso tem-se o conceito jurídico indeterminado; no segundo, o determinado. Em ambas as hipóteses, no momento da concretização, determina-se o significado exato para o conceito. Questão complexa é saber quem o Direito permite que realize tal valoração, quando imprescindível à determinação do significado do conceito.

José Joaquim Gomes Canotilho, ao analisar a indeterminação semântica pelo prisma constitucional, cita as seguintes possibilidades de indeterminação conceitual: a polissemia, onde há pluralidade de significações (v.g., lei); a vaguidade, quando a significação é indefinida e obscura, deixando dúvidas sobre a aplicação em certos casos particulares (v.g., setores básicos, art. 83 da Constituição Portuguesa); a ambigüidade, na qual a combinação das palavras no texto não permite ver com clareza a que palavra ou frase se referem outras palavras ou frases (v.g., direitos de “natureza análoga”); a porosidade, hipótese em que dado conceito empírico se confronta com novas experiências ou descobertas não previstas pelo legislador (v.g., coisa corpórea); e a falta de conteúdo (conceitos vazios), quando o conceito tem sentido extremamente impreciso ou

passa a informação de forma exígua, o que resulta em espaços de conformação extremamente amplos para os órgãos concretizadores (v.g., dignidade humana).¹³³

Deve-se atentar, ainda, para outro problema que, por vezes, é esquecido. Há importante diferença entre a incerteza resultante de indeterminação dos enunciados lingüísticos e a derivada da indeterminação dos fatos. É nesse contexto que surge a distinção de Walter Schmidt, entre conceitos cuja indeterminação é fruto “das incertezas condicionadas pela linguagem” e conceitos que são indeterminados em razão das “incertezas de avaliação da situação concreta”, dos quais advém a categoria dos conceitos de prognose.¹³⁴ Estes seriam, na avaliação de Germana de Oliveira Moraes, conceitos “cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro – juízo de prognose”.¹³⁵

5.1.3

Conceitos de prognose: indeterminação (verdadeira?) e margens de ação do administrador

Rogério Erhardt Soares elaborou uma classificação dos conceitos indeterminados com base na natureza da imprecisão e criou a subdivisão entre conceitos classificatórios, de um lado, e conceitos-tipo (também chamados de conceitos de prognose ou verdadeiramente indeterminados), de outro.¹³⁶

Os conceitos classificatórios são aqueles que apenas envolvem juízos objetivos nos processos de interpretação e aplicação. Referem-se a situações passíveis de individualização, como integrantes de acontecimentos substancialmente idênticos pertencentes a uma mesma categoria. Podem ser subdivididos em três grupos: 1) conceitos descritivo-empíricos, que podem ter o conteúdo fixado de modo objetivo a partir da experiência comum e de

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Ed. cit., p. 421 et seq.

¹³⁴ In: MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional de Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 67.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 70.

¹³⁶ SOARES, Rogério Erhardt. *Direito Administrativo*. Coimbra: [s.n], 1978, apud MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 68.

conhecimentos científicos ou técnicos especializados (v.g., doença incurável, produto poluente); 2) conceitos que remetem a figuras jurídicas de limites elásticos e, portanto, imprecisos (v.g., boa-fé); 3) conceitos que se referem a situações definíveis em função de circunstâncias de tempo e lugar.

Já os conceitos-tipo, por seu turno, dependem de valoração subjetiva, como é o caso das expressões “interesse público” e “ordem pública”. Como assevera Rogério Erhardt Soares, “não apontam para uma classe de situações individualizáveis, mas invocam um tipo difuso de situações da vida, um domínio de factos ou valores, em relação ao qual os acontecimentos concretos se projectam apenas como manifestações ou expressões”.¹³⁷

Nos conceitos-tipo ocorre, assim, uma indeterminação resultante da contextualidade da linguagem. Esta indeterminação, no entanto, abrange também os conceitos classificatórios cuja imprecisão se traduz na remissão a figuras jurídicas dotadas de elasticidade e os que se referem a situações definíveis em função de circunstâncias de tempo-espço.

A classificação apontada apresenta, assim, pontos que dificultam a sistematização, visto que as características dos grupos se misturam. Neste ínterim, Walter Schmidt estabelece outra distinção, valendo-se da origem da incerteza como fator de *discrímen*. Como explica Germana de Oliveira Moraes:

Walter Schmidt diferencia a indeterminação resultante da “incerteza condicionada pela imprecisão da linguagem” e a resultante da “incerteza de avaliação da situação concreta”, e dentre esta, aquela em que o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose. Para ele, os conceitos indeterminados de prognose atribuem ao administrador uma “margem de livre decisão”, resultante das incertezas de avaliação da situação concreta, insindicável pelos Juízes, o que não ocorre quando se trata de conceitos, cujas incertezas são condicionadas pela imprecisão da linguagem, e por isso mesmo são justiciáveis.¹³⁸

Essa diferenciação tem forte implicância prática, pois condiciona o método de aplicação dos conceitos indeterminados, com repercussão nos limites do controle jurisdicional. Para Walter Schmidt, o juízo de prognose consubstancia o “raciocínio através do qual se avalia a capacidade para uma actividade futura, se imagina a evolução futura de um processo social ou se sopesa a perigosidade de

¹³⁷ Ibidem, p. 68.

¹³⁸ MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 69.

uma situação futura”.¹³⁹ Nesse juízo de aptidão exaure-se a margem de liberdade de decisão. Do contrário, para o autor, as decisões de discricionariedade, por envolverem a ponderação de interesses autônomos, ao lume de critérios predefinidos, podem ser judicialmente controladas.

Sérvulo Correia, na mesma linha de pensamento acima apontada, afirma que

(...) a avaliação de pressupostos que integram a situação concreta, para efeito de sua subsunção em conceitos indeterminados que figuram na hipótese da norma, reduz-se sempre a um problema de prognose, quer se trate de avaliação de qualidades de pessoas ou coisas, quer directamente da estimativa sobre a evolução futura de processos sociais. As avaliações de pessoas ou coisas procuram, em última análise, determinar as probabilidades de comportamentos ou utilidades futuras. (...) Distingue-se da prognose a opção entre interesses concorrentes, que pressupõe a respectiva valoração. É aí que reside o cerne da discricionariedade.¹⁴⁰

Porém, para melhor compreender o assunto, é necessária breve digressão na história do Direito Administrativo, pois as concepções sobre o tema têm se alterado em tempos recentes, o que encontra amparo nas mudanças pelas quais passou o conceito de discricionariedade administrativa. Esta consiste em uma técnica amplamente acatada de limitação funcional do controle jurisdicional. Por um longo período, ocorreu associação entre discricionariedade e mérito do ato administrativo, de modo a caracterizar ambos como um espaço livre na atuação do administrador público. Diante de elementos fáticos de suas tarefas executivas, este poderia tomar decisões e realizar escolhas livre de parâmetros externos objetivos, guiado por seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. Estava adstrito apenas à finalidade do interesse público.

De qualquer maneira, a margem de liberdade do administrador era extensa e incontrolável pelo Poder Judiciário, fato que era assegurado pela forte tese da insindicabilidade do mérito do ato administrativo. O declínio desse modelo ocorreu por conta do Estado Social, que ampliou sobremaneira as atividades do Poder Executivo. Em face da necessidade de funcionalidade interna e eficácia de gestão, capazes de permitir celeridade na atuação, ocorreu um desvirtuamento da teoria da discricionariedade administrativa. Esta passou a reles instrumental do Executivo, no intuito de assegurar a maior margem de ação livre de controle possível, valorizando a discricção em detrimento da vinculação à lei. Como reação,

¹³⁹ Ibidem, p. 69.

¹⁴⁰ CORREIA, Sérvulo. Op. cit., p. 770.

foram surgindo correntes doutrinárias que vaticinavam maior controle da administração.

Outro fator foi a aproximação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, o que provocou a revisão de conceitos nucleares da dogmática deste último. Como já comentado na observação sobre a teoria das normas de Robert Alexy, passou-se a entender o sistema jurídico como composto não apenas por regras, mas também por princípios.¹⁴¹ Os princípios passam a atuar como porta de entrada de influxos morais para o Direito, sendo ontologicamente distintos das regras, pois objetivam regular uma série *a priori* indeterminável de fatos e condutas humanas, através de um significado a ser construído interpretativamente para cada caso concreto subjacente. E, como mandados de otimização, não são sempre aplicados em sua máxima força, mas na medida do possível, ponderados os demais princípios em jogo.

O espaço de livre ação do administrador situava-se num contexto rígido de um Direito por regras, no qual surgiam vácuos não juridicamente regulados. Os princípios, ao atuarem como normas superiores, preencheram os vácuos legais e colmataram as lacunas existentes, o que “fez com que a discricionariedade administrativa se tornasse menos discricionária, e a zona livre de jurisdição, menos livre”.¹⁴² Como anota Germana de Oliveira Moraes:

A discricionariedade, entendida como área imune à sindicabilidade judicial, não mais comporta essa concepção, segundo a qual “onde exista poder discricionário, nenhum controle do juiz é possível, ou sequer conceptível”. Esta definição negativa de discricionariedade somente se enquadra no perfil do “direito por regras”, cujo contexto se reduzia ao princípio da legalidade administrativa, entendido como a conformidade dos atos administrativos com as regras de direito, tidas como o único referencial da Administração Pública, absolutamente alheia a quaisquer outros vetores axiológicos.¹⁴³

Diante dessas mudanças, apareceu nova distinção entre os conceitos indeterminados. Esses seriam discricionários quando, além de apresentarem um tipo aberto, trouxerem em seu bojo um conflito axiológico, marcado pela necessidade de ponderação de interesses concorrentes, sob o pálio do interesse público prestigiado pela ordem jurídica.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Ed. cit., p. 81-172. No mesmo sentido, v. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Ed. cit., p. 14-45.

¹⁴² MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Ed. cit., p. 233.

¹⁴³ MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 41.

No entanto, há uma espécie de conceitos indeterminados que não seriam discricionários, precisamente por não envolverem necessariamente uma comparação valorativa de interesses. Nessa categoria se encaixariam os conceitos de prognose.

Conquanto tal classificação tenha o inegável mérito de possibilitar o controle jurisdicional de parte dos atos administrativos, não há razão para a exclusão *prima facie* dos juízos de prognose de qualquer sindicância pelo Poder Judiciário. O legislador, ao fazer uso dos conceitos jurídicos indeterminados, pode ter agido por várias intenções, exceto a de atribuir um monopólio indefectível de interpretação e aplicação do Direito à Administração, eis que não é isso que estabelece o Estado de Direito nem o que impinge a Constituição brasileira de 1988.

Ademais, por vezes, o juízo de prognose terá lastro em uma ponderação de interesses, a qual deve ser racionalizada e fundamentada pelo Executivo, cabendo o controle jurisdicional.¹⁴⁴ Algumas decisões de prognose são simples, realizadas por meio de pura análise prospectiva dos fatos. Esse é o caso da avaliação feita ao término do estágio probatório, com o propósito de determinar a aptidão para o serviço público, ou do julgamento sobre a utilidade de uma coisa, quando se indica, para fins de doação, quais bens não servem para a Administração.

Do contrário, as decisões de planificação, por meio das quais são elaboradas diretrizes de conduta, envolvem sopesamento de valores. É o caso da definição do local para a instalação de centrais nucleares e do traçado de ruas e estradas, que interferem, respectivamente, em questões de saúde e ordem pública.¹⁴⁵ Otto Bachof cita o exemplo de autoridade administrativa que se recusou a conceder licença para a instalação de posto de gasolina, em função do perigo que o mesmo representava para o trânsito.¹⁴⁶ Antônio Francisco de Souza traz à colação o exemplo da Administração que se recusa a autorizar manifestação popular receando periclitare a ordem pública.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Germana de Oliveira Moraes, quando defende a impossibilidade de controle judicial da prognose, admite que a mesma pode envolver conflitos axiológicos: “A aplicação dos conceitos indeterminados pode interceptar-se com a discricionariedade, nas hipóteses em que a decisão de prognose se conjuga com uma decisão discricionária, isto é, envolve um conflito de interesses, como pode ocorrer nas decisões de planificação” (Ibidem, p. 71).

¹⁴⁵ Ibidem, p. 70.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 71.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 71.

Mais adequada, então, é a postura de Antônio Francisco de Souza, que assim aborda a problemática:

É inquestionável que os elementos da prognose se reflectem no seu resultado, pelo que a decisão deverá ser anulada sempre que não se apresente como o resultado lógico da base da prognose accionada pelo método adequado (legal) utilizado, embora seja de se aceitar que, na prática, alguns destes elementos (da base como método) não possam ser plenamente controlados (com evidentes reflexos para uma moderação do controlo da decisão final). Certo é que a fixação da meta ou alvo prognóstico em si mesmo não poderá em princípio e sem mais ser posto em causa pelo tribunal.¹⁴⁸

5.2

A questão pelo prisma constitucional

5.2.1

Controle abstrato e dados da realidade

A via abstrata de fiscalização de constitucionalidade é concebida, ordinariamente, como instrumento processual de matriz constitucional destinado, única e exclusivamente, à análise de questões jurídicas. As ações diretas objetivam aferir a relação de compatibilidade entre normas infraconstitucionais e a Constituição Federal. Neste comenos, tem a dogmática tradicional se manifestado no sentido da impossibilidade de serem abordadas questões fáticas, alusivas a dados ou circunstâncias da realidade concreta.

O controle concentrado de constitucionalidade propiciaria, portanto, tão-somente o reexame de matéria jurídica, eis que só almeja perquirir a constitucionalidade da norma em tese. Dita compreensão deriva da leitura errônea do paradigma hermenêutico clássico e chega a sugerir, em função desse equívoco

¹⁴⁸ SOUZA, Antônio Francisco. Op. cit., p. 126. Na mesma linha de entendimento, admitindo a possibilidade de um controle, ainda que limitado, da prognose, Gerson dos Santos Sicca: “Na prognose, a lei confere ao administrador a atribuição de realizar uma espécie de avaliação que não pode ser enquadrada em um simples juízo de aplicação ou não da lei, pois a decisão é remetida a considerações de pura política administrativa ou fatos que não podem ser apreciados por estarem projetados para o futuro. Isto não impede o controle, mas apenas o limita ‘(...) na medida da racionalidade possível’, em razão da particularidade e da excepcionalidade da medida que não se restringe ao procedimento de concretização da norma” (*Discrecioniedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 272-3).

de interpretação, que o controle abstrato de constitucionalidade realizar-se-ia pelo simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior.

Essa perspectiva reducionista, em alguns momentos, chegou até a repercutir no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual sustentou, algumas vezes, que fatos controvertidos ou que exigissem dilação probatória não poderiam ser apreciados em sede de ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴⁹ Chegou-se mesmo a afirmar que

O controle direto de constitucionalidade das leis pressupõe a exata compreensão do sentido e do alcance das normas questionadas, a qual há de ser possível de obter-se no procedimento sumário e documental da ação direta. Se, ao contrário, a pré-compreensão do significado da lei impugnada pende da solução de intrincada controvérsia acerca da antecedente situação de fato e de direito sobre a qual pretende incidir, não é a ação direta de inconstitucionalidade a via adequada ao deslinde da quizília.¹⁵⁰

O problema é que o entendimento exposto acaba por sobrevalorizar, erroneamente, a pré-compreensão do instrumento processual em detrimento da própria decisão do constituinte de outorgar à Corte competência para dirimir controvérsia constitucional. A observação atenta da doutrina e jurisprudência permite concluir que, nos últimos tempos, vem florescendo a compreensão que aponta no sentido da “inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia jurídica”.¹⁵¹ Gilmar Ferreira Mendes, acerca da inevitabilidade de apreciação de dados fáticos no controle de constitucionalidade abstrato, afirma que

(...) se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.¹⁵²

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1.372. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. D. J. 17/11/1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007.

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n.794/GO. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. D. J. 21/05/1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 471.

¹⁵² Ibidem, p. 472.

Não há como negar a relação de dependência mútua entre norma e fato, que exsurge como condição da própria interpretação constitucional. O processo de conhecimento não pode prescindir da análise integrada de elementos fáticos e jurídicos.

Assim, a aferição dos denominados fatos legislativos constitui parte indissociável do controle abstrato de constitucionalidade e, dessarte, está intimamente associada à própria competência do Tribunal. Interessante atentar para o fato de que foi um caso julgado pela Suprema Corte norte-americana, *Müller v. Oregon*, que encetou a desmistificação da concepção até então dominante.¹⁵³ Este caso, no qual teve início o enfraquecimento da associação simplificadora entre questão constitucional e questão jurídica, a ser solucionada mediante simples apreciação da legitimidade da norma em face da Constituição, versava justamente sobre uma lei de discriminação positiva.

O Estado americano de Oregon editou lei que restringia o trabalho feminino a dez horas diárias, com vasto lastro em pesquisas empíricas, que enfatizavam a necessidade de preservação da saúde da mulher e, conseqüentemente, do interesse público. Desse modo, havia uma discriminação de gênero, a qual interferia diretamente na seara laboral. O debate concentrou-se nos efeitos do trabalho sobre a situação social da mulher, com o advogado do autor questionando os fundamentos adotados pelo Estado de Oregon.¹⁵⁴

No caso em tela, Curt Müller, dono de lavanderia, recebeu multa equivalente a dez dólares por empregar uma mulher com jornada superior às dez horas legalmente permitidas. Ele recorreu à Suprema Corte do Estado de Oregon e, posteriormente, à Suprema Corte norte-americana, as quais confirmaram a constitucionalidade das leis. O caso foi decidido apenas três anos após *Lochner v. New York*, no qual foi invalidada uma lei que restringia a jornada de trabalho semanal de padeiros.¹⁵⁵ Entendeu-se, na oportunidade, que a regulamentação não

¹⁵³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Müller v. State of Oregon*, 208 U.S., 412 (1908).

¹⁵⁴ Gilmar Ferreira Mendes lembra curioso detalhe que demonstra o domínio da discussão fática no caso: “Nos Estados Unidos, o chamado *Brandeis-Brief* – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no ‘case *Müller versus Oregon*’ (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘questão jurídica’ de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição” (Op. cit., p. 472).

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lochner v. State of New York*, 198 U.S., 45 (1905).

era razoável e feria a liberdade contratual, não apresentando benefícios para a saúde ou segurança dos pais.

Já no caso *Muller v. Oregon*, a Suprema Corte entendeu que o forte interesse estatal em preservar a saúde da mulher, precipuamente enfocada em seu papel maternal, justificava a limitação imposta. Ressalte-se que, em ambos os casos, o embate se deu em torno dos fatos legislativos, tanto os considerados no presente, quanto os projetados para o futuro, que embasaram a decisão do legislador.^{156 157}

O sistema legal brasileiro evoluiu muito na seara da apreciação de fatos legislativos com o advento da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Esta disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Entre as inovações mais salutares, estão dispositivos que autorizam o relator, em casos de necessidade de esclarecimento da matéria ou da circunstância de fato, ou mesmo na hipótese de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre o tema, ou estipular data para que, em audiência pública, sejam ouvidos depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (artigo 9º, §1º).¹⁵⁸

¹⁵⁶ A Suprema Corte assim se manifestou a respeito da inevitável apreciação dos fatos legislativos e, outrossim, da relevância do fator de discrimen para o interesse público: “At the same time, when a question of fact is debated and debatable, and the extent to which a special constitutional limitation goes is affected by the truth in respect to that fact, a widespread and long continued belief concerning it is worthy of consideration. We take judicial cognizance of all matters of general knowledge. (...) Even when they are not, by abundant testimony of the medical fraternity continuance for a long time on her feet at work, repeating this from day to day, tends to injurious effects upon the body, and, as healthy mothers are essential to vigorous offspring, the physical well-being of woman becomes an object of public interest and care in order to preserve the strength and vigor of the race” (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Müller v. State of Oregon*, 208 U.S., 412 (1908). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=208&invol=412>. Acesso em: 25 out. 2007).

¹⁵⁷ Interessante notar, aqui, o entrelaçamento das questões essenciais à presente pesquisa: norma de ação afirmativa (no caso, de discriminação positiva), análise de fatos e prognoses do legislador pelo Tribunal e, alfim, a necessidade da ponderação de interesses colidentes, que aponta para a necessidade de um exame de proporcionalidade.

¹⁵⁸ O Supremo Tribunal Federal realizou sua primeira audiência pública no dia 20 de abril de 2007, designada pelo ministro Carlos Ayres Britto, relator da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3510, ajuizada no STF pela Procuradoria Geral da República contra o artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05). Na ADI questiona-se a permissão legal para utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. A lei determina que só poderão ser utilizadas as células de embriões humanos “inviáveis” ou congelados há três anos ou mais, sendo necessário o consentimento dos genitores. Conforme notícia o próprio STF, “Carlos Ayres Britto decidiu pela realização desta, que será a primeira audiência pública do STF, por entender que ‘a audiência pública, além de subsidiar os ministros deste STF, também possibilitará uma

A citada lei faculta que o Supremo Tribunal Federal consulte os Tribunais Superiores, os tribunais federais e os tribunais de justiça sobre a aplicação da lei ou da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (artigos 9º, §2º e 20, §2º). Além disso, a abertura do processo é ampliada com a admissão da figura do *amicus curiae*, pela qual pode o relator, diante da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, autorizar a manifestação de outros órgãos ou entidades (artigo 7º, § 2º). Assegura-se, por esse caminho, melhor nível de informação e maior grau de participação.

Desse modo, tal diploma legal confere ao Supremo Tribunal importante instrumento para a aferição de fatos e prognoses legislativos no controle abstrato de constitucionalidade das normas. Em razão da admissibilidade de apreciação desses dados da realidade (ou, *rectius*, de fatos legislativos), bem como da patente importância de sua análise no caso das ações afirmativas, é imprescindível tecer algumas considerações sobre o tema.

5.2.2

O sentido dos fatos e prognoses legislativos

Quando o poder legiferante promulga uma lei, com o fito de conformar ou restringir certo direito fundamental, depara-se com a impossibilidade de prever, com razoável grau de certeza, se as medidas por ele adotadas afiguram-se adequadas e necessárias à consecução do fim pretendido. Neste ínterim, torna-se onipotente a consideração de fatos e a realização de juízos prognósticos por parte do legislador.

Especificamente em relação às medidas de ação afirmativa, essa necessidade é nítida, eis que o legislador conforma a vertente material do princípio da igualdade e, concomitantemente, restringe sua vertente formal. Para levar a efeito

maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário da Corte'. Para isso foram convidados 17 especialistas (além daqueles arrolados pelo PGR, que comparecerão independentemente da expedição de convites) que deverão esclarecer aspectos sobre a matéria questionada nos autos para os Ministros do STF, para o Procurador-Geral da República e para os *amici curiae* (partes interessadas no processo)" [SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível: sítio STF (23 mar. 2007). URL: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69419&caixaBusca=N>. Acesso em: 30 nov. 2007].

eventual juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da medida, é essencial a análise dos fundamentos de tal restrição.

Konrad Hesse, ao abordar esse aspecto da atuação legislativa, no concernente ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, assevera que:

En estos casos resulta necesario hacer una predicción, cuya incertidumbre resulta tanto mayor cuanto más complejas y de mayor transcendencia sean las circunstancias a las que se refiere. Para el controle de tales predicciones, el Tribunal Constitucional reconoce al legislador una prerrogativa de estimación, cuyo alcance se aprecia en función de la peculiaridad de la materia en cuestión, de las posibilidades existentes para formarse un juicio suficientemente certero y de la significación de los bienes jurídicos en juego; el Tribunal recurre a parámetros diferenciados que van de un control de evidencia y razonabilidad hasta una intensa verificación material. Ello permite por regla general un margen de discrecionalidad del legislador no sujeto a control de constitucionalidad; de esta forma se evita que el Tribunal invada los márgenes discrecionales que corresponden a la fijación política de objetivos y a la configuración legislativa.¹⁵⁹

A dicotomia apontada entre conformação e restrição de direitos fundamentais por parte do legislador exige, decerto, a análise dos denominados fatos e prognoses legislativos ou, nas palavras de Konrad Hesse, *predicciones*.

Os fatos legislativos possuem sentido impreciso, mais amplo do que o conceito jurídico-processual de “questão de fato”. Podem ser definidos, no presente contexto, como todo e qualquer fato real que tenha importância para a elaboração da norma e para a previsão de seus efeitos, devendo, portanto, ser considerado pelo legislador.

Klaus Jürgen Philippi desenvolveu, mediante a análise de julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão, importante estudo empírico sobre o tema.^{160 161} Nesta clássica pesquisa, o referido autor procedeu à classificação dos fatos legislativos em fatos históricos (*historische Tatsachen*), fatos atuais (*gegenwärtige Tatsachen*) e eventos futuros (*zukünftige Tatsachen*).

Gilmar Ferreira Mendes, com base em Philippi, aduz que os fatos históricos correspondem aos fatos legislativos históricos, que deram azo a determinadas

¹⁵⁹ HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 110-1.

¹⁶⁰ PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Köln: C. H. Verlag, 1971, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 473 et seq.

¹⁶¹ “(...) com base nas decisões publicadas nos primeiros 25 volumes da revista da Corte Constitucional alemã, restou demonstrado que, em 208 decisões, o Tribunal identificou 269 fatos legislativos, sendo que desses pelo menos 1/4 (75 decisões) referiam-se a prognoses” (MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 473).

decisões.¹⁶² Já os fatos legislativos atuais referem-se à pesquisa acerca de um variado elenco de temas. Envolvem o objetivo de determinadas organizações (v.g., partidos políticos cuja atividade encontra-se eivada de vício de inconstitucionalidade), a verificação de tratamento equiparatório ou desequiparatório (possível ofensa ao princípio da igualdade) e o exame de eventual desigualdade eleitoral. Além disso, engloba a investigação acerca dos efeitos radioativos de determinados medicamentos, que poderiam legitimar sua prescrição somente por médicos estabelecidos em hospitais ou instituições de pesquisa; a transformação de estruturas econômicas ou sociais, que poderiam acarretar ou consolidar um processo de inconstitucionalização de uma lei; e as questões de caráter fundamental sobre concepções políticas, filosóficas e religiosas (criminalização do homossexualismo, descriminalização do aborto).¹⁶³

Diante da classificação de fatos legislativos exposta, pode-se afirmar que a circunstância ensejadora da promulgação de eventual norma instituidora de ações afirmativas – qual seja, a existência de desequiparação entre grupamentos étnico-raciais, reveladora de injusta preterição da população de origem afro-brasileira – enquadra-se na categoria dos fatos legislativos atuais. Isso porque implica, da parte do legislador, a verificação da presença de injusto tratamento desigual, cabendo-lhe constatar, no caso concreto, a violação do princípio da igualdade.

Philippi observa que o Tribunal Constitucional Federal alemão procura fundamentar as investigações sobre fatos legislativos com fulcro em análises variadas, geralmente de cunho empírico, chegando mesmo a utilizar-se de argumentos vinculados à experiência comum (não-empírica). Para a verificação desses fatos, vale-se o Tribunal de documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análise de peritos ou especialistas.¹⁶⁴ A finalidade é sempre

¹⁶² A Alemanha é referência quando se fala em fatos e prognoses legislativos. Nos idos de 1968, um deputado chegou a propor alteração na lei de organização da Corte, de modo a deixar claro que o *Bundesverfassungsgericht* estaria vinculado aos fatos e prognoses do legislador, exceto no caso de fixação falsa de constatação. A proposta foi retirada, pois se verificou que eventual aprovação ameaçava a própria existência da Corte Constitucional (Ibidem, p. 472-3).

¹⁶³ Ibidem, p. 474.

¹⁶⁴ “Na verificação desses fatos, o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos ou *experts*. Tal como apontado por Philippi, a Corte apóia-se com freqüência em pareceres de peritos ou grêmios de peritos, privilegiando, nesse caso, uma composição pluralista. Assim, na decisão sobre a liberdade de instalação de farmácias (*Apothekenurteil*), o Tribunal utilizou-se de literatura medieval. No julgamento sobre a constitucionalidade da lei que criminalizava a homossexualidade masculina, o Tribunal nomeou um grupo internacional de peritos composto por um sexólogo, um médico judicial, um psiquiatra,

procurar assegurar certo grau de racionalidade, capaz de conceder um aspecto minimamente objetivo à decisão. Evitam-se, por óbvio, questionamentos de índole metafísica, até mesmo quando a controvérsia envolva questões de princípios, como concepções filosóficas ou convicções religiosas e morais. Prima o Tribunal, assim, por um tratamento baseado na experiência aferível e por verificações de índole fática, rechaçando-se a subjetividade na maior medida possível.

Os fatos reconhecidos por Philippi como eventos futuros correspondem, de fato, às denominadas prognoses legislativas. Etimologicamente, o vocábulo prognose ou prognóstico designa conhecimento antecipado, previsão (do grego *pro* = antes e *gnonai* = reconhecer). Como leciona Antônio Francisco de Souza:

Prognose significa, pois, a antecipação intelectual do futuro ou, como referiu CARL-FRIEDRICH VON WEIZÄCKER, a “arte do provável” (*Kunst des Wahrscheinlichen*). Sendo a prognose uma afirmação sobre acontecimentos futuros, não é um juízo de subsunção, mas juízo de probabilidade. Como justamente observa OSSENBÜHL, nas previsões não há bitolas de exactidão e de verdade, mas apenas bitolas de cuidado. Só o futuro irá comprovar o que é verdade. A prognose pode vir a comprovar-se errada, mas isso só por si não alterará a sua “correção”. Os erros da prognose que se venham a comprovar no futuro não levam necessariamente à sua “incorreção” ou “ilegalidade”.¹⁶⁵

Constata-se, assim, a substancial diferença entre prognose e diagnose. Posto que ambos representem procedimentos intelectuais de formação de juízo, diferem no tocante à composição estrutural. A diagnose pode ser conceituada como a exata investigação do passado e do presente, onde prevalece a consideração do *status quo*. Fica adstrita a fatos e valores empíricos. A prognose, do contrário, afigura-se como declaração que, fundamentada no presente e no passado, dirige-se a uma situação futura, balizando-se por padrões de probabilidade, os quais são incertos por natureza.

Diante do exposto, percebe-se que a prognose estabelecida pelo legislador, na hipótese da promulgação de lei instituidora de programa de ação afirmativa, consiste na percepção da mesma como idônea a promover a cessação ou redução da injusta e desarrazoada desigualdade entre grupos étnico-raciais. Objetiva, por conseguinte, alterar o panorama social (fatos legislativos futuros ou, *rectius*, juízo de prognose), de modo a romper com a situação de desequilíbrio constatada no

um psicólogo, um sociólogo, um diretor de uma instituição governamental de caráter social, o Chefe da Polícia Criminal de Colônia e um criminólogo” (Ibidem, p. 474).

¹⁶⁵ SOUZA, Antônio Francisco de. Op. cit., p. 115.

presente (fatos legislativos atuais), fruto da discriminação e alijamento da população afro-descendente.

Portanto, na seara da apreciação jurisdicional das prognoses legislativas ou dos denominados eventos futuros, é importante salientar que a decisão acerca da legitimidade ou ilegitimidade de uma lei condicionar-se-ia à confirmação de um prognóstico, ou seja, à provável verificação de um evento futuro.

5.2.3

Controle jurisdicional das prognoses e seus critérios

5.2.3.1

O caso português

A doutrina portuguesa tratou de elaborar métodos para o controle da apreciação das prognoses legislativas. O maior esforço envidado nesse sentido foi de Antônio Francisco de Souza, o qual procura sistematizar o juízo prognóstico, em busca de maior racionalidade.¹⁶⁶ Em vista disso, identifica os elementos inerentes à análise. Seriam as prognoses, dessarte, compostas por três fases ou momentos distintos: a base, o método e o resultado.

Como parte integrante da base, aparecem os fatos, dados, variantes ocasionais, princípios de experiência e níveis de probabilidade. O imprescindível é que esses elementos sejam selecionados da maneira objetiva. O método, por seu turno, seria composto pelos procedimentos da prognose, pelos métodos prescritos e pelos processos de natureza científica, dos quais fariam parte a plausibilidade e a racionalidade. Por último, o resultado da prognose encerraria um juízo futuro *stricto sensu*, que teria por supedâneo os elementos constitutivos da base da prognose, sobre os quais incidiriam os métodos e critérios elencados.

Percebe-se que a prognose, no contexto apresentado, assume papel de antípoda da subsunção. Esta consiste no liame estabelecido entre dada situação fática presente ou pretérita com o *tatbestand* (hipótese de incidência) abstrato da norma. Ao revés, a prognose vincula-se à previsão de eventos futuros, na medida

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 125 et seq.

em que aparece como resultado de um juízo elaborado a partir de fatos existentes e conhecidos (constituintes da base da prognose), que, conjugados com princípios de experiência (método da prognose), se projetam sobre a provável ocorrência de um acontecimento futuro.

O diferencial, no entanto, não remete primordialmente ao grau de insegurança presente nas duas figuras em debate, mas sim ao fato gerador dessa insegurança. A subsunção apresenta insegurança em função da diferença de opiniões acerca do sentido da norma e da sua aplicabilidade ao caso concreto. Verifica-se, pois, a possibilidade de ocorrência de divergências interpretativas. Já no concernente à prognose, a insegurança deriva da ausência óbvia de dons proféticos por parte das pessoas, como também da limitação do horizonte de experiência como fundamento da conclusão do prognóstico. É, como dito, mero juízo de probabilidade.

Souza tenta, por esse caminho, racionalizar a questão do controle e propõe um esquema composto pelas seguintes fases: análise da questão de prognose e do grau de probabilidade, análise da base de prognose e análise do procedimento de prognose.¹⁶⁷

Na primeira fase, versaria o controle sobre a questão de saber se o órgão legislante avaliou corretamente a problemática da prognose; aqui deve a Corte Constitucional averiguar as circunstâncias que o legislador considerou para a formação de seu prognóstico. Outrossim, estaria submetida à apreciação da Corte a questão atinente ao nível de segurança da previsão, ou seja, ao grau de probabilidade de que o evento futuro venha mesmo a ocorrer.

Em um momento ulterior, passa-se à análise da base de prognóstico; aqui o controle jurisdicional incide sobre a questão de se saber se o legislador tomou corretamente e em sua plenitude as circunstâncias constituintes do alicerce para elaboração da avaliação prospectiva (fatos, dados e princípios de experiência).

Na terceira fase, consoante Souza, avalia o Tribunal o procedimento ou andamento da prognose. Deve, então, considerar os seguintes aspectos: se o legislador observou as normas de procedimento; se levou em consideração elementos alheios à prognose; se a prognose revelou-se fundamentada; se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; se o legislador observou os

¹⁶⁷ Ibidem, p. 115 et seq.

padrões gerais de valor; se a prognose é reconhecida ou evidentemente equivocada.

José Joaquim Gomes Canotilho, a respeito do controle jurisdicional de prognoses legislativas, vislumbra, *ab initio*, uma margem de livre ação, que ele denomina de princípio da não-controlabilidade do âmbito da prognose legislativa, que é enunciado da seguinte maneira:

Este princípio radica no facto de o espaço de prognose legislativa ser um espaço de livre conformação do legislador, incompatível com qualquer controlo jurídico-constitucional. O princípio é aceitável se com ele se quer significar que ao legislador ou órgãos de direção política compete conformar a vida econômica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é suscetível de fiscalização jurisdicional. Os limites funcionais da jurisdição constitucional aqui são claros: os tribunais não podem controlar judicialmente, por exemplo, a apreciação da evolução económica global, a delimitação das cotas de importação para certos produtos, etc.¹⁶⁸

Em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, José Joaquim Gomes Canotilho ressalta a já comentada limitação material imposta pela Constituição, no caso específico da prognose:

Por um lado, a liberdade de conformação política do legislador e o âmbito de previsão não são incompatíveis com uma vinculação jurídico-constitucional, a apurar através de princípios constitucionais constitutivos (ex.: princípio democrático) e de direitos fundamentais; por outro lado, se as *previsões* ou *prognoses* são actos políticos, também isso não significa que esses actos não possam ser medidos pela constituição. *O problema não reside aqui em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política.*¹⁶⁹

A jurisprudência do Tribunal Constitucional português, no entanto, ainda não desenvolveu o tema em exame. Limitou-se, em algumas oportunidades, a enfatizar a existência de um espaço de liberdade de conformação legislativa em matéria de custas processuais. Neste íterim, afirmou que a Constituição não assegurava a gratuidade da justiça e que cabia ao legislador, dentro dos limites da proporcionalidade, taxar os respectivos serviços. O prognóstico elaborado deveria,

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. cit., p. 1.123.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Ed. cit., p. 275.

então, ser apto a promover a manutenção dos serviços, sem, contudo, obstaculizar o princípio fundamental de acesso aos tribunais.¹⁷⁰

5.2.3.2

A experiência germânica

À luz da experiência germânica, Gilmar Ferreira Mendes elenca os procedimentos racionais de que se vale a Corte para a realização de prognósticos, quais sejam:

(a) o “processo modelo” (*Modellverfahren*), que se refere a um procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis; (b) a “análise de tendências” (*Trendverfahren*), no qual se analisam determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo; (c) o “processo de teste” (*Testverfahren*), que propicia a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro; (d) o “processo de indagação” (*Befragungsverfahren*), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo.¹⁷¹

Os procedimentos acima mencionados são aplicados pelo *Bundesverfassungsgerricht* isolada ou conjugadamente, com predomínio do processo modelo (*Modellverfahren*).¹⁷² Além do mais, a utilização desses procedimentos não exclui formulações intuitivas, que, porém, para lograrem algum poder de convencimento em relação a terceiros, devem expressar-se por meio de um processo racional.

Exemplo paradigmático de controle do prognóstico do legislador pela Corte Constitucional pode ser contemplado no caso *Apotheken-Urteil*, no qual foi discutida a legitimidade de uma lei do Estado da Baviera que tornava obrigatória a permissão da autoridade administrativa para a instalação de novas farmácias.¹⁷³

Argumentou-se a ilegitimidade da Corte Constitucional para conduzir exame sobre a adequação desta medida, visto que não estaria em condições de vislumbrar outro meio igualmente eficaz e, ainda que estivesse, seria incapaz de

¹⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Ac. n. 467/91. Rel. Conselheira Assunção Esteves. D. J. 02/04/1992. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910467.html>. Acesso em 30 out. 2007.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 475.

¹⁷² Ibidem, p. 475.

¹⁷³ Ibidem, p. 475 et seq.

determinar se tal conclusão poderia ter sido alcançada pelo legislador. A Corte rejeitou o argumento concernente à sua possível incompetência para aferir fatos legislativos. Ilidiu essa opinião asseverando que a Constituição assegura-lhe a guarda dos direitos fundamentais face ao legislador. Se a interpretação desses direitos pode limitar a atuação do Legislativo, nada obsta que exerça este tipo de fiscalização. Em relação à suposta liberdade para a utilização dos meios igualmente adequados (*Wahl zwischen mehreren gleichgeeigneten Mitteln*), afirmou que seria imperativo levar em conta os planos ou níveis de exigências impingidos pelos próprios direitos fundamentais.

Mendes sintetiza o resultado da minudente análise do prognóstico legislativo:

a) que a liberdade de instalação de farmácias, em outros países com o mesmo *standard* civilizatório da Alemanha, não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública (examinou-se em particular a situação existente na Suíça com base nos laudos apresentados pelos peritos designados); b) que a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitada desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre sua instalação ou não, tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado; c) que o temor revelado pelo legislador quanto à eventual impossibilidade de os farmacêuticos cumprirem seus deveres legais em razão da queda de sua capacidade financeira revelava-se igualmente infundado, visto que uma decisão pessoal economicamente equivocada não poderia servir de base para a decisão legislativa em apreço. Ademais, a tendência revelada no sentido da superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de simples entrega de produtos acabados reduz a responsabilidade do farmacêutico e aumenta seu tempo livre; d) que a maior procura de medicamentos decorreria, segundo a opinião dos *experts*, fundamentalmente, das mudanças ocorridas nas condições de vida durante a guerra – subnutrição, estresses físico-emocionais –, não estando relacionada com a existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos.¹⁷⁴

A afirmação da inconstitucionalidade do modelo legislativo consagrado teve como contrapartida a infirmação da prognose legislativa, rechaçando-se a previsão de que a ausência de regulação implicaria a multiplicação desmesurada dos estabelecimentos farmacêuticos. Julgou-se que o prognóstico realizado era falho e inconsistente. Como não se demonstrava adequado a proteger o interesse público, restringia injustificadamente o livre exercício da atividade profissional.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 476-7.

Outro caso digno de nota é a decisão no caso *Kassenzahnarzt-Urteil*.¹⁷⁵ Neste, a questão era a legitimidade da norma que impunha processo de admissão, com *numerus clausus*, para os dentistas que quisessem se vincular às caixas de assistência. Alegava-se, no mérito, que a restrição equivaleria à proibição do exercício profissional.

O prognóstico legislativo embasava-se na possibilidade de que a irrestrita habilitação de dentistas vinculados às caixas de assistência desencadeasse uma concorrência exacerbada. O resultado, de acordo com a previsão, seria a diminuição lógica do rendimento dos respectivos profissionais, o que traria risco para a existência das próprias instituições.

A Corte infirmou o prognóstico do legislador, em função da erronia patente. Ao examinar os fatos legislativos, percebeu o órgão julgador que a liberação da inscrição de dentistas nas caixas não provocaria aumento superior a 12% no número de odontólogos. Aduziu, diante disso, que tal aumento não seria suficiente para afetar os ganhos dos profissionais e reduzir a qualidade dos serviços prestados. E, ainda, não acarretaria impacto significativo nas despesas das caixas de assistência.¹⁷⁶ Portanto, inexistiriam razões de interesse público capazes de justificar a restrição ao direito de liberdade profissional dos dentistas.

As opiniões até aqui expostas permitem inferir que o controle jurisdicional das prognoses legislativas deverá ser sempre limitado. O órgão jurisdicional é incumbido de zelar, a um só tempo, pela integridade do sistema jurídico, expressa na garantia de inviolabilidade da Constituição por normas infraconstitucionais, e pela manutenção do equilíbrio entre os poderes estatais, de forma a evitar ao máximo o ingresso no âmbito de competência dos demais poderes.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 477 et seq.

¹⁷⁶ Gilmar Ferreira Mendes cita, com minúcias, os dados do caso *sub examine*: “Na sua análise, anotou a Corte que 50% da população estava vinculada aos seguros de saúde. Se considerarmos os membros da família, cerca de 80% da população estaria submetida ao regime de seguro de assistência. Por isso, os dentistas, assim como os médicos, dependiam da vinculação às caixas de assistência. Por outro lado, os números existentes em janeiro de 1959 demonstravam que existiam 28.742 dentistas estabelecidos como profissionais liberais. Desses, 24.286 estavam vinculados diretamente às caixas de assistência e 3.786 apenas às caixas complementares. Portanto, 84% dos consultórios estavam vinculados às caixas de assistência e 14% às caixas complementares. Em síntese, somente 2% dos profissionais liberais dessa categoria não estavam vinculados ao sistema de assistência direta ou complementar. Em face desses números, a Corte concluiu que o livre acesso às caixas de assistência poderia quando muito elevar – na mais drástica das hipóteses – em não mais do que 4.500 o número de profissionais vinculados a essas instituições, o que não seria suficiente para causar uma redução significativa nos ganhos médios auferidos pela categoria ou um aumento significativo das despesas da caixa de assistência” (Ibidem, p. 478).

Tal limitação de controle passa necessariamente pela instituição de determinados critérios, capazes de balizar o juízo das Cortes Constitucionais em matéria de verificação da constitucionalidade de normas a partir da apreciação de fatos e prognoses legislativos.

Neste comenos, Hans Peter Schneider enfoca a problemática da apreciação das prognoses legislativas pelo Tribunal Constitucional por uma perspectiva funcional, no sentido de que envolve uma questão de distribuição do poder de interpretação da Constituição.¹⁷⁷ Os critérios de controle devem, pois, considerar as peculiaridades das funções específicas de cada um dos órgãos controlados.

O primeiro critério apontado pelo autor é o controle de conteúdo, através do qual o tribunal alcançaria a máxima extensão de seu poder de interpretação. Como conseqüência, claro está que as margens políticas de decisão e atuação dos demais poderes estatais restariam reduzidas. Entende-se o controle de conteúdo como “el examen global de las decisiones de los poderes públicos sobre la base de su conformidad objetiva con las normas de la Ley Fundamental, y desde el punto de vista de su corrección material”.¹⁷⁸

A análise empírica realizada por Schneider conclui que, aparentemente, há uma preferência da Corte Constitucional por tal critério, precipuamente quando estão em jogo questões alusivas à proteção dos direitos individuais, especialmente os que versam sobre liberdade individual, necessidades básicas ou possibilidades de desenvolvimento pessoal.

O segundo critério é o controle da apreciação realizada pelo legislador, onde ocorreria limitação muito menor da liberdade de decisão dos outros órgãos estatais por parte do Tribunal Constitucional. A única exigência é que a instância controlada tenha se conduzido por uma ponderação dos elementos de juízo disponíveis objetiva e defensável, vale dizer, passível de ser reconstruída de forma concreta pelo Tribunal. Nas palavras do autor em questão, o órgão controlado

debe haber agotado todas las fuentes de conocimiento que le fuesen accesibles para poder apreciar con la máxima seguridad posible los efectos probables de una determinada medida y evitar así una infracción del Derecho constitucional. Según

¹⁷⁷ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 195 et seq.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 202.

el Tribunal Constitucional, se trata aquí “más bien de requisitos de procedimiento”.¹⁷⁹

Este controle da apreciação efetuada pelo legislador poderia converter-se em um controle de conteúdo se, em virtude da impossibilidade da produção dos efeitos esperados ou previstos, surgisse uma situação de inconstitucionalidade que acarretasse um dever de retificação por parte do órgão controlado.

Conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a aplicação desse critério está vinculada a duas hipóteses: a uma, casos que versem sobre a apreciação de situações e regulações complexas, especificamente na seara fiscal e econômica, nos quais a Corte não se demonstra mais apta a decidir do que os demais órgãos (como o Legislativo); a duas, casos que, em virtude das limitações lógicas na capacidade para a abordagem da informação, outros procedimentos, como o parlamentar, oferecem a garantia de maior proximidade da realidade ou de uma análise objetiva mais detida e aprofundada.

O critério ora em comento traz a idéia, enraizada no princípio da separação de poderes, de que nenhum órgão pode assumir função não correspondente à sua estrutura, o que forma uma presunção de correção institucional.¹⁸⁰

Por fim, o terceiro critério denomina-se controle de evidência, por meio do qual o Tribunal Constitucional Federal alemão confere aos demais órgãos estatais maior liberdade de movimento. Tal controle garante que os limites extremos do Direito Constitucional sejam respeitados. Consoante Schneider, somente seria declarada a inconstitucionalidade de uma disposição dos poderes públicos que, de pronto, pudesse ter a inconstitucionalidade constatada. Esta tem que ser evidente, inequívoca, perceptível a todos os homens. Nos demais casos, podem os órgãos controlados valerem-se da presunção de correção funcional a seu favor.

Dado o dever do Tribunal de comprovar, em princípio, toda e qualquer violação à Constituição, inclusive as ocultas e indiretas, a redução ao controle de evidência poderia revelar-se inadequada, eis que seu emprego forçaria a Corte a um cumprimento insuficiente de suas funções, sempre que a Constituição exigisse

¹⁷⁹ Ididem, p. 203.

¹⁸⁰ O controle da apreciação legislativa, no entanto, não é livre de controvérsias, como aponta o próprio Hans Peter Schneider: “No obstante, esta idea encierra al mismo tiempo el peligro de que el Tribunal Constitucional imponga a otros órganos estatales otras obligaciones complementarias de atención (como sería la observación permanente de los efectos de una ley), con lo que, en último término, los vincula de modo más intenso y duradero de lo que haría el control del contenido, que se realiza en una sola vez” (Ibidem, p. 203).

critérios inequívocos. Em função do mencionado aspecto, o controle de evidência só poderia incidir sobre os casos em que a própria Constituição apresentasse grau suficiente de indeterminação, como, por exemplo, “en la interpretación de la cláusula de la reunificación, del principio universal de la igualdad como interdicción de la arbitrariedad o de los principios generales de la Constitución”.¹⁸¹

Para Schneider, os critérios expostos *ut supra*, referentes ao controle da repartição do poder de interpretação, devem ser conjugados com outros três critérios, os quais dizem respeito à densidade dessa repartição.¹⁸² São eles: controle de comportamento, de procedimento e de resultado.

Primo, pelo controle de comportamento, está franqueada ao Tribunal Constitucional a possibilidade de empreender atividade fiscalizadora do comportamento dos demais órgãos estatais. No tocante aos atos do Poder Legislativo, coloca-se a questão da correta ou incorreta atuação das instâncias interessadas. Analisa-se, no caso, se as hipóteses, prognósticos e expectativas foram completamente valoradas, se a situação objetiva foi explicada suficientemente e se os efeitos dos atos foram acertadamente avaliados.¹⁸³

O controle de atuação do Poder Executivo cinge-se à comprovação de infrações flagrantes ao ordenamento jurídico-constitucional. Já a fiscalização da atividade jurisdicional apresenta-se mais flexível, conferindo-se independência e

¹⁸¹ Ibidem, p. 204.

¹⁸² No tocante à variação de intensidade do controle, anota Peter Häberle: “Existe uma relação contextual entre os instrumentos de investigação e de prognose à disposição da Corte Constitucional e a intensidade de aplicação do parâmetro jurídico-material por ela estabelecido: enquanto nas novas leis instituidoras de reformas econômicas (especialmente naquelas leis de conjuntura) tem-se aplicado um critério de adequação (*Geeignetheit*) extremamente benevolente (BVerfGE 29, 402 (410 s.); 36, 66 (71)), procurou o Tribunal, na decisão sobre a limitação das farmácias (*Apothekenurteil*) (E 7, 377 s. [=JZ 1958, 472 s.]), adotar investigação e prognose calcadas em dados empíricos bem fundamentados (cf. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, p. 57 s.). Isto lhe permitiu estabelecer parâmetros jurídico-materiais mais rigorosos” (In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 48).

¹⁸³ Sobre a consideração dos fatos legislativos nesse controle, enfatiza Hans Peter Schneider: “Mientras que, de un lado, las incertidumbres insuperables pueden impedir la promulgación de una ley igual que los vicios en la correspondiente actuación del legislador pueden conducir a una ineficacia da la ley, de otro lado, la complejidad y la confusión de un sector normativo tienen como consecuencia, en determinadas circunstancias, que el Tribunal Constitucional Federal se abstenga de una declaración de nulidad de la ley, limitándose a dar unas directrices generales para la actuación futura del legislador. En ese sentido, el control mediante substitución en la apreciación subyace al control de actuación” (Ibidem, p. 205).

autonomia aos demais tribunais e juízes monocráticos, em seu mister de interpretação do ordenamento jurídico.

Secundo, o controle de procedimento é efetuado pelo Tribunal de forma rígida e estrita. A rigidez dirige-se ao legislador, na medida em que os vícios do procedimento legislativo ensejam, regra geral, a nulidade da lei, dependendo os efeitos da espécie de sentença proferida pelo Tribunal.

A rigidez deste controle também aparece em relação ao Executivo e espalha-se em direção às relações entre governo federal e governo das demais unidades da federação. Em nome de um comportamento em prol da federação, o Tribunal tem a prerrogativa de impor algumas máximas procedimentais, das quais se pode deduzir o preceito de cooperação com os outros órgãos estatais.

O controle de procedimento também se faz presente no âmbito do Judiciário e tem se intensificado com o transcurso do tempo. As principais causas são a crescente e generalizada abertura para a dimensão processual dos direitos fundamentais, assim como a aplicação do princípio do *fair trial* (juízo justo). Este, para Schneider, corresponde “a una limpia ‘dirección de las actuaciones procesuales’ por parte del juez”.¹⁸⁴ Ditas conseqüências processuais derivam diretamente da idéia de efetividade de proteção dos direitos fundamentais.

Tertio, há o controle de resultado exercido pelo *Bundesverfassungsgericht*. Este último método é complexo, pois permite a revisão *a posteriori* das disposições dos outros poderes estatais. A conseqüência pode ser nefasta e atingir, diretamente, o cidadão e a esfera política. Por isso, é imprescindível tecer claros limites à atuação do Tribunal.

Por meio deste controle, os atos do Legislativo, quando ofensivos às liberdades individuais, são aferidos através do princípio da proporcionalidade; quando lesivos ao princípio geral da igualdade, são regulados mediante o critério da proibição do arbítrio. Em ambos os casos a racionalidade e a justeza material da decisão são insindicáveis, porquanto atribuída ao legislador uma liberdade de conformação.

O legislador dispõe, assim, de uma margem para a apreciação da realidade – possibilidade de averiguar se a medida é idônea para alcançar um fim determinado ou qual medida, entre várias possíveis, mostra-se necessária (questão das

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 209.

prognoses) –, que, para distinguir-se da liberdade de conformação, deveria denominar-se “prerrogativa de estimación” (*Einschätzungsprärogative*).¹⁸⁵

O princípio da proporcionalidade atua, somente, como limitação extrema à liberdade de apreciação do legislador. Essas fronteiras são rompidas em situações excepcionais, como as considerações legislativas quando se revelam manifestamente falsas, fato que obsta qualquer fundamento racional para a decisão legislativa.

No controle do legislador dentro do marco do princípio geral de igualdade, o Tribunal Constitucional parte da primazia da política, pela qual goza o órgão legiferante de liberdade tanto para eleger as situações objetivas às quais deseja vincular efeitos jurídicos iguais ou desiguais, quanto para determinar as características que devem ser comparadas, delimitando, até a fronteira do arbítrio, o âmbito das diferenças. O critério do arbítrio seria um princípio de limite, capaz apenas de rotular como inconstitucionais as decisões legislativas que atingissem um nível de irracionalidade evidente. Dessa forma, conclui Schneider:

En el control del legislador dentro del marco del principio general de la igualdad (art. 3, 1º, Ley Fundamental), el Tribunal parte, de manera semejante, de una primacía de la política. El legislador está llamado fundamentalmente no sólo a elegir aquellas situaciones objetivas a las que quiere vincular iguales o desiguales efectos jurídicos, sino también a determinar las características que han de ser comparadas y delimitar, hasta la frontera de lo arbitrario, el ámbito de las diferencias. Esta frontera de la arbitrariedad es, por último, permeable hasta un cierto punto: sólo cuando las decisiones legislativas llegan a un nivel de irracionalidad evidente, se consideran anticonstitucionales. Cada vez con mayor frecuencia niega el Tribunal la existencia de violación del artículo 3º, 1, con el argumento de que la decisión del legislativo “no es anticonstitucional objetivamente” o de que la violación de la igualdad carece de la necesaria “evidencia”. De esta manera, el criterio de la evidencia se convierte en el criterio principal del control de resultado del legislativo, tanto en el ataque a las libertades (concretamente en el terreno económico) como en la configuración del principio general de la igualdad.¹⁸⁶

A atividade do Executivo, ao contrário, não parece, segundo o autor, submeter-se a qualquer controle de resultado, pois não há conhecimento de qualquer disposição governamental que tenha sido declarada diretamente inconstitucional por afronta a esse critério. Relativamente às resoluções jurisdicionais, o *Bundesverfassungsgericht* cinge-se ao exame de eventual

¹⁸⁵ Ibidem, p. 211.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 211-2.

ocorrência de violação, pela decisão recorrida, de Direito Constitucional específico.¹⁸⁷

Questão de suma importância diz respeito aos efeitos de eventuais déficits na análise dos fatos legislativos futuros por parte do órgão legiferante. O Tribunal Constitucional alemão adota duas saídas distintas: uma para as prognoses legislativas que se revelem falhas desde o início (*im Ansatz verfehlt*), outra para os erros de prognóstico que somente possam ser constatados *a posteriori*, após reiterada aplicação do texto legal.¹⁸⁸

Diante da primeira hipótese, há a declaração de nulidade da lei. Do contrário, quando a falha de previsão do juízo acerca dos fatos futuros somente é perceptível no curso do tempo, considera a Corte o erro irrelevante sob o pálio constitucional, desde que constitua parte integrante de decisão regular ou obrigatória. Nesse caso, deve o legislador tomar as providências cabíveis, com maior presteza possível, de modo a superar o estado de inconstitucionalidade.¹⁸⁹

A conjugação das posições tomadas pelo Tribunal com os critérios de controle jurisdicional propostos por Schneider permite compreender com mais clareza a questão. Como o juízo prognóstico é cercado de incertezas, em razão da dificuldade de inteira compreensão das premissas subjacentes, bem como da inerente imprevisibilidade da projeção futura dos fatos sociais, procura a Corte conceder ao Legislativo maior liberdade de movimento. Dessarte, relativamente ao aspecto funcional, adota o critério da evidência, somente declarando-se a inconstitucionalidade da prognose caso a mesma ofenda a Constituição à primeira vista, de forma incontestada e perceptível por todos.

Além disso, no tocante à densidade do controle, opta o Tribunal por um controle finalístico ou de resultado. Não há restrição ao *modus operandi*

¹⁸⁷ O autor traz à colação as hipóteses nas quais, segundo o Tribunal Constitucional alemão: “Este es realmente el caso que se presenta en los derechos fundamentales cuando un tribunal: 1) no los ha tenido en cuenta absolutamente; 2) cuando ha desconocido el ámbito real de su protección, y 3) cuando ha visto con claridad la significación jurídica del derecho fundamental. (...) El ‘derecho constitucional específico’ puede resultar también violado cuando el juez interpreta equivocadamente otros principios constitucionales o los aplica incorrectamente, cuando pondera defectuosamente los conflictos entre normas constitucionales o los conflictos entre éstas y las cláusulas generales del Derecho de rango ordinario o cuando, por último, al interpretar el Derecho ordinario crea principios anticonstitucionales (recursos de interpretación)” (Ibidem, p. 213).

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 479-80.

¹⁸⁹ “No chamado *Mühlen-Beschluss*, deixou assente o Tribunal que ‘erros sobre a evolução do desenvolvimento econômico devem ser admitidos, até porque o legislador está obrigado no limite do possível, para evitar perigos futuros, a tomar decisões cuja eficácia depende de fatores variados e que, por isso, podem ter desenvolvimentos não desejados (ou diversos daqueles desejados)’” (Ibidem, p. 480).

legislativo, ou seja, o controle não se ocupa da forma como foram analisadas as circunstâncias fáticas nem do procedimento adotado para tanto. Caso o resultado do ato legiferante seja ofensivo a direitos individuais, vale-se o Tribunal dos princípios da proporcionalidade e da proibição do arbítrio.

No contexto acima, Otto Bachof qualifica tal postura acerca do controle de prognose como um mecanismo de autolimitação, enfatizando que os prognósticos legislativos são geralmente aceitos pelo órgão de controle da constitucionalidade, dada a incerteza corrente nas expectativas de quem produz normas, somente atuando o Judiciário quando houver erro.¹⁹⁰

5.2.3.3

Contextualizando o caso brasileiro

O respeito às margens de ação do legislador deve acontecer também dentro da sistemática brasileira. Se, de um lado, pode-se afirmar que o controle judicial dos fatos e prognoses legiferantes é admissível, de outro, deve-se atentar para a delimitação de sua intensidade.

O próprio STF reconhece a existência de margens de ação para o legislador. Caso paradigmático é o da ADI n. 1232-1/DF, que questionava os parâmetros adotados pela Lei n. 8742/93.¹⁹¹ Citada lei, em seu artigo 20, §3º, regulamentava o disposto no artigo 203, inciso V, da Constituição de 1988 e considerava que a família das pessoas idosas ou deficientes físicas somente seria considerada incapaz de arcar com o sustento das mesmas caso lograsse comprovar renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo.

O Ministro Maurício Corrêa, então relator, indeferiu liminar e enfatizou ser “axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores; de um lado a *necessidade* do beneficiário, e de outro, a *possibilidade* de quem arca com o encargo”. O fundamento era que “o legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever

¹⁹⁰ BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVI, 1980, p. 12.

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1232-1/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. Rel. Ac. Min. Nelson Jobim. D.J. 01/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007.

de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”. No julgamento do mérito, o Ministro Ilmar Galvão votou no sentido de dar interpretação conforme à Constituição, permitindo a prova da incapacidade de prover o sustento por outros meios. Essa tese não encontrou guarida no plenário, que manteve o entendimento firmado quando da concessão da medida cautelar.

Acerca do tema em baila, Humberto Ávila diz que, uma vez que as decisões do Poder Legislativo dimanam de discussões e deliberações democráticas, há que se respeitar certa margem de apreciação ou liberdade de conformação, permitindo-lhe determinar o conteúdo de seus próprios atos.¹⁹² O legislador detém, segundo o autor, espécie de prerrogativa de avaliação, representada pelo poder de escolher, entre as premissas duvidosas, a que efetivamente irá restringir o direito fundamental e, por consectário, servir de base para o controle do Poder Judiciário.

Ávila constata, pois, que o legislador tem a faculdade de escolher as premissas empíricas que irão embasar a decisão de restringir determinado direito fundamental, não cabendo ao órgão julgador pura e simplesmente infirmá-la. É competência do Legislativo, assim, realizar a análise do contexto fático subjacente. Conseqüentemente, possui também uma *margem de prognose*, relativa à “previsão dos efeitos futuros da adoção de uma medida que visa a promover efeitos relativos ao interesse público”.¹⁹³

Conquanto a prerrogativa de avaliação dos fatos presentes e futuros seja mister do órgão legiferante, isso não significa, na opinião de Ávila, que as decisões tomadas sejam judicialmente incontroláveis. Neste contexto, ele procura fixar alguns critérios para o controle de constitucionalidade, o qual pode variar de intensidade (forte, médio ou fraco). A intensidade do controle e o nível de exigência de justificação da restrição a um direito fundamental são diretamente proporcionais (ou seja, deverão ser mais intensos quanto maior for a) à:

- (1) condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo;
- (2) evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental;

¹⁹² ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 236, p. 369-384, abr./jun. 2004.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 380-1.

- (3) restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido;
 (4) importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais).¹⁹⁴

Os fatores elencados ensejam maior controle por parte do Judiciário, precipuamente em caso de serem as premissas adotadas pelo legislador evidentemente errôneas. O órgão julgador pode, por conseguinte, infirmar os fatos legislativos ou os prognósticos, substituindo-os pelos seus próprios juízos, de maneira a “avaliar a avaliação” do Legislativo, pois, se este “podia ter avaliado melhor, sem aumento de gastos, a sua competência não foi realizada em consonância com o princípio democrático que lhe incumbe realizar”.¹⁹⁵

Do contrário, ainda segundo o citado autor, o controle e a exigência de justificação deverão ser tanto menos intensos quanto mais: “(1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o julgamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição”.¹⁹⁶

Nas situações apontadas, a intensidade do controle é significativamente reduzida, em razão da dificuldade de uma postura autônoma do Judiciário. Não é óbice, no entanto, ao controle de constitucionalidade, que não fica completamente afastado, mas apenas tem sua intensidade reduzida. Resta ao Tribunal “verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes do conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência”.¹⁹⁷ Conclui Humberto Ávila que:

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser mais ou menos intenso, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro poder com base no princípio da separação dos poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Ibidem, p. 381-2.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 382.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 382.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 382-3.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 383.

Suzana de Toledo Barros opina no sentido de que o controle da prognose legislativa somente pode ser levado a efeito quando o ato for evidentemente equívoco, enfatizando que o momento a ser considerado é o da tomada da decisão pelo legislador:

O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada. Sob esse prisma, é lícito que o legislador se equivoque acerca de seu prognóstico. E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva a adequação ser aferida no momento em que o legislador tomou sua decisão, a fim de que possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos.¹⁹⁹

O próprio Supremo Tribunal Federal já exigiu evidência para a declaração de invalidade de uma medida por ser ela inadequada, como no caso em que examinou a lei que determinava, para o exercício legal da profissão de corretor de imóveis, a comprovação de condições de capacidade. O Tribunal, por sua vez, entendeu que o exercício da profissão não dependia da comprovação referida e que o meio (atestado de condições de capacidade) não atingia o fim almejado (controle do exercício da profissão). Conseqüentemente, a exigência violava o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.²⁰⁰

O voto do Ministro Rodrigues Alckmin, relator do acórdão no caso sob comento, enfrenta de forma precisa o cerne da questão. Em um primeiro momento, deixa patente a existência de limites para que o Legislativo restrinja direitos fundamentais, limites esses que devem ser fiscalizados pelo Poder Judiciário:

Que adiantaria afirmar “livre” o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse? É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as “condições de capacidade”. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional. A fixação desses limites decorre da interpretação da Constituição e cabe, assim, ao Poder Judiciário.

¹⁹⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 80.

²⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repr. 930-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cordeiro Guerra. Rel. Ac. Min. Rodrigues Alckmin. D.J. 05/05/1976. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 30 out. 2007.

Em um segundo momento, enfatiza o erro evidente de prognóstico do legislador, constatado *ab initio*. Segundo o Ministro, a exigência de capacitação técnica não encontra supedâneo lógico e afigura-se incapaz de proteger o interesse coletivo, em função de duas razões:

Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não consegue obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém prejudica, mais que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica para exercê-la. Que diploma, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício dessa profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto da exigência, pelo bem comum, pelo interesse público, de capacidade técnica.

Conclui, por fim, que a regulamentação levada a cabo pelo Legislativo não atende ao princípio da proporcionalidade, sob a insígnia da razoabilidade, o que deixa transparecer qual o mecanismo apropriado para o controle de constitucionalidade nesses casos:

A regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério da razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia.

Contudo, a jurisprudência pátria ainda não abordou especificamente a questão da prognose legislativa. Mas, no âmbito administrativo, interessante é o acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, referente ao pagamento de auxílio-moradia a servidores da Embratur deslocados para Brasília:

No Direito Constitucional contemporâneo, influenciado especialmente pelo Direito Constitucional Alemão, entende-se que, assim como o ato administrativo deve ser motivado, também o deve ser o ato legislativo. A elaboração da norma pressupõe uma determinada realidade. Quando a prognose legislativa – a percepção que o legislador tem da realidade – não corresponde, de fato, à realidade, a norma deve ser considerada inconstitucional. Qual seria a prognose ou o pressuposto associado a uma norma que assegura a um servidor deslocado de outra unidade da Federação um auxílio para custeio de sua moradia e não assegura o mesmo direito a uma pessoa residente em Brasília? Certamente o pressuposto é o de que o servidor que já reside em Brasília possui imóvel próprio na capital ao passo que o que se desloca para cá não. Essa presunção é razoável? Se o servidor deslocado de outra unidade da Federação para o exercício de cargo elencado no art. 1º do Decreto 1.840/96 por acaso já possua imóvel em Brasília, será legítimo que se lhe pague o auxílio? E se o residente em Brasília demonstre que não possui imóvel, que paga aluguel, seria

legítimo que não recebesse o auxílio? Pensamos que não. O critério previsto na norma, se não mitigado, não nos parece legítimo.²⁰¹

Percebe-se, então, a inevitabilidade da aferição dos fatos e prognoses legislativos pelo Tribunal Constitucional. Dito controle é referente ao resultado, não ao processo, pois é certo que, para tanto, inexistente qualquer parâmetro de controle ou autorização constitucional específica. Neste ponto, Gilmar Ferreira Mendes vaticina que “não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de verificar *como* o legislativo examinou os fatos legislativos, mas *o que*, efetivamente, ele constatou”.²⁰²

Importante salientar que da inevitabilidade da apreciação de fatos e prognoses legislativos deriva a necessidade de adoção de um modelo procedimental capaz de fornecer ao Tribunal as condições necessárias a essa atuação. O modelo assim concebido deve, peremptoriamente, permitir a análise de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado e conceder amplo direito de participação a todos os cidadãos. Nas palavras de Peter Häberle:

Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliada sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. (...) Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia.²⁰³

A competência do Tribunal para examinar fatos e prognoses legislativos é evidada do próprio texto constitucional, que lhe faculta examinar leis e atos normativos em face dos parâmetros ali estipulados. Um órgão julgador que se submeta inteiramente ao que o legislador avaliou acaba por nulificar o próprio controle de constitucionalidade. A simples negativa em examinar todos os

²⁰¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Ac. n. 116/2003. Tribunal Pleno. Rel. Guilherme Palmeira. Disponível em: www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/SESSOES/ ATAS/ PLENARIO/ PLENARIO_2003/ATA_PL_5_DE_19-02-2003.PDF. Acesso em: 30 out. 2007.

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 478-9.

²⁰³ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 48-9.

elementos disponíveis, inclusive os fatos legislativos presentes e futuros, equipara-se a uma vinculação, mesmo que inconsciente, aos fatos e prognoses fixados pelo órgão legiferante. Pode-se afirmar que a “não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas”.²⁰⁴

De grande valia é a lição da jurisprudência alemã, onde o Tribunal Constitucional Federal vale-se dos critérios da evidência (*Evidenzkontrolle*) e da justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*). A preservação da prerrogativa funcional do Poder Legislativo exige que a anulação de suas medidas somente ocorra quando as mesmas forem *evidentemente* errôneas ou, de qualquer maneira, implausíveis ou injustificáveis. Fora dessas hipóteses, deve-se manter a escolha adotada pelo legislador em atenção ao princípio da separação dos poderes. Uma projeção malfeita não redundará, de per si, na invalidade da medida escolhida.

Estreme de dúvidas é, assim, a necessidade de desenvolver mecanismos e técnicas capazes de ensejar decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial. Evita-se, por conseguinte, que a pura e simples substituição de prognósticos, no sentido de prestigiar a decisão intuitiva do Judiciário em detrimento do Legislativo, ponha em questão a legitimidade do próprio controle de constitucionalidade.²⁰⁵

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 482.

²⁰⁵ Como sublinha José Joaquim Gomes Canotilho: “Ao reagir contra a arraigada ideia (mas inadmissível num Estado Democrático-Constitucional) da liberdade do fim nos actos legislativos, a doutrina constitucional procurou, através de medidas (princípios) jurídico-constitucionais – princípio do excesso, princípio da exigibilidade, princípio da proporcionalidade e princípio da adequação –, alicerçar um controlo jurídico-constitucional da liberdade de conformação do legislador e (mais concretamente no campo da constituição dirigente) situar constitucionalmente o espaço de prognose legislativa” (In: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Ed. cit., p. 274).