

A verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro

João Guilherme Gualberto Torres¹

Resumo: No paradigma do Estado Democrático Constitucional, é possível perceber sensíveis implicações na jurisdição constitucional, nela compreendido o controle de constitucionalidade. Destaca-se a verificação de fatos e prognoses legislativos como forma de investigar a validade do produto advindo do órgão legiferante e perquirir sua responsabilidade (*accountability*) na edição de documentos normativos. A análise pelo Órgão Judiciário leva em conta se o Órgão Legislativo tinha, à época do processo legislativo, dados suficientes para a prática desses referidos atos, ou se lhe era possível prever as consequências deles advindos. No exame da margem de ação do legislador, através de técnicas extraídas das ciências sociais, a deficiente análise, por este, dos fatos pretéritos, presentes ou futuros, com conseqüente prejuízo dos direitos fundamentais do indivíduo e/ou da coletividade, acoima de inconstitucional a lei ou o ato normativo. Para tanto, são necessárias, ainda, técnicas de recrudescimento da participação popular, como forma de promoção da democracia, entre as quais a admissão de *amici curiae*, enaltecida pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, e a realização de audiências públicas.

Palavras-chave: Estado Democrático Constitucional; Processo constitucional; Jurisdição Constitucional; Controle de constitucionalidade; Fatos e prognoses legislativos.

Introdução

O estudo da temática apresentada² exsurge da relativa incompreensão no Brasil da verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro, sendo poucos os autores a tratar do tema (MENDES, 1999b, p. 11; STRECK, 2014b, p. 704), conquanto a existência de decisões do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012) que realizam, sem muito rigor técnico-racional, essa aferição.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

² O presente trabalho é parte integrante da dissertação, sob orientação do Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux, em desenvolvimento perante o Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, inserindo-se na Linha de Pesquisa "Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais".

A experiência alienígena no tratamento da verificação de fatos e prognoses legislativos parece não ter sido ainda muito bem incorporada em solo tupiniquim, nada obstante críticas existentes inclusive no cenário internacional ao modo como as Cortes Constitucionais vêm lidando com a matéria sem realizar o necessário questionamento sobre a possibilidade desse exame (BRITO, 2013, p. 14)

Deduzem-se, a partir disso, dois subproblemas, os quais se assentam, em primeiro lugar, na possibilidade, ou não, da verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade, particularmente, naquele desenvolvido no Brasil, e, em segundo, a exigência, ou não, de fixação de critérios, e quais, para a mencionada verificação.

Para responder a essas indagações, explora-se a matriz hermenêutico-filosófica, assumida, nesse trabalho, como marco teórico, ao lado da consolidação do paradigma do Estado Democrático Constitucional, a permitir uma revisão bibliográfica e pesquisa documental, com abordagem qualitativo-exploratória, para, então, sustentar-se, racionalmente, a (im)possibilidade de verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade.

O atingimento do Estado Democrático Constitucional (BARROSO, 2006; HERMES, 2017, p. 72), a par da limitação ao arbítrio estatal, revela a primazia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, apresentando-se como um *plus normativo* (STRECK; MORAIS, 2003, p. 94) em relação às formulações predecessoras de Estado Liberal e de Estado Social (BONAVIDES, 1972). Nesse paradigma, referidos direitos fundamentais exercem papel contramajoritário, submetendo atos normativos, emanados dos poderes públicos, à Constituição e, de conseguinte, ao controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado.

Note-se bem que a Constituição, sobretudo ao incorporar as conquistas emancipatórias no catálogo de direitos fundamentais, em que pese a manutenção de promessas civilizatórias não cumpridas, constitui remédio contra maiorias. E, em busca da preservação dessas garantias deferidas às minorias, quando se levantam maiorias tendes a abolir direitos conquistados por aquelas, faz-se necessária a Jurisdição Constitucional, a qual, controla os atos emanados do Órgão Legislativo, e, portanto, da maioria (princípio majoritário), a fim de frear os avanços de uns sobre os outros.

Desponta, desse modo, a Corte Constitucional, a qual, por meio da Jurisdição Constitucional, fiscaliza os atos emanados do Órgão Legislativo, sob o parâmetro de validade erigido, a saber, a Carta Constitucional (STRECK, 2012), reputando-os, se for o caso, inválidos, e expulsando-os do ordenamento jurídico (STRECK, 2014b).

É por meio do argumento da rigidez constitucional que se pode inferir que a Constituição é alçada a patamar hierárquico elevado, a ponto de servir como parâmetro para o controle de atos que lhe são inferiores (RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, 1983, p. 1.530). A manutenção de leis ou atos normativos no ordenamento jurídico, aprovados por procedimento e quórum simples, em detrimento de normas constitucionais, que exigem para sua alteração procedimento e quórum qualificados, alteraria impunemente o texto constitucional, e, em

última análise, impediria que este servisse de parâmetro constitucional (JEVEAUX, 2015, p. 211), ao se igualar às demais normas.³

A partir dessa constatação, faz-se necessário um órgão de controle que possa aferir a quebra da relação causal de inferência quando houver violação do parâmetro constitucional, impedindo a permanência de incompatibilidades no ordenamento jurídico (KELSEN, 2001), ou, ainda, para repulsar os desvios legislativos na elaboração de documentos normativos, em razão da insuficiência de análise da realidade fática ou no estabelecimento de prognoses.

No Brasil, é com a Constituição de 1988, que se descortina o paradigma do Estado Democrático Constitucional, sobretudo face à dimensão da Jurisdição Constitucional, recrudescida a partir da ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (BINENBOJM, 2001, p. 153; MARTINS; MENDES, 2009, p. 42 ss), a alteração na função a ser desempenhada pelo Ministério Público e, mormente, em razão do giro "ontológico" operado no Texto Magno (REALE, 1989), conferindo primazia aos direitos e garantias fundamentais.

Doutra banda, decorre do Constitucionalismo compromissório e dirigente (CANOTILHO, 2001, p. 11-12; COUTINHO, 2003), a compreensão de que o intérprete está imerso num contexto compartilhado de sentido (a Constituição), sendo-lhe permitido afastar a aplicação da norma jurídica, democraticamente construída, apenas quando diante da quebra da relação causal de inferência (STRECK, 2010, p. 164).⁴

Imperioso, ademais, identificar o marco teórico do qual se parte para engendramento do estudo. Desse modo, aportando-se na filosofia da linguagem, os sentidos não estão à livre disposição do intérprete, senão que este atribui sentido a partir do paradigma no qual está inserido (MOUSSALLEM, 2006, p. 27-28).

Em face de qualquer texto, a tarefa não será a de introduzir, direta e acriticamente, os próprios hábitos linguísticos, mas o que se exigirá será simplesmente a abertura à opinião do outro, notadamente a sociedade aberta de intérpretes, que compõem, ao lado da Corte Constitucional sujeitos participantes na compreensão de normas jurídicas, ou à do texto.

Entra em cena, pois, a noção de alteridade no texto, de modo que aquele que deseja compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Texto, desse modo, é evento.

A consciência formada hermeneuticamente tem que possibilitar a receptividade da alteridade do texto. É preciso, pois, deixar que, em primeiro lugar, o texto diga algo por se mesmo; deixar que o texto se apresente ao intérprete (LARENZ, 1997, p. 441). A compreensão somente ocorre a partir dos pré-conceitos do intérprete, que são muito mais que meros juízos

³ O argumento já se encontrava demonstrado, embora sem maior acuidade técnica no texto *O Federalista* (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 457-463).

⁴ São seis as hipóteses nas quais o Órgão Judiciário está autorizado a deixar a norma jurídica afastar a norma jurídica: a) quando inconstitucional, por meio de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando a regra contrariar o princípio, caso em que a regra cederá em face do princípio. (STRECK, 2012, p. 605-606). Para uma crítica à sexta hipótese, cf. ZANETI JR., 2017, p. 141.

individuais, mas a realidade do ser. Tais preconceitos não são arbitrários, pois a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ela se inicia, não são arbitrárias.

Trazendo os influxos da hermenêutica na filosofia para a Ciência Jurídica, têm-se a afirmação de que não existe um ponto arquimediano que possibilite ao intérprete se aproximar das questões jurídicas despido de sua estrutura de pré-conceitos. Todavia, cabe a ele, intérprete, no momento em que realiza um projeto interpretativo, suspender seus pré-conceitos em direção ao sentido projetado “objetivamente” pelo texto. O intérprete que se desprende do texto impondo-lhe a sua pré-concepção — ou a sua consciência — realiza um assassinato do texto e da pretensão de toda hermenêutica que é a correta interpretação.

Somente assim torna-se possível (1) a preservação da autonomia do direito; (2) o controle da interpretação judicial (limites à decisão); (3) o respeito à integridade e à coerência do direito; (4) o estabelecimento da fundamentação da decisão como dever fundante; (5) a garantia da causa julgada a partir da Constituição, com condições de aferir se a resposta está ou não adequada constitucionalmente (avançando, com Dworkin, é possível admitir uma resposta correta desde que (a) surja do caso concreto e (b) seja constitucionalmente adequada). (STRECK, 2014a).

Daí porquanto decorre do modelo de Estado Democrático Constitucional inteligido como premissa fundante, sustentar, ao lado da importância dos limites semânticos da Constituição, o controle de validade das leis em conformidade com esta. E, em havendo motivos constitucionalmente suficientes que permitam ao intérprete questionar a validade do ato legislativo (documento normativo) porque incondizente com o parâmetro de validade, é dado ao julgador, e, sobretudo, à Corte Constitucional, assomar-se dessa responsabilidade e acoimar de írrito o produto advindo do Órgão Legislativo.

Por fim, a democratização do controle de constitucionalidade perpassa a superação do entendimento de um processo constitucional dito objetivo, no qual somente se afere a contradição entre o objeto e o parâmetro, para admitir a análise de fatos, possibilitada com participação de uma “sociedade aberta de intérpretes” (HÄBERLE, 2002; ABOUD, 2016, p. 119-120), que auxiliarão na construção da decisão, à medida que se observa a admissão de *amici curiae*, que ganha vigor com o advento da Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil), e a realização de audiências públicas, mas que já vinham sendo motivadas desde a edição das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 (BINENBOJM, 2001, p. 160).

A verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro

“Fatos legislativos” são circunstâncias analisadas pelo Órgão Legislativo antes da elaboração de um projeto de ato normativo, entendendo-se como tal todo e qualquer “fato real” (*realer Sachverhalt*) que tenha relevo para aplicação de uma norma e, portanto, em sentido mais amplo do que aquele conferido à “questão de fato” processual. Os fatos legislativos dividem-

se em (a) fatos históricos (*historische Tatsache*), (b) fatos atuais (*gegenwärtige Tatsachen*) e (c) eventos futuros (*zukünftige Tatsachen*), estes compreendidos como "prognose". "Prognose", do latim *pro* (que vem antes) + *gnosis* (conhecimento), significa "conhecimento antecipado", "conhecimento prévio", "conjectura", "suposição de algo que pode ocorrer no futuro".

A prognose, enquanto fundamento para o controle de constitucionalidade dos atos normativos, permite, ao lado dos fatos legislativos, aferir a consentaneidade entre o produto legislado e o substrato fático ao qual se destina ou os efeitos que do ato normativo se podia esperar, visando a dar maior coerência e integridade ao ordenamento jurídico, a nível legislativo, e ensejando a abertura democrática de discussão e de apresentação da implicação do novel estatuto. "Prognose", por isso mesmo, seriam as razões e os motivos para aprovação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda à Constituição, incumbindo ao Tribunal Constitucional verificar o grau de probabilidade de que o evento futuro venha a ocorrer.

O termo "prognose", contudo, conduz a uma ambiguidade que tem de ser superada. É preciso destacar que há distinção entre a indeterminação resultante da "incerteza condicionada pela linguagem" daquela decorrente da "incerteza da avaliação da situação concreta", do que advêm os conceitos indeterminados de prognose. Além de um terceiro significado de se tratar da prognose legislativa no momento da elaboração do documento normativo (AFFONSO, 2015).

Não se confunde, portanto, a ausência ou a falha de prognose do legislador na elaboração do documento normativo com aquela margem de livre decisão atribuída, conscientemente, pelo legislador ao administrador público, para que este preencha o sentido dos conceitos indeterminados mediante um juízo de prognose, ou ainda com a incerteza da linguagem no produto legislado.

Assim, conceitos indeterminados de prognose compreendem conceitos cuja complementação de sentido demandaria uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante juízo de aptidão formulado em razão do futuro-juízo de prognose. E, nesse caso, a margem de livre decisão, resultante das incertezas da avaliação da situação concreta, atribuída ao administrador, é insindicável pelo Órgão Judiciário. De outro lado, a incerteza condicionada pela imprecisão linguística é justificável (CANOTILHO, 2003, p. 1.317; SCHMIDT apud AFFONSO, 2015).

O Tribunal Constitucional, quando ultimado a se manifestar sobre determinado ato normativo em vista da prognose realizada pelo legislador e dos fatos levados por este em consideração, deve, primeiro, perquirir as circunstâncias acerca da formação do prognóstico, isto é, o grau de probabilidade de ocorrência futura. Em seguida, avaliar a base de prognóstico, ou seja, se o legislador tomou corretamente e em plenitude as circunstâncias para elaboração da avaliação prospectiva (fatos, dados, princípios, probabilidades etc). Num terceiro momento, investiga-se o procedimento da prognose, é dizer, se o legislador observou as normas de procedimento, se levou em consideração elementos alheios à prognose (se plausível, fundamentada, racional). Por fim, o resultado da prognose, o juízo futuro em sentido estrito, que poderá acoimar o ato normativo de inconstitucionalidade (AFFONSO, 2015, p. 102).

Comum, nesse aspecto, a referência ao célebre *Caso Brandeis Brief* (Caso Müller vs. Oregon – 1908) (BINENBOJM, 2001, p. 160), em que o advogado Louis D. Brandeis apresentou à Suprema Corte dos Estados Unidos memorial no qual dedicava duas páginas às questões jurídicas e cerca de uma centena aos efeitos (reais), sobre a mulher, da longa duração da jornada de trabalho, permitindo, com isso, “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” (MENDES, 1999b, p. 20).

As “leis de conveniência”, que partem da mera liberalidade do legislador, sem qualquer vinculação à Constituição ou ao contexto social e que, por vezes, violam direitos e garantias fundamentais, sem qualquer senso futuro de responsabilidade, devem, à luz dessas razões, ser afetadas ao controle de constitucionalidade e inquinadas de inconstitucionais. E é, precisamente, nesse sentido, que o exame da inconstitucionalidade pode demandar a comparação não apenas entre normas, mas também entre fatos e a Constituição (TAVARES, 2012, p. 219). Por outras palavras, é possível a realização do controle dos atos emanados do Órgão Legislativo quando este extravasa inadvertidamente a margem de ação estrutural ou epistêmica (JEVEAUX, 2015, p. 139-141).

Justifica-se, desse modo, a possibilidade de inconstitucionalidade por falta de prognose legislativa ou decorrente da não ou má verificação dos fatos legislativos considerados para elaboração da lei ou do ato normativo, em especial, em casos de ameaça ao interesse público, em virtude da irrelevância dos efeitos do ato legislativo ou em caso de desproporcionalidade nos resultados.

Há, todavia, limites funcionais à jurisdição constitucional (princípio da não-controlabilidade do âmbito da prognose legislativa) quando se tratar de espaço de livre conformação do legislador, o que não significa afirmar que juízos legislativos de prognoses possam contrariar imposições constitucionais (CANOTILHO, 2003, 1.316), tampouco violar direitos fundamentais (proibição de excesso, proibição de proteção deficiente, vedação ao retrocesso).

Espera-se que o legislador, comprometido com seu dever de assegurar os direitos fundamentais e promover a igualdade, realize a inovação ou a reforma legislativa atento aos fatos circundantes e antevendo possíveis efeitos do ato emanado, sob pena de correção pelo Órgão Judiciário (STRECK, 2014b, p. 708; AFFONSO, 2015, p. 104).

Reconheça-se, por isso mesmo, a existência de níveis de intensidade no plano do controle de constitucionalidade e que podem afiançar o desempenho da jurisdição constitucional, tais como (a) o controle de evidência (*Evidenzkontrolle*), isto é, reconhecimento de ampla margem de avaliação, valoração e conformação do legislador quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador forem visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico, sem que ocorra redução das liberdades individuais.

Ao lado dessa forma de controle, (b) o controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitkontrolle*), consistente na verificação de se a decisão legislativa foi tomada

após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei e a realização de prognósticos pelo legislador sobre as consequências da aplicação da norma; bem como (c) o controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*), aplicável às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual (note-se o caso do direito penal e processual penal), devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância. Nesse último caso, o Tribunal adentra ao próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador. (MARTINS; MENDES, 2009, p. 315-325 *passim*)

A confirmação, ou não, da prognose legislativa, perpassa, contudo, a abertura de um canal de comunicação entre os mais diversos segmentos sociais, que possam se manifestar perante a jurisdição constitucional, auxiliando esta no desempenho de sua função precípua de guardar a Constituição, preservando sua força normativa, exercer a função contramajoritária na defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, em proteção às minorias, e provocar a correção do produto legislado que esteja eivado de vícios, incondizentes com o texto maior.

A manifestação popular, entre outras medidas, pela admissão da participação dos *amici curiae* no julgamento de ações diretas de (in)constitucionalidade, é exemplo desse flanco democrático que encontra seu nascedouro na nova roupagem assumida pelo constitucionalismo. “A sociedade aberta de intérpretes” busca, com isso, “inserir os valores pluralistas da sociedade democrática como elementos da construção da jurisprudência do Tribunal Constitucional, mediante o maior acesso do cidadão a essa esfera de justiça” (ABBOUD, 2016, p. 119), o que não se traduz em reduzir o Órgão Judiciário a ratificador da vontade da maioria, contrariando as justificativas de sua existência, já antes expostas.

Nesse particular, Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 trouxeram importantes inovações no que tange à autorização ao relator de “requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão”, ou mesmo “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (Lei n. 9.868/99, art. 9º, §1º).

De se perceber, com isso, que já no ordenamento jurídico brasileiro, possível identificar o afastamento de um modelo de controle de constitucionalidade fixado apenas no contraste entre normas para admitir a comunicação entre fato e norma (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*) (MENDES, 2017, p. 1.278).

Igualmente, sensíveis alterações no Código de Processo Civil de 1973, provocadas pela Lei n. 11.418 nos arts. 543-A e 543-C e, mais recentemente, pela Lei n. 13.105 (Código de Processo Civil de 2015), pelo art. 138, estão a confirmar a hipótese de que, paulatinamente,

admite-se o ingresso de terceiros interessados na solução da controvérsia, do que o controle de constitucionalidade, mesmo em abstrato, não poderia ficar alijado.

Afigura-se essencial, no entanto, o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas, a fim de satisfazer um dos princípios estruturantes do Estado Democrático Constitucional, enquanto dever fundamental de todo e qualquer Órgão Judiciário.

Não se pode cogitar a substituição do voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz, com decisões "intuitivas" ou "solipsistas", as quais colocam em xeque a premissa sustentada inicialmente, bem como a própria legitimação do controle de constitucionalidade e, em última análise, da própria jurisdição constitucional. A não-adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases personificadas ou segundo a opinião do próprio julgador.

A Corte Alemã⁵ utiliza diversos procedimentos racionais para realização de prognósticos, que podem servir de inspiração para o Supremo Tribunal Federal no desempenho do mister que lhe incumbe quando diante da necessidade de verificação de fatos e prognoses legislativos.

Destacam-se (a) o processo-modelo (*Modellverfahren*), procedimento importado 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*), onde são perquiridas determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo; (c) processo de teste (*Testverfahren*), o qual propicia generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro; (d) processo de indagação (*Befragungsverfahren*), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo (MENDES, 2000).

Tem-se, com isso, que a aferição de fatos e prognoses legislativos é controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não controle do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque, para tanto, faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Não se trata de examinar como o legislativo examinou os fatos legislativos, mas o que, efetivamente, ele constatou (MENDES, 2000). O contrário seria vulnerar a separação dos poderes e desdizer o Estado Democrático Constitucional.

Conclusão

Através da verificação de fatos e prognoses legislativos, supera-se o mero contraste entre norma superior e norma inferior, urgindo a observação da realidade, mesmo em controle abstrato de constitucionalidade, de modo que o Tribunal Constitucional pode minimizar a

⁵ "Na Alemanha, a discussão acerca da exigência de prognose é antiga, podendo ser referido o caso da declaração de inconstitucionalidade da descriminalização do aborto e, mais recentemente, (*Leirsätze zum Urteil – des Ersten Senats von 9. Februar 2010 – BvL 1/09 – 1 BvL 3/09 – d1 BvL 4/09*), na temática do mínimo existencial, em que o Tribunal Constitucional referiu que o legislador incorreu em inconstitucionalidade porque não fez prognose (há um dever de o Legislativo demonstrar as razões pelas quais regulou ou não regulou e de que modo a matéria em foco). Também na decisão de 2012, sobre a mesma matéria, é possível vislumbrar uma cobrança de prognose (*Leirsätze zum Urteil – des Ersten Senats von 18. Juli 2012 -1 BvL 10/10 – 1 BvL 2/11*).” (STRECK, 2014b, p. 708)

insegurança e controlar a deficiência legislativa, o que não suprime a margem de liberdade do Órgão Legislativo.

A comunicação entre fato e norma, destarte, desponta como condição da própria interpretação constitucional, associada à participação democrática e, de conseguinte, legitimadora das decisões.

A adoção sem ressalva de fatos e prognoses legislativos poderia nulificar o próprio sentido de controle de constitucionalidade, vez que estaria petrificada a interpretação conferida pelo Órgão legiferante.

De outro modo, a negativa da Corte em examinar, tendo elementos disponíveis para tanto, corresponderia, ainda que de maneira inconsciente, a uma vinculação indesejável aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador, implicando o reconhecimento de uma renúncia ao controle efetivo da legitimidade das leis.

Faz-se necessário, contudo, perquirir técnicas racionais de exercício do controle de fatos e prognoses legislativos, a fim de que não se contrarie as premissas estabelecidas para sua autorização. A experiência alienígena pode em muito contribuir nesse sentido.

Referências

- ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AFFONSO, Flávia Martins. O conceito indeterminado de prognose e a Lei n. 12.411/2011. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Processo e jurisdição constitucional. Brasília: IDP, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Forense, n. 384, ano 102, p. 71-104, mar.-abr., 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 139-164.
- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conhecimento parcial e denegação, nesta parte, da ordem de habeas corpus. Habeas Corpus n. 96.759. José Evanildo Bezerra Almeida e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 fev. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 11 jun. 2012.
- BRITO, Davi Rodrigues. O controle judicial de leis por erros de prognoses segundo o consequencialismo de Neil MacCormick. Direito Público. Porto Alegre, IOB; IDP, ano 9, n. 49, p. 09-23, jan.-fev, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- _____. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Canotilho e a constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. Teorias do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.
- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). Sub Judice. Justiça e Sociedade, Coimbra: DocJuris, v. 20-21, p. 9-32, 2001.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868/99. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto brasileiro de Direito Constitucional, 1999a.
- _____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, vol. 766, ago. 1999b. Fascículo Cível, Primeira Seção, p. 11-28.
- _____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 8, jan. 2000.
- _____. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MOUSSALEM, Tárek Moisés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006.
- REALE, Miguel. Estrutura da constituição de 1988. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 175, p. 1-8, jan./mar., 1989.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, Jorge. Desviacion de poder y discrecionalidad del legislador. Revista de Administración Publica, ns. 100-102, enero-diciembre, p. 1527-1554, 1983.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Revista NEJ – Eletrônica, Vale do Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr. 2010.
- _____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.
- _____. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.