

## **Experiências de controle de prognose**

A seguir pretende-se analisar a experiência do controle de prognose legislativa em três países: Alemanha, Canadá e Portugal, uma vez que esses países se destacam na literatura da temática pesquisada. O Brasil sofreu maior influência da Alemanha e tem proximidade de contexto com Portugal. Já os sistemas dos Estados Unidos e do Canadá apresentam semelhanças.

## **Alemanha**

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA) ganhou projeção internacional por ser, se não o pioneiro – atributo em geral conferido à Suprema Corte norte-americana –, o que melhor desenvolveu a técnica de avaliação empírica das prognoses legislativas (Rose-Ackerman; Egidy; Fowkes, 2015, p. 19). Em um multicitado levantamento feito no início dos anos 1970, foram identificados, entre 1950 e 1970, no repertório jurisprudencial do TCFA, 208 menções a “fatos legislativos”, dentre os quais havia 75 referências à expressão “prognoses” (Philippi, 1971, p. 193).

Boa parte da literatura constitucional alemã não vê com bons olhos um eventual controle de constitucionalidade baseado em evidências, até pelo fato de não haver uma obrigação legislativa de apresentar os fundamentos de suas decisões (Geiger, 1979, p. 141; Waldhoff, 2016, p. 132). Para muitos autores, no entanto, o artigo 26(1) da Lei Orgânica do TCFA (a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BverfGG), que a ele impõe o dever de

colher as provas necessárias para o estabelecimento da verdade, abriria espaço para um controle de constitucionalidade baseado em evidências, o que pressupõe um dever legislativo de fundamentação (Meßerschmidt, 2016, p. 215 *et seq.*). Um dever que seria ainda decorrente do princípio democrático (Kischel, 2003, p. 63 *et seq.*) e de eficiência e racionalização do processo legislativo (Ossenbühl, 1976, p. 163).

Embora, por prudência ou autocontenção, o TCFA evite expressar uma obrigação legislativa de fundamentar suas decisões e prognoses (Alemanha, 1992), ele costuma exigir o atendimento de certos requisitos do processo legislativo, que, pelo menos, de modo oblíquo, demanda uma tarefa de justificação das decisões do legislador.

Além do que se segue, note-se, por exemplo, no caso sobre “equalização financeira III” (“Finanzausgleich III”), os atributos que necessariamente deveriam ser atendidos pela lei: (i) a lei, em sua generalidade formal, com o primeiro dever de interpretar a Constituição, molda o futuro de maneira racional e planejada, pressupondo uma certa permanência regulatória, que estende sua aplicação a um número indefinido de casos futuros; (ii) a legislação deve conter disposições compreensíveis e ter base factual; (iii) o mandato legislativo dos artigos 2º, 3º, 106 e 107 requer uma lei que estabeleça bases racionais para seu atendimento; (iv) a legislação estabelece critérios abstratos para consequências financeiras concretas, nas quais o legislador presta contas a si próprio e ao público, além de garantir a transparência do Estado de Direito na distribuição de fundos (Alemanha, 1999).<sup>44</sup>

Na apuração do acerto das prognoses, por exemplo, algo que seria impensável dizer é que não há um dever legislativo de justificação. Com isso, a jurisprudência do TCFA desenvolveu quatro processos ou testes para avaliação da racionalidade das leis: *Modellverfahren*, *Trendverfahren*, *Testverfahren*, *Befragungsverfahren*. O chamado *Modellverfahren*, ou “processo-modelo”, recorre aos métodos de predição das ciências sociais com base em fatos relevantes para extrair cenários e conclusões possíveis; o *Trendverfahren*, ou “processo de tendência”, avalia a evolução de certas

44 Cf. ALEMANHA, 2006.

tendências no tempo, relativas à matéria em exame; o *Testverfahren*, ou “processo de teste”, baseia-se no princípio de amostragem de dados empíricos, inclusive sociais, a partir dos quais são feitas projeções; e o *Befragungsverfahren*, ou “processo de entrevista”, funciona como uma importante ferramenta de racionalização, em que se busca identificar intenções dos agentes que integram o processo deliberativo (Gusy, 1985, p. 178 *et seq.*; Mendes, 2000; Zhang, 2010, p. 90 *et seq.*).

Deve-se notar que uma proposta parlamentar que impunha o dever de o TCFA se vincular juridicamente à investigação legislativa não foi aprovada (Ossenbühl, 1976, p. 462). O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, além das sustentações orais, pode delegar a outra corte a apuração sobre fatos e pessoas, mediante perícias e depoimentos, desde que a medida se dê em respeito ao cumprimento da Constituição. Apenas de modo excepcional o TCFA obtém evidências de fatos em um procedimento formal, pois, de acordo com o art. 33(2) da BVerfGG (Lei Orgânica do TCFA – Alemanha, [1951] [s. d.]), ele há de (ou, para alguns, pode, apenas se assim desejar) respeitar os juízos sobre fatos realizados pelos tribunais ordinários. Em verdade, exige-se uma produção probatória quase exauriente no âmbito desses tribunais (Meßerschmidt, 2016, p. 217).

A busca por uma metodologia que imprima maior correção na fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis é uma constante preocupação do TCFA. No caso da “Codeterminação Corporativa”, julgado em 1979 (Alemanha, 1979), o Tribunal estabeleceu um “modelo de estágio” do controle de constitucionalidade das prognoses, de acordo com a importância dos interesses jurídicos. Este modelo pode variar de uma mera verificação de erros evidentes – incluindo escolhas de meios flagrantemente contrários aos fins perseguidos (*Evidenzkontrolle*) – até uma simples verificação da sua razoabilidade ou plausibilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) – a se investigar se o legislador realizou uma avaliação objetiva e justificável de todos os elementos de conhecimento disponíveis, bem como das consequências correlatas. Em suas variações, o modelo pode, ainda, empregar um escrutínio rigoroso (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*), em que se examina se o sacrifício de um interesse jurídico-constitucional fora devidamente justificado pela proteção de

outro interesse jurídico relevante, segundo o juízo de proporcionalidade estrita ou de ponderação, valendo-se das “avaliações e valorações fáticas” feitas pelo legislador.

No entanto, em outros contextos, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal usou padrões diferenciados ao avaliar previsões legislativas, com base no controle de evidências (Alemanha, 1979, p. 333).<sup>45</sup>

Em diversos extratos de jurisprudência do TCFA, a possibilidade de controle de constitucionalidade das prognoses legislativas, ainda que com limitações, é reiterada. Já se afirmou, por exemplo, que o Tribunal não está sujeito a qualquer restrição para verificar a exatidão ou a integridade das circunstâncias e dos fatos, atuais ou pretéritos, que embasaram uma prognose legislativa. O veredicto da inconstitucionalidade, segundo o TCFA, depende, no entanto, do fato de que a lei se baseie em uma determinação factual incorreta por parte da legislatura, de modo que nenhuma outra consideração relevante possa ser usada para justificá-la (Alemanha, 2002).

O Tribunal pode, na avaliação de fatos atuais ou pretéritos, analisar se o legislador realizou a melhor investigação possível ou se ele ignorou fatos relevantes. Nesse sentido, a demanda pela investigação mais “completa” pode razoavelmente se relacionar apenas a fatos importantes para a respectiva área regulatória (Alemanha, 2002). Ao legislador deve ser concedida, dentro de certos limites, a seletividade desses fatos.

Não se pode negar ao Tribunal espaço de apreciação, ainda que venha a cometer erros em suas previsões. Assim, o TCFA pode, respeitando determinados limites, ser autorizado a correr esse risco sem medo de uma avaliação constitucional negativa (Alemanha, 2002), mas, se as incertezas puderem ser eliminadas por meio de dados empíricos e normativos, não há margem de previsão insindicável (Alemanha, 2002). Como se viu no modelo de estágio da avaliação judicial, a margem de prognóstico só pode ser determinada em cada caso, levando-se em conta as particularidades

---

45 Cf. ALEMANHA, 1993b, 1997; MEßERSCHMIDT, 2016.

dos fatos e a dificuldade da previsão, segundo uma “visão geral” tanto relacionada ao sujeito quanto aos interesses a serem protegidos, não podendo negligenciar a extensão da objetividade e a racionalização das expectativas subjacentes à lei (Alemanha, 2002). Destaca-se ainda: os legisladores têm direito a uma prerrogativa de avaliação a esse respeito; no entanto, o controle de constitucionalidade não se limita a um mero controle de defensibilidade, isto é, de verificação limitada de adequação. A avaliação constitucional depende da justificativa objetiva da avaliação do legislador (Alemanha, 2014).

Equívocos provocados por fatores que poderiam ser controlados pelo legislador, como falta de tempo ou aconselhamento insuficiente, devem ser corrigidos, pois escapam da margem discricionária de previsão (Alemanha, 2002). De qualquer maneira, a prognose deve se basear em suposições factuais cuidadosamente determinadas, que, em qualquer caso, podem ser confirmadas no curso da revisão judicial (Alemanha, 2002).

O emprego desses processos e modelos nem sempre é muito coerente ou previsível. Não se sabe em qual modelo exatamente se enquadram muitas das decisões.<sup>46</sup> Vejam-se, por exemplo: a constitucionalidade da Lei de Assistência Geriátrica, com providências, vigor e execução (Alemanha, 2002); a inconstitucionalidade da Lei sobre Professor Júnior (Alemanha, 2004a); e a constitucionalidade de lei que estipulava cobrança de taxa sobre filmes (exibição, aluguel etc.) (Alemanha, 2014; Meßerschmidt, 2016, p. 224). A jurisprudência do TCFA deixa muitas perguntas sem respostas, além de apresentar contradições (Meßerschmidt, 2016, p. 218). Em geral, essas inconsistências ocorrem no âmbito do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) e dos princípios da igualdade e da não discriminação (*Willkürverbot*).

O Tribunal tem afirmado que o conteúdo e os limites do princípio da proporcionalidade não são abstratos e só podem ser determinados com base em fatos, cuja avaliação se modifica de acordo com as áreas de

---

46 Cf. ALEMANHA 2002, 2004b, 2014; MEßERSCHMIDT, 2016.

regulamentação afetadas em cada caso (Alemanha, 2011). A mesma ordem de ideia é aplicada ao princípio da igualdade (Meßerschmidt, 2016, p. 218).

As limitações institucionais para realizar uma “meta-avaliação” dos “fatos legislativos” e o princípio da separação dos poderes terminam por fazer com que o Tribunal reconheça um amplo espaço de conformação legislativa imune à fiscalização. A expressão “fatos legislativos” contempla causas e efeitos das questões sociais, culturais, econômicas e políticas que são considerados pela legislação. Desse modo, os “fatos legislativos” são premissas teóricas e/ou empíricas utilizadas pelo legislador na elaboração das leis. Eles incluem tanto os fatos históricos quanto os contemporâneos e os eventos futuros (Keeton, 1988).

Em princípio, as regulamentações econômicas, como as políticas fiscais, as legislações sobre o mercado de trabalho ou para promoção da justiça social, situam-se no juízo discricionário do legislador (Bickenbach, 2016, p. 248; Meßerschmidt, 2016, p. 224), mas não só. Também estão em seu âmbito leis sobre o aborto, o uso de *Cannabis sativa*, a engenharia genética, a energia nuclear e o incesto entre irmãos. Para justificar essa deferência, o Tribunal recorre à *Einschätzungsprärogative* (prerrogativa de avaliação), por tais temas envolverem incerteza epistêmica (Flückiger, 2016; Vermeule, 2006), por serem muito complexos e por dividirem opiniões de especialistas (Alemanha, 2008a, 2008b) ou por não comportarem uma discussão judicial, em virtude das limitações do tempo processual.<sup>47</sup>

No caso do aborto, afirmou-se que a revisão constitucional avalia se o legislador considerou suficientemente as peculiaridades da área regulada, as possibilidades de se fazer um julgamento correto – em especial sobre os desdobramentos futuros – e a importância dos interesses jurídicos em jogo, lidando com sua discricionariedade de maneira razoável (Alemanha, 1993a).

No caso da *Cannabis sativa*, a dúvida e estudos inconclusivos davam respaldo às prognoses legislativas: não se tinha ainda encerrado o debate

---

47 Cf. ALEMANHA, 2008a.

sobre qual seria a melhor política criminal para se conseguir uma redução no consumo de *Cannabis sativa*, se pelo efeito preventivo geral do Direito Penal ou por meio da liberação do uso. O conhecimento científico (incompleto) sobre o assunto tampouco permitia uma conclusão sólida (Alemanha, 1994).

Já no caso da engenharia genética, em vista de uma ampla controvérsia social e científica sobre o seu uso nas lavouras, particularmente quanto às relações causais e às consequências a longo prazo desse uso, os legisladores têm um dever particular de cuidado. E, ao legislar, o parlamentar deve considerar não apenas os interesses econômicos e a liberdade científica, mas também o direito à vida e à integridade física, bem como a ordem constitucional para proteger os fundamentos naturais da vida na perspectiva de uma responsabilidade pelas gerações futuras (Alemanha, 1994, 2010). Com base nessa obrigação, reconheceu-se a constitucionalidade de um conceito alargado de “organismo geneticamente modificado” (OGM); não se vislumbrou violação do direito de propriedade dos agricultores afetados – por terem de obter autorização para a colocação no mercado de produtos contaminados com os OGMs –, nem atentado à liberdade de ciência – pela imposição de certas restrições a sua manipulação –, nem se constituiu atentado ilegítimo ao direito básico à autodeterminação informacional e ao dever de comunicar à autoridade competente o cultivo ou liberação de OGM (Alemanha, 2010).

No caso da energia nuclear,

[...] em uma situação que é necessariamente repleta de incertezas, é responsabilidade política do legislador e do governo, principalmente, tomar as decisões que considerem apropriadas, dentro do escopo de suas respectivas competências. Nessa situação, não é tarefa dos tribunais substituir os órgãos políticos

designados para fazê-lo. Porque, a esse respeito, há uma falta de padrões jurídicos (Alemanha, 1978, [n. p.], tradução nossa).<sup>48</sup>

Por fim, no caso do incesto entre irmãos, a criminalização da prática foi considerada constitucional. O TCFA se baseou em estudos do Instituto Max Planck que demonstraram uma série de problemas psicológicos (redução da autoestima, individuação inibida, falha no ambiente de trabalho, insatisfação geral com a vida, fortes sentimentos de culpa etc.), embora os dados empíricos fossem considerados “não representativos”. O legislador também se baseou em considerações eugênicas e assumiu que o risco de dano hereditário não poderia ser descartado, devido à maior probabilidade de acúmulo de genes recessivos, descartando as objeções de falta de validade empírica desse raciocínio. Também foi levado em conta pelo Tribunal que a literatura médica e antropológica apontava para o risco particular de dano à herança. Enfim, concluiu-se que, no processo legislativo, esses aspectos tinham sido discutidos, tendo os legisladores enfatizado expressamente que não desejariam quebrar a tradição da proibição do incesto. Essa argumentação deu sustentação ao entendimento do Tribunal de que a lei penal era proporcional (Alemanha, 2008a).

A deferência é ainda verificada com o emprego das técnicas de declaração intermediária de inconstitucionalidade (Meßerschmidt, 2016, p. 229), quase sempre acompanhada de uma ordem de monitoramento (*Beobachtungspflicht*) – nos casos relacionados ao aborto e nos relacionados ao uso de *Cannabis sativa* (Alemanha, 1994, 2008a) – e de correção (*Nachbesserungspflicht*) – nos casos do julgamento universitário e da Universidade de Brandeburgo e nos relacionados ao aborto (Alemanha, 1973, 1993a, 2004a). Se for possível ver nesse expediente um instrumento de protelação para evitar conflitos interinstitucionais, deve-se ter em

---

48 “In einer notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe.”

conta que o descumprimento dos deveres impostos leva o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade.<sup>49</sup>

Como se pode notar, apenas excepcionalmente o Tribunal realiza um exame mais completo das bases empíricas que levaram a uma determinada opção legislativa. O controle mais rigoroso, em geral, ocorre quando há indicativos sérios de desvios de avaliação ou de erro manifesto de apreciação, embora predomine um grau elevado de discricionariedade dos juízes para definir quando tais indicativos ocorrem e, portanto, podem syndicar, de modo mais profundo, as razões e os elementos fáticos que levaram à aprovação da lei (Meßerschmidt, 2016).

Alguns casos servem melhor à compreensão do trabalho do Tribunal. Uma lei da Baviera condicionava a instalação de novas farmácias a uma autorização administrativa que deveria ter em conta o interesse público e o impacto econômico de novas unidades sobre as farmácias já instaladas. Com base nessa lei, o governo da Alta Baviera indeferiu o pedido para o estabelecimento de uma nova farmácia, argumentando que já havia uma unidade na cidade, então com 6 mil habitantes, o que seria suficiente para atender à demanda de medicamentos da população (Alemanha, 1958).

O assunto chegou ao Tribunal, que teve de enfrentar, entre outros assuntos, a questão de saber se poderia analisar os prognósticos feitos pelo legislador ao estabelecer as restrições à liberdade profissional. Tais restrições visavam impedir que o aumento ilimitado no número de farmácias gerasse uma competição predatória entre elas, implicando riscos à saúde pública. No entender do Primeiro Senado, infirmou-se a previsão de que a instalação de novas farmácias na região prejudicaria a saúde da população. Para tanto, o TCFA examinou a situação de outros países com o mesmo nível civilizatório da Alemanha e não identificou os problemas que deram base à decisão do legislador.

A liberdade de instalação na Suíça, por exemplo, não constituía qualquer ameaça à saúde pública. Também parecera equivocada ao Tribunal a

---

49 Cf. ALEMANHA, 1963, 1964, 1972, 1974, 1977, 1980, 1981, 1989a, 1993a, 1997; MEßERSCHMIDT, 2016.

suposição legislativa de que a liberdade de estabelecimento de farmácias levaria a uma multiplicação ilimitada de unidades, pois desconsiderava o cálculo mercadológico do empreendimento. Além disso, não lhe convencera o argumento de que a queda da renda dos farmacêuticos promoveria o descumprimento de seus deveres legais, pois, de acordo com o Tribunal, não se pode dizer, em geral, que o farmacêutico que trabalha sozinho não seja objetivamente capaz de exercer suas obrigações legais com consciência (Alemanha, 1958). Tampouco a possibilidade de o aumento da concorrência, com impacto na renda, acarretar alguma tentação de contornar regulamentações poderia justificar uma espécie de garantia de renda mínima aos profissionais, considerando que as violações de deveres profissionais nem sempre são o resultado de dificuldades econômicas e que casos desse tipo devem ser punidos individualmente (Alemanha, 1958). Finalmente, o alegado temor de que o aumento da quantidade de farmácias locais levaria necessariamente à maior procura de medicamentos decorreria de um erro de avaliação. No processo, a opinião dos *experts* mostrou outras razões que tenderiam a induzir mais o consumo de remédios do que o número de estabelecimentos em atividade (Alemanha, 1958).

No caso “Transexuais II”, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um artigo do Código Civil que negava aos transexuais menores de 25 anos a mudança do primeiro nome, o que era permitido aos mais velhos (Alemanha, 1993b). Entendeu-se que a diferença de tratamento se baseava em características pessoais e produzia um impacto significativo nos direitos da esfera pessoal, particularmente no direito à vida íntima e sexual, campo em que se deveria aplicar um escrutínio mais rigoroso na apreciação da prognose legislativa (Alemanha, 1993b).

O Tribunal, assim, identificou a inconstitucionalidade na suposição de que era necessária uma medida de prevenção para que as pessoas não realizassem uma escolha tão importante numa idade, a princípio, mais propensa a decisões precipitadas. Para o Tribunal, se essa suposição poderia ter alguma justificativa ao tempo da aprovação legislativa, ela já não mais subsistia. Dois especialistas ouvidos pelo Tribunal chegaram à conclusão de que, nessa faixa etária, existiria uma alta probabilidade

de a transexualidade ser definitiva (Alemanha, 1993b). A permissão que a lei dava ao transexual para mudança de nome tinha como objetivo proporcionar-lhe um período de experiência na nova identidade de gênero antes de decidir submeter-se ao procedimento médico tão grave (Alemanha, 1993b). Negar essa opção aos transexuais mais jovens poderia ser particularmente sensível, comprometendo o esforço de garantir-lhes uma vida que realmente corresponda aos seus sentimentos (Alemanha, 1993b).

Um último exemplo mostra a tendência mais frequente de o Tribunal, ao analisar os fatos legislativos, reconhecer o espaço discricionário do legislador para conformação normativa. Trata-se de um caso julgado em 1975, em que se debatia a legislação sobre moinhos e limites de moagem (“Mühlenstrukturgesetz”). O TCFA valeu-se das transcrições dos debates nas comissões parlamentares para concluir que a lei que interferia na liberdade profissional não resultara das pressões de grandes empresas, mas da perseguição do interesse geral; no caso, a política agrícola, social, industrial e de suprimentos alimentícios (Alemanha, 1975).

Em seu julgamento, o Tribunal aferiu os dados empíricos – e não apenas os que constaram nos registros parlamentares – que demonstravam a crise na indústria de moagem e a adequação das medidas adotadas pelo legislador. Esses elementos convenceram-no de que o legislador usara os meios de informação e conhecimento disponíveis à época da aprovação da lei para consecução de um fim constitucionalmente legítimo (Alemanha, 1975). Esse entendimento também foi exposto no caso da Lei de Participação (BVerfGE 50, 290) nos relatórios da comissão parlamentar e nas audiências públicas (Alemanha, 1979).

Segundo o Tribunal, a incerteza sobre os efeitos de uma lei não pode inibir a sua aprovação, mesmo que seja capaz de produzir grandes consequências. Toda previsão sobre essas consequências sempre contém um juízo de probabilidade, que, no entanto, deve ser devidamente fundamentado no processo legislativo. Se a previsão em si (e seus eventuais erros) pode escapar à fiscalização judicial, o juízo de probabilidade, não. A sindicabilidade da previsão se dá, na verdade, sobre o cálculo das probabilidades,

que leva em conta as informações disponíveis e o conhecimento sobre a matéria num ambiente participativo, sendo maior ou menor de acordo com vários fatores, mas, principalmente, com os interesses em jogo. Desse modo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal usou padrões diferenciados ao avaliar previsões legislativas em domínios distintos, com base no controle de evidências (Alemanha, 1979).

Para o TCFA, quando estiverem em discussão direitos como a vida e a liberdade individual, aumenta-se a exigência de previsibilidade ou até de presença de “certezas suficientes” (Alemanha, 1979). No âmbito da política econômica, no entanto, o controle é muito mais deferente ao legislador, pela suposição de que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha<sup>50</sup> (Alemanha, [1949] [s. d.]) dá a ele maior espaço de avaliação. Ainda assim, ele deve demonstrar que se baseou correta e suficientemente no conhecimento disponível à época em que a lei foi promulgada (Alemanha, 1975).

Se os estudos parlamentares forem suficientes para concluir que o Parlamento adotou uma política legislativa justificável, não será possível exigir que os resultados obtidos pela legislação sejam inteiramente precisos, uma vez que “erros no curso do desenvolvimento econômico devem ser aceitos” (Alemanha, 1975, [n. p.], tradução nossa).<sup>51</sup> Entretanto, como afirmou no caso da Lei de Participação (ou Codeterminação), “a avaliação associada dos efeitos da lei pode ser considerada justificável, mesmo que posteriormente mostre-se parcial ou totalmente equivocada”, hipótese em que “o legislador é obrigado a corrigi-la” (Alemanha, 1979, [n. p.], tradução nossa).<sup>52</sup> Isso porque, ao aprovar uma lei, a maioria parlamentar

---

50 A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, também conhecida como Lei Fundamental de Bonn, ou Lei Básica de Bonn, promulgada em 1949, foi inicialmente elaborada com o objetivo de ser uma lei provisória para a Alemanha Ocidental. Posteriormente, porém, após a queda do Muro de Berlin, tornou-se a constituição permanente da Alemanha reunificada.

51 *“Sofern er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel benutzt hat, müssen Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung in Kauf genommen werden.”*

52 *“[...] so ist die damit verbundene Beurteilung der Auswirkungen des Gesetzes als vertretbar anzusehen, mag sie sich später auch teilweise oder gänzlich als Irrtum erweisen, so daß der Gesetzgeber zur Korrektur verpflichtet ist.”*

assume a responsabilidade não apenas pelo resultado promulgado, mas também por sua justificativa (Alemanha, 1989b).

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal também não reconhece um dever de fundamentação dos atos legislativos (Alemanha, 1992), o que é acompanhado por parte da literatura constitucional (Geiger, 1979, p. 141; Meßerschmidt, 2016, p. 216-217; Waldhoff, 2016, p. 132). Certo é que a análise da jurisprudência da referida Corte revela diversas incursões nos fatos legislativos (Rose-Ackerman; Egidy; Fowkes, 2015, p. 19). Como destacado anteriormente, em um levantamento feito em sua jurisprudência, foram localizadas 208 menções a “fatos legislativos” entre 1950 e 1970, incluindo 75 referências expressas às prognoses realizadas pelo legislador (Philippi, 1971, p. 193).

O Tribunal elaborou, inclusive, uma metódica de aferição dos prognósticos legislativos, de acordo com a importância dos interesses jurídicos, partindo de uma mera verificação de erros evidentes (*Evidenzkontrolle*) a uma simples análise da sua razoabilidade ou da plausibilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) dos elementos de conhecimento disponíveis, até, enfim, a realização de um escrutínio rigoroso (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*) dos interesses em conflito, por meio do juízo de proporcionalidade em sentido estrito ou de ponderação, recorrendo a avaliações e ponderações empíricas que o legislador realizou ou deveria ter realizado (Alemanha, 1979).

A Corte afirmou que seu poder de controle da constitucionalidade das leis não estaria submetido a restrições para analisar a correção, integridade e completude dos elementos factuais que fundamentem a prognose legislativa (Alemanha, 1978, 1994, 2002, 2004a). Ao legislador deve ser deixado um amplo espaço de apreciação, ainda que cometa erros em suas previsões, pois lhe é autorizado a correr esse risco sem medo de uma avaliação constitucional negativa (Alemanha, 2002). Se, todavia, as incertezas puderem ser eliminadas por meio de investigações empírico-normativas, essa eliminação deve ser realizada, sob pena de censura de inconstitucionalidade (Alemanha, 2002). O emprego dessa

doutrina nem sempre é muito coerente ou previsível, deixando uma série de perguntas sem respostas (Meßerschmidt, 2016, p. 218).

## **Canadá**

A Suprema Corte do Canadá, embora sem muita constância, utiliza os debates parlamentares como argumento de validade das normas. Em “Sauvé v. Canada”, por exemplo, a Corte anulou a seção contenciosa da Lei Eleitoral, reconhecendo que os debates parlamentares teriam sido deficientes, oferecendo mais “fulminação que iluminação” (Canadá, 2002). A Corte canadense, porém, é tímida em suas incursões sobre as bases empíricas do processo legislativo, fazendo-o, quase sempre, no âmbito do “teste de Oakes”, que é a versão canadense do princípio da proporcionalidade (Choudhry, 2006; Petersen, 2011).

As incursões, em verdade, são feitas mais para confirmação dos juízos legislativos. As incertezas científicas, inclusive das ciências sociais, dão ampla margem de apreciação ao legislador. Em “Irwin Toy Ltd. v. Quebec”, a Corte julgou constitucional a lei de Quebec que proibia publicidade comercial direcionada a menores de 13 anos. Em sua análise, os juízes recorreram a um relatório da Federal Trade Commission (Comissão Federal de Comércio, em tradução livre) dos Estados Unidos, em que se constatou que as crianças menores de 6 anos eram incapazes de distinguir fato de ficção, sendo facilmente manipuladas pelas propagandas. A capacidade cognitiva de distinção se desenvolveria entre os 7 anos e a adolescência. Assim, 13 anos seria uma idade fronteiriça, mas, se o legislador fez “uma avaliação razoável” de em qual idade deveria ser traçada a linha dentro dessa faixa etária, especialmente se a avaliação envolvesse evidências científicas conflitantes, não caberia à Corte substituir sua opção (Canadá, 1989).

A regra da deferência admite exceções, aqui apresentadas em duplas para demonstrar as potencialidades da jurisprudência da Corte (Petersen, 2011). Em “RJR-MacDonald Inc. v. Canada”, o Tribunal declarou a

inconstitucionalidade da lei que estabelecia uma proibição total à publicidade ao tabaco (Canadá, 1995). Indagou-se se a prognose do legislador de que a publicidade ao tabaco realmente aumentava o consumo de cigarro era correta. Após uma ampla discussão sobre os tipos de publicidade e seus efeitos sobre o estilo de vida das pessoas, a Corte concluiu que o legislador não teria se desincumbido plenamente do ônus de provar que a política de vedação absoluta da publicidade promoveria o fim perseguido: a redução do consumo do cigarro (Canadá, 1995).

Conclusão muito semelhante pode ser encontrada em “Chaoulli v. Quebec”, em que se considerou desarrazoada a norma quebequense que proibia a existência de um sistema privado de seguro de saúde alternativo ao público (Canadá, 2005). A norma foi fundamentada no argumento de que a introdução de um sistema privado criaria um modelo concorrencial adverso e diminuiria a qualidade do sistema público, com prejuízo aos grupos sociais mais vulneráveis. A maioria do Tribunal considerou, contudo, que não havia provas suficientes da efetividade, mas mera “proposição de bom senso de que a melhoria dos serviços de saúde depende[ria] da exclusividade” (Canadá, 2005, [n. p.], tradução nossa).<sup>53</sup>

Os juízes deram exemplos de outras províncias canadenses e de países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), onde sistemas paralelos poderiam coexistir sem prejuízos para os serviços públicos de saúde, desde que o legislador adotasse medidas para evitar abusos (Canadá, 2005). São poucos os exemplos que, como foi dito, revelam as potencialidades do entendimento da Corte, embora seja demasiadamente prematuro afirmar que ela venha a adotar um exame de constitucionalidade baseado em evidências (Choudry, 2006; Petersen, 2011; Rivers, 2006).

A título de comparação, o Tribunal Constitucional da Colômbia é outro que considera relevante o debate parlamentar para o escrutínio de constitucionalidade das leis. Para esta Corte, o objetivo das normas constitucionais é de sempre potencializar a democracia, tornando o debate no

---

53 “*Their conclusions were based on the ‘common sense’ proposition that the improvement of health services depends on exclusivity.*”

Congresso colombiano amplo, transparente e racional (Colômbia, 2002). É inerente a este debate a exposição de ideias, critérios e conceitos diversos e até contrários, num ambiente de confrontação sério e respeitoso, assim como o exame das distintas possibilidades e a consideração coletiva bem-fundamentada das repercussões de um projeto de lei (Colômbia, 1997). A Constituição exige que tanto o debate quanto a votação sejam realizados corretamente, pois, do contrário, a lei resultante poderá não ser válida (Oliver-Lalana, 2019).

## Portugal

No Tribunal Constitucional português, o assunto é, vez por outra, levantado, embora quase sempre no âmbito da aplicação do princípio da proporcionalidade e com atenção especial a um amplo poder de avaliação legislativa. Para não nos alongarmos muito, tomemos os acórdãos firmados sobre as medidas de austeridade que o país adotou após a crise de 2008, durante o período de vigência do chamado Programa de Ajustamento Econômico e Financeiro (Paef).

Em breve síntese, no Acórdão nº 396/2011, o Tribunal julgou constitucionais as reduções remuneratórias de servidores públicos. Tais reduções apoiavam-se “numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador” (Portugal, 2011, p. 41104). Em sua fundamentação, o Tribunal entendeu que, por força de compromissos, com instâncias europeias e internacionais, de redução do déficit fiscal a curto prazo, “só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável” (Portugal, 2011, p. 41104). Também considerou que, por não haver

[...] razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente,

de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental (Portugal, 2011, p. 41104).

Não haveria atentado à igualdade, pois

[...] quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual (Portugal, 2011, p. 41104).

O grau de deferência foi diminuindo com o passar do tempo. No Acórdão nº 353/2012, discutia-se a revogação de duas prestações mensais (os subsídios de férias e de Natal) aos pensionistas e reformados cuja pensão fosse superior a € 1.100,00, e redução parcelar dessas prestações aos que auferissem pensões superiores a € 600,00 no orçamento para 2012 (Portugal, 2012a). Aqui, entendeu-se que as medidas eram inconstitucionais por violação do princípio da igualdade. O Tribunal começa por reconhecer a gravíssima situação econômico-financeira pela qual passava o país e a necessidade de cumprimento das metas do déficit público estabelecidas junto a organismos transnacionais para garantir a manutenção do financiamento do Estado (Portugal, 2012a). A Corte afirma, entretanto, que “tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada” (Portugal, 2012a, [n. p.]).

Vejam-se as observações feitas pela juíza Maria Lúcia Amaral em declaração de voto, a demonstrar o grau de incerteza epistêmica na avaliação dos elementos empíricos:

A maioria entendeu que, por razões de evidência, era certa a existência dessas medidas alternativas quando analisado o problema sob o ponto de vista do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. A medida ablatória de parte dos

rendimentos dos trabalhadores do setor público e dos pensionistas e reformados foi julgada inconstitucional por violação deste princípio, por se entender que a *intensidade do sacrifício*, que por via dessa medida, por razões de interesse público, se impunha apenas a alguns, era tal que exigia a sua universal repartição por todos. Discordei, por estar convicta de que não dispunha aqui o Tribunal de nenhuma *evidência* que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados por estas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente os trabalhadores do setor privado) com a conjuntura económica existente. Assim sendo, foi também minha convicção que não estava a justiça constitucional epistemicamente apetrechada para invalidar, neste caso, a decisão tomada pelo legislador. Foi por isso que me pronunciei pelo juízo da não inconstitucionalidade (Portugal, 2012a, [n. p.], grifos do autor).

O princípio da igualdade tinha sido ferido (Portugal, 2013a). Assim, a mesma linha argumentativa foi aplicada para considerar inconstitucional a redução de 90% de uma prestação mensal (subsídio de férias) e a redução parcelar nos mesmos patamares anteriores para o orçamento de 2013, bem como a redução de 10% e a alteração do método de cálculo com consequências equivalentes nas pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentação (CGA), para entrar em vigor no orçamento de 2014 (Portugal, 2013b). Porém, neste último caso com um agravante: o ônus recaía apenas em uma parte do sistema público de pensões (do regime previdencial da CGA), e não sobre o sistema público de pensões ou sobre o Estado, o que, além de atentar contra a igualdade na lógica da “sustentabilidade do sistema”, violava a proteção da confiança desses pensionistas.

Com efeito, o questionamento dos direitos à pensão já constituídos na ótica da sustentabilidade do sistema público de pensões *no seu todo* e da justiça intergeracional não se opõe à redução das pensões. Tais interesses públicos poderão justificar uma revisão dos valores de pensões já atribuídas, visto que se connexionam com a alteração de circunstâncias – demográficas, económicas e financeiras – que transcendem as diferenças de

regime entre os dois sistemas públicos de pensões existentes. Mas, também por isso, os critérios de revisão a observar terão de efetivamente visar recolocar num plano de igualdade todos os beneficiários dos dois sistemas, só desse modo se assegurando o respeito pela justiça intrageracional. Nessas circunstâncias, será o sistema e seus valores, designadamente a garantia da sua sustentabilidade e a sua equidade interna, a conferir sentido aos sacrifícios impostos aos respetivos beneficiários, desse modo justificando-os e legitimando-os à luz do princípio da tutela da confiança (Portugal, 2013a, [n. p.], grifos do autor).

Considerou-se, ainda, que a reversibilidade da medida era dependente da evolução favorável de variáveis macroeconômicas relacionadas com o aumento da capacidade de financiamento do déficit estrutural do sistema de pensões, o que lhe dava um caráter provisório de indefinição. Era determinado que o legislador teria “margem de manobra para delinear o conteúdo concreto ou final do direito à pensão”, mas deveriam ser respeitados os limites constitucionais pertinentes (Portugal, 2013a, [n. p.]). O Tribunal revolveu, então, as bases de fundamento legislativo apresentadas, considerando a medida legislativa “assistêmica” e dúbia:

Por um lado, a “Exposição de Motivos” justifica-a como sendo uma medida que pretende contribuir para a reforma do sistema; por outro lado, as normas questionadas auto-intitulam-se *temporárias*, e são acompanhadas de medidas que, independentemente de serem ou não alcançáveis, visam a sua *vigência transitória* (Portugal, 2013a, [n. p.], grifos do autor).

Sem embargo, a Corte não declarou atentatória à Constituição a instituição de uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES) para aquele exercício. Na operação de proporcionalidade, considerou-a o meio adequado à promoção do interesse público de redução do déficit fiscal. Assim, também se cuidava de meio necessário ou exigível, por não existirem outros, a princípio, tão idôneos ou eficazes que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas. Escreveu o Tribunal:

[...] não se vislumbra, num critério necessariamente de evidência, a existência de alternativas que, mantendo uma coerência com o sistema no qual estas medidas se situam, com igual intensidade de realização do fim do interesse público, lesassem em menor grau os titulares das posições jurídicas afetadas (Portugal, 2013b, p. 85-86).

Tampouco, a medida lhe pareceu “desproporcionada ou excessiva”, em vista de seu caráter excepcional e transitório, além do “patente esforço em graduar a medida do sacrifício que é exigido aos particulares em função do nível de rendimentos auferidos” (Portugal, 2013b, p. 86).

Parte da literatura mostra-se crítica a esse conjunto de decisões do Tribunal, a julgar que houve um rebaixamento do direito à pensão, de fundamental a meramente legal, “[...] o Tribunal Constitucional assenta [...] na surpreendente afirmação de que o direito à segurança social protege o direito a receber uma pensão, mas não o direito a receber um certo *quantum*” (Novais, 2014, p. 76). Um último caso, agora no âmbito da política criminal, deve ser aqui lembrado. Em 2012, o Tribunal considerou inconstitucional o tipo penal do crime de “enriquecimento ilícito” instituído pelo Parlamento. Embora tenha feito incursões no Direito Comparado e nos elementos justificadores da norma, a Corte concluiu que não havia um bem jurídico claramente definido a ser penalmente tutelado, como era exigência de decisões anteriores do Tribunal. Agora, “Pune-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido” (Portugal, 2012b, [n. p.]). O tipo penal era aberto demais, a ponto de não se discernir qual a conduta incriminada. Além do mais, presumia a origem ilícita da incompatibilidade de patrimônio e rendimento “em manifesta violação do princípio da presunção de inocência” (Portugal, 2012b, [n. p.]). O tema voltou a debate em 2015, com o tipo penal do “enriquecimento injustificado”, mas, novamente, as justificativas do legislador não foram suficientes para superar os obstáculos constitucionais apresentados no julgamento anterior (Portugal, 2015).

Tome-se, por primeiro, o julgamento pela Suprema Corte de Israel sobre o direito a viver com dignidade, assegurado por políticas públicas que a

todos garantiam um mínimo de subsistência (Israel, 2005). Havia indícios de que o legislador não promovera um juízo de evidência para reformar a legislação social, mas os requerentes saíram frustrados em sua demanda, porque, segundo a Corte, não haviam demonstrado que os benefícios foram rebaixados a ponto de afetar o direito de subsistência.