

Controle de constitucionalidade e revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial

Ciro Carvalho Miranda

Advogado da União CONJUR/MS. Especialista em Direito Público (UFJF/MG). Mestre em Direito Constitucional (IDP/DF).

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Fatos e prognoses legislativas. Poder Judiciário. Direitos fundamentais. Princípio da eficiência.

Sumário: 1 Introdução – 2 O legislador como conformador cotidiano da Constituição – 3 Os direitos fundamentais como limitação do poder de conformação do legislador – 4 A hermenêutica constitucional na atualidade – 5 A revisão de fatos e prognoses legislativos pelo Supremo Tribunal Federal – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

O presente ensaio busca analisar a viabilidade de revisão pelo órgão judicial de fatos e prognoses legislativos em sede de controle de constitucionalidade, sob uma perspectiva do tradicional modelo da tripartição dos poderes (ou das funções do poder) e da atual fase da hermenêutica constitucional, evidenciando a importância dos direitos fundamentais, como baliza e limite, para tal controle e, também, o papel do Supremo Tribunal Federal como seu guardião.

2 O legislador como conformador cotidiano da Constituição

Em prestígio ao princípio democrático cabe ao poder legislativo trazer da vagueza dos princípios e disposições constitucionais o regramento cotidiano da vida, inclusive introduzindo alterações no texto diante da evolução/modificação da sociedade.

Exercendo essa competência “o legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais”,¹

¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 27.

ou seja, funciona como interprete legitimado e ator importante do processo de mutação constitucional.

Para o exercício de sua função o legislador realiza previsões de eventos e fatos futuros, a fim de viabilizar e atingir o objetivo pretendido com a edição do texto, dependendo, em alguns casos, a legitimidade da lei da efetiva ocorrência da prognose. Neste particular, em um texto que estabelece várias metas a serem atingidas pelos mandatários, como o é a Constituição Federal Brasileira de 1988, a busca pela realização das previsões estabelecidas no texto serve de bússola para a atividade da Administração Pública.

Estabelecendo a distinção entre a Magna Carta e a lei, sob um prisma ontológico, Grimm² ressalta o seguinte:

a constituição vive da “diferença para com a lei. Por conter os princípios jurídicos para decisões políticas, ela não pode coincidir com essas decisões. Porém, a sociedade não pode ser ordenada apenas com base em princípios. Estes necessitam de elaboração e concretização. Mas em sistemas democráticos, isso fica em aberto para exigências diversas e concepções concorrentes acerca do bem comum, sobre cuja dignidade de preferência se decide, de modo geral, na eleição e, de modo especial, no parlamento e no governo, assim como, recentemente, em todo tipo de grêmio de negociações.”

Todavia, levando em consideração que “a ação política se orienta pelo imperativo da aquisição e manutenção do poder e que está disposta a submeter todo o resto a esse objetivo”,³ surge a Constituição como fundamento e limite para o desenvolvimento da atividade legislativa.

Justamente para frear o ímpeto da política, que é baseado no código “poder/não poder”, nasce a função jurídica da Carta, baseada no código “lícito/ilícito”, estabelecendo um sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas.⁴ Aliás, as “constituições são a resposta ao poder absoluto, que reivindica para si o direito de vincular juridicamente os súditos conforme o bel-prazer político, sem que ele próprio esteja obrigado juridicamente.”⁵

² GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 120.

³ *Idem*, p. 170.

⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵ GRIMM, *op. cit.*, p. 119.

3 Os direitos fundamentais como limitação do poder de conformação do legislador

A Constituição na atualidade deixou de ser o mero estatuto de previsão das competências do poder público para transformar-se em fonte de princípios e regras que balizam a vida política e social da comunidade, irradiando sua influência tanto na relação Estado-cidadão como na relação entre os próprios particulares.

Sob o influxo da doutrina denominada neoconstitucionalismo, Coelho assevera que a Constituição, antes um texto sem pretensão de injuntividade, agora assume

a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, precisamente em face dessa nova Constituição.⁶

Vale ressaltar que os direitos fundamentais encontram-se atrelados de forma indissociável à evolução e importância da Constituição na atual concepção de Estado, lecionando Vital Moreira que a história do Constitucionalismo se confunde com a história dos direitos fundamentais, “a partir da sua afirmação inicial e depois do seu alargamento e da construção e aperfeiçoamento dos mecanismos de tutela. O Estado Constitucional moderno é cada vez mais um ‘Estado de direitos fundamentais’”.⁷

Os direitos fundamentais, “como reação aos *déficits* históricos, foram expressamente declarados como direito diretamente válido a que estão submetidos todos os poderes públicos, incluindo-se o legislativo”,⁸ sendo que sua eficácia irradiante fornece impulso e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.⁹

Justamente por ser a visualização dos valores fundamentais e estruturantes da sociedade, estas previsões constitucionais não

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 127.

⁷ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago da (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 322.

⁸ GRIMM, *op. cit.*, p. 83.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 164.

podem sofrer alteração que desvirtue ou diminua excessivamente o seu alcance, diante da previsão expressa do inciso IV, do §4º do artigo 60 da Constituição Federal, encontrando-se imune às pretensões e ao jogo político dos mandatários.

Neste particular, vislumbra-se um caráter antidemocrático na concepção de direito fundamental, que se assemelha à própria ideia de constitucionalismo, no sentido de “separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad”.¹⁰

Com estes apontamentos fica claro que esse dever de proteção “ganha importância, sobretudo, conjuntamente com o entendimento dinâmico dos direitos fundamentais que serve de base para a jurisdição constitucional.”¹¹

Principalmente em decorrência da escolha plebiscitária, Schmitt¹² vislumbrava no Presidente do Reich (Presidente da República) a figura do “terceiro-neutro” que reunia as condições de independência e legitimidade necessárias para exercer o papel de guardião da constituição e, por consequência, dos direitos fundamentais.

Todavia, a defesa dos direitos fundamentais muitas vezes deve ocorrer em contrariedade ao interesse da maioria, justamente para defesa das minorais, não devendo ser entregue àqueles que foram alçados ao poder pelo voto. Neste sentido, mesmo sob o enfoque da constituição dos Estados Unidos da América do Norte — que não estabelece expressamente o controle judicial de constitucionalidade, diferentemente da Constituição Federal Brasileira de 1988 que o prevê — mas plenamente aplicável no presente caso, lecionam Tribe e Dorf¹³ que

talvez em um mundo perfeito, a generalização dos direitos deveria ser garantida por uma legislatura eleita. Mas voltando às palavras de James Madison com as quais nós começamos o capítulo I: homens não são anjos. Os criadores de nossa Constituição entendiam que esse mundo não é perfeito, e assim, gostem ou não, os juízes devem sinceramente encarar abstratamente a tarefa de decidir a forma de definir nossas liberdades.

¹⁰ HOLMES, Stephen. La precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 217.

¹¹ GRIMM, *op. cit.*, p. 85.

¹² SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹³ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Trata-se daquilo que convencionou-se denominar de “paradoxo da democracia”, diante da feição contramajoritária e não eletiva das Cortes Constitucionais que, em nada, depõe contra a legitimidade que as reveste, porque

a defesa das constituições democráticas é, também, a defesa dos valores que elas reconhecem e proclamam; que é muito mais fácil aos grupos minoritários, com uma singela petição, acionar a jurisdição constitucional contra as leis que os discriminem do que fazer abaixo-assinados ou gritar palavras de ordem, de resto incapazes de inibir esses e outros abusos legislativos.¹⁴

A fim de evitar uma interpretação equivocada sobre os efeitos aqui delineados, vale registrar que os direitos fundamentais apenas enquadram a atividade estatal dentro de limites e estabelecem diretrizes, deixando a concretização por conta do legislador¹⁵ e do administrador.

4 A hermenêutica constitucional na atualidade

Para compreensão e análise da atual função da Magna Carta e para extrair de suas previsões toda carga valorativa existente, grande parte da doutrina nacional defende que não se mostra adequada a utilização das regras da hermenêutica clássica.¹⁶

Esta constatação ficaria ainda mais evidente quando se reconhece que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”,¹⁷ e que “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo estado significaria um empobrecimento ou autoengodo.”¹⁸

Diante do caráter eminente aberto, fragmentário e principiológico dos direitos fundamentais reconhecidos na Carta, o completo significado da norma somente se descortinará inteiramente no momento da aplicação no caso concreto. Esta afirmação resulta do “caráter nomogenético dos fatos sociais, como fatores determinantes da criação

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 143.

¹⁵ GRIMM, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁷ HÄBERLE, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸ *Idem*, p. 34.

e da regeneração dos modelos jurídicos — sejam eles legislativos ou costumeiros, negociais ou jurisdicionais — a compasso de sempre renovadas exigências axiológicas.”¹⁹

O tradicional modelo de subsunção não se mostra viável para análise das questões constitucionais relevantes, porque na

atividade que incumbe ao Tribunal Constitucional Federal de controlo das normas e de resolução de certas querelas políticas, os métodos de interpretação jurídica — tomada esta no sentido mais amplo — chocam com um limite, para além do qual só já é possível uma resolução que se há-de orientar às conseqüências previsíveis e à sua oportunidade ou tolerância pela comunidade, quer dizer, uma resolução política.²⁰

Assim, não só questões jurídicas servem de sustentáculo para análise da constitucionalidade da lei e concretização da norma, passando a realidade fática e social a influenciar significativamente o conteúdo extraído a partir do texto.

Neste particular mostra-se fecunda a doutrina de Müller²¹ sobre a concretização da norma jurídica, que, nessa perspectiva, não se confunde com o seu texto. Como bem salienta Neves:²²

a norma jurídica compõe-se do programa normativo [Normprogramm], que é construído do ponto de vista interpretativo mediante a assimilação de dados primariamente lingüísticos, e do âmbito normativo [Normbereich], que é construído pela intermediação lingüístico-jurídica de dados reais, primariamente não lingüísticos. A estrutura da norma [Normstruktur] resulta da implicação recíproca desses dois componentes. Portanto, a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à “interpretação aplicadora” do respectivo texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa da norma; ela inclui, além do programa, o âmbito da norma como o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual.

Aliás, a análise de fatos pelo Supremo Tribunal Federal para interpretação constitucional mostra-se plenamente viável, até mesmo

¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 516.

²¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 200.

por expressa previsão legal (artigo 9º da Lei nº 9.868). Neste sentido leciona Mendes²³

o legislador afastou-se de uma leitura radical no modelo hermenêutico clássico, a qual sugere que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tinha levado o STF afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não poderiam ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade.

5 A revisão de fatos e prognoses legislativos pelo Supremo Tribunal Federal

Diante do amplo poder de conformação que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição, Canotilho,²⁴ analisando os limites funcionais da jurisdição constitucional, estabelece como princípio interpretativo a “não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa”, sob o seguinte enfoque;

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 direcção política compete conformar a vida económica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional. Os limites funcionais da jurisdição constitucional são aqui claros: os tribunais não podem controlar judicialmente, por exemplo, a apreciação da evolução económica global, a delimitação das quotas de importação para certos produtos, etc. Todavia, as prognoses legislativas podem reconduzir-se também a *conceitos indeterminados* usados em leis concretizadoras das normas constitucionais e incidentes sobre *factos actuais*. Ora o princípio da não controlabilidade do âmbito de prognose legislativa refere-se às “soluções” ou “decisões” das normas adoptadas em situações de incerteza fáctica, mas não à indeterminação das mesmas normas, resultante da sua formulação em termos linguisticamente vagos. É também duvidoso, por exemplo, se o legislador goza de discricionariedade total quanto à planificação do acesso ao ensino, à prognose sobre a evolução dos serviços de saúde, etc., de tal modo que os “juízos de prognose” possam contrariar abertamente as imposições constitucionais.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1126.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1123.

Além das ponderações feitas pelo festejado constitucionalista português, cumpre destacar a existência de leis que, durante o processo legislativo, foram objeto de grande discussão no meio social, despertando grande interesse da população quanto ao seu conteúdo e previsões. Nestes casos adverte Häberle que:

essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional.²⁵

Uma análise superficial das lições antes transcritas pode, equivocadamente, deixar transparecer que as prognoses feitas pelo legislador encontram-se imunes à análise da Corte Constitucional.

Entretanto, buscando elencar critério para a análise das previsões empreendidas pelo legislativo Mendes,²⁶ a partir de julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão, leciona o seguinte:

no que respeita à falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início (*im Ansatz verfehlt*) ou se se cuida de um erro de prognóstico que somente se pode constatar *a posteriori*, após uma continuada aplicação da lei.

No primeiro caso, o déficit de prognose enseja a nulidade da lei.

Na segunda hipótese, (...) considera o Tribunal irrelevante do prisma constitucional o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória. (...) Neste caso, deverá o legislador, todavia, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária.

Especificamente em relação à Constituição Brasileira, não se pode perder o foco das diversas previsões que buscaram atingir o *Welfare State* impondo/direcionando a atividade do legislador e do administrador para sua consecução. Neste particular e em especial nota-se o dever do Estado em estabelecer e executar programas de saúde pública e de ensino básico para a população (artigos 196 e 205 da Constituição Federal).

²⁵ HÄBERLE, *op. cit.*, p. 45.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 479-480.

A imposição de controle sobre tais atividades reside também na concepção da “democracia material”, caracterizada pela progressiva legitimação da política pública através da participação e controle pela sociedade e dos Órgãos de controle da eficiência dos resultados obtidos, ultrapassando a tradicional visão do consenso presumido pela simples eleição dos governantes. Assim, como bem acentua Moreira Neto,²⁷

uma *democracia*, para ser efetiva, não pode repousar apenas na *legitimidade originária* ou, mesmo, na *teleológica*, por serem construídas sobre *presunções*, nem sempre confirmadas pelos fatos, e, por vezes, nem mesmo efetivamente confirmáveis, ela necessita ser, nesta Era da Informação, como a denominou Manuel Castells, uma democracia corrente (usque effectus).

Deve-se notar que o Tribunal para realizar o controle de constitucionalidade com base em errônea prognose legislativa, em defesa de um determinado direito fundamental, não se encontra inteiramente livre para adotar outra solução qualquer, porque ele próprio está vinculado ao princípio da eficiência. Neste particular, o próprio Tribunal deverá decidir e estabelecer uma prognose futura que, com maior certeza, atingirá o objetivo almejado quando da edição da lei que sofreu a censura, a partir do conhecimento técnico especializado. Assim, a perspectiva de análise da Corte Constitucional não está atrelada à utilização da melhor argumentação, sob o prisma da retórica, mas sim e principalmente, ao resultado.

6 Conclusão

Diante das metas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário, negar a análise pela Corte Constitucional de fatos e prognoses legislativos quando há possibilidade de ocorrência de lesão, principalmente lesão a direitos fundamentais, parece negar a própria finalidade de existência do Tribunal, valendo ressaltar, como bem adverte Hesse, que “não é, portanto, em tempos tranqüilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.”²⁸

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 54.

²⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p 25.

Neste contexto vale ressaltar que “é a própria Constituição que torna obrigatória a observância de determinados valores e referências de sentido”,²⁹ sendo a legitimidade da decisão proferida pelo Tribunal reforçada, ainda mais com a participação dos vários componentes da sociedade no processo de controle, para obtenção do consenso nos limites do possível, como também na obtenção de um melhor resultado, ou na forma mais eficiente para se atingir o objetivo perseguido.

Referências

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen. La precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago da (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁹ LARENZ, *op. cit.*, p. 512.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.