

## Opinião: A jurisdição constitucional e o perigo do



Há atualmente uma clara transformação da jurisdição

constitucional de um modelo normativista para um modelo cognitivista. A jurisdição constitucional não estaria mais estritamente ligada à tutela da consistência da ordem jurídica tomando a constituição como régua no sentido clássico de *paramount law*[1], mas possuiria um *modus operandi* metodológico distinto ao colocar em primeiro plano as consequências da decisão como argumento jurídico para fundamentá-la. Em outras palavras, a fonte primária do Direito passa da constituição para prognósticos das possíveis consequências da decisão.

Esse novo modelo cognitivista de jurisdição constitucional traz consigo alguns sérios problemas[2]. O primeiro deles se refere à necessidade da vinculação do aplicador do Direito à Constituição e à lei. Em decorrência da orientação para o futuro, na qual as consequências da decisão (localizada no futuro), que podem ou não ocorrer, tornam-se elas inevitavelmente as justificações e fundamentos primordiais para as próprias decisões (localizada no presente). O vínculo à Constituição e a precedentes passa a ser um vínculo secundário.

O modelo cognitivista da jurisdição constitucional também rompe com a tradição da *iura novit curia*[3], a qual modelou a função primária da jurisdição moderna. Nela há uma divisão do trabalho jurisdicional entre juiz e partes, no qual ao primeiro é atribuído a tarefa de ordenação dos elementos normativos da decisão, enquanto que, para as partes, cabe o levantamento dos elementos cognitivos, ou seja, os fatos. No novo modelo cognitivo porém, o juiz chamado por Richard Posner de juiz pragmático[4], na análise prognóstica das consequências da sua própria decisão, traz elementos fáticos — muitas vezes prognósticos — independente das partes, para a decisão. Nesse modelo cristaliza-se uma zona de indiferença entre *quaestio iuris* e *quaestio facti* ocorrendo recorrentemente a derivação de um direito de uma situação de fato.

O julgador no modelo cognitivista tende exercer um papel de "engenheiro social", e não mais o tradicional aplicador do Direito ou de curador de uma cadeia coerente de precedentes[5]. No controle de constitucionalidade brasileiro, a abertura para o modelo cognitivista de jurisdição constitucional foi institucionalizado especialmente pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99[6]. Modular efeitos significa nada mais nada menos que analisar os efeitos da própria decisão a partir de elementos prognósticos. Uma outra



externalidade desse modelo reside na falta de previsibilidade da decisão. Como elementos prognósticos sobre as consequências localizadas no futuro são variados e dependentes muitas vezes de um conhecimento que o jurista não detém — ou pressupõe deter, o aumento da variabilidade das possíveis decisões pode gerar uma disfuncionalidade do Direito. Se pensarmos em termos de Brasil, e não apenas adstrito a jurisdição constitucional, seria uma multiplicidade de "engenheiros sociais" pelo país moldando uma obra sem orientação de um conhecimento comum, que até então era conferido pelas leis e precedentes.

O consequentialismo, por sua vez, insere-se num horizonte histórico no qual mecanismos cognitivos tendem a imperar sobre mecanismos normativos. O aumento de complexidade social obriga o Direito a "aprender" com as demandas técnico-sociais e não mais simplesmente impor um padrão normativo rígido delineado resistente à aprendizagem[8]. Nesse sentido, o consequentialismo é inevitável[9]. Necessário, entretanto, é trazê-lo para dentro das exigências de fundamentação do Estado Democrático de Direito, modelando assim os limites do controle de constatações de fatos, dos elementos prognósticos e análise das consequências da decisão como parâmetros para o veredito[10]. Na Alemanha, a utilização de elementos prognósticos consequentialistas nas decisões do tribunal constitucional é uma prática recorrente desde a década setenta[11]. Nesse cenário, criou-se então um modelo chamado "modelo de margens de previsão escalonadas" (*Modell abgestufter Prognosenspielräume*) que visa conferir contornos mais claros à inserção de elementos prognósticos na decisão[12].

Esse modelo divide-se basicamente em dois momentos: no primeiro, o tribunal concede ao legislador uma prerrogativa de prognose (*Einschätzungsspielraum*) visto que o processo legislativo em si, além de legitimado democraticamente, absorve conhecimento setorial-técnico durante seu tramite. Num segundo momento, caso numa oportunidade posterior a avaliação dos efeitos da lei pelo legislador revele-se parcialmente ou totalmente equivocada, estabelece-se o dever de observação e correção (*Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht*)[13]. Esse modelo tem sido usado em diversas decisões do tribunal constitucional alemão[14].

No Brasil a ADI 5.991, pautada para o dia 20 de fevereiro de 2020, será um bom teste para o modelo cognitivista de jurisdição constitucional em especial para os limites do consequentialismo. Nesta discute-se a possibilidade de se prorrogar antecipadamente contratos de concessão ferroviária questionando os moldes conferidos pelos artigo 6º, parágrafo 2º, inciso II; (ii) artigo 25, parágrafos 3º a 5º; e (iii) artigo 25, parágrafo 1º, e artigo 30, parágrafo 2º, da Lei 13.448/2017. De acordo com o pedido formulado pelo *parquet*, as novas regras aprovadas pelo legislador para a renovação antecipada seriam mais brandas que as presentes nos contratos originais. Isso esvaziaria a obrigação de prestação de serviço adequado preconizando o interesse particular em detrimento do interesse público além de ofender os princípios da impessoalidade e, paralelamente, da moralidade[15]. A inconstitucionalidade não residiria numa restrição a um direito fundamental concreto, também não estaria ligada ao excesso de poder do Legislativo, nem a superveniência da alteração de relações fáticas e nem a um processo de inconstitucionalização, mas em elementos prognósticos (situados assim no futuro) de possíveis efeitos negativos decorrentes da aplicação dos dispositivos mencionados.

A prorrogação antecipada é uma das subespécies de prorrogação por interesse público prevista no artigo 175 parágrafo único, I, da Constituição Federal de 1988. Ela vem sendo aplicada com fundamento numa rede de disposições e decisões regulatórias que compõem, já há alguns anos, o marco jurídico do

investimento na infraestrutura brasileira[16]. Aplicação deste marco regulatório vem garantindo que os contratos adequadamente cumpridos possam projetar suas expectativas a longo prazo — como faz-se necessário especialmente no setor ferroviário — viabilizando assim a continuidade do serviço, ao dispensar vários custos p.e. de análise de viabilidade econômica, preparação de proposta licitatória, honorários advocatícios, econômicos e contábeis e, em especial, mitigando a insegurança decorrente do possível vácuo na prestação do serviço, garantindo a continuidade do investimento bem sucedido.

O tipo de engenharia social de um consequencialismo abstrato gera acima de tudo um mistifório entre o papel da jurisdição constitucional no controle concentrado e o papel jurisdição ordinária. O Direito brasileiro dispõe de diversos institutos para correção do caminho administrativo-contratual como as ações anulatórias de atos administrativos, ações civis públicas por improbidade administrativa e violação à Lei 13.846/2013 (Lei Anticorrupção), em âmbito civil, além de possíveis ações penais em face dos gestores e agentes privados que forem responsáveis por malversação de recursos públicos. Possíveis futuros efeitos negativos podem ser corrigidos dentro do controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária, não necessitando da ativação do controle de constitucionalidade, muito menos em sede cautelar. Este deveria ser acionado, especialmente em âmbitos dinâmicos como infraestrutura que lidam com construção de uma cadeia complexa de expectativas formadas a longo prazo, somente quando um estoque de experiência concreta tiver sido acumulado, possibilitando ao controle abstrato exercer o papel de mediador e corretor do equivocado caminho tomado[17]. E esse não é o caso da ADI 5.991.

[1] "*Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the legislative repugnant to the constitution must be avoid.*" Em: Henry Steele Commager (Org.), *Documents of American History*, 7 edição, 1963, p. 193. Sobre o contexto histórico da passagem do direito de resistência à jurisdição constitucional no século XVIII ver Gerald Stourzh, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, 1974.

[2] Alguns deles elencados em Luis Fernando Schuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem* em: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

[3] Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, p. 116. Knut Wolfgang Nörr, *Iura novit curia: aber auch fremdes Recht?*, in: *Ratio decidendi: Guiding Principles of Judicial Decisions*, vol. II: "Foreign" Law, ed. S. Dauchy/W.H. Bryson/M.C. Mirow, 2010, p. 9.

[4] Richard Posner, *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*, São Paulo 2012, p. 381. Arthur Leff. *Economic analysis of law: some realism about nominalism*. Faculty Scholarship Series, paper 2820, New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1974. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3816&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3816&context=fss_papers).p. 457-458.

[5] Sobre o termo ver *Recommended Citation Peer Zumbansen, Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power. Law and Contemporary Problems* 76.2 (2013): 117-138, p. 124. Também Thomas Vesting, *Uma teoria do direito*, Sao Paulo 2016.

- 
- [6] Gilmar Mendes, Paulo Gounet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, Sao Paulo 2016, p. 1341ss.
- [7] Ver Gunther Teubner, Andreas Fischer-Lescano, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main 2006, p. 7.
- [8] Karl-Heinz Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlim 1992, p. 105 ss. Ino Augsberg, *Il faut être absolument postmoderne*, em: Ino Augsberg, Tobias Gostomzyk, Lars Viellechner, *Denken in Netzwerken*, Tübingen 2009. p.36 ss.
- [9] Mesmo Niklas Luhmann afirma que o consequencialismo é ao mesmo tempo impossível de ser feito mas ao mesmo tempo necessário. Ver Niklas Luhmann, *Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form*, em: Gunther Teubner (Org.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, p. 19 ss. Niklas Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main 1986, p. 30.
- [10] No Brasil sobre o consequencialismo de forma certa e clara ver Georges Abboud, *Processo constitucional brasileiro*, Sao Paulo 2019 p. 372 ss. Gilmar Mendes, *Controle de constitucionalidade: Hermeneutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas do órgão judicial*, em: Revista Jurídica Virtual, 2000, p. 7 ss. E para o direito tributário ver Tathiane dos Santos Piscitelli, *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo 2011. p. 28 ss.
- [11] Nesse sentido uma boa reconstrução da prática por Dieter Grimm, *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, em: Gunther Teubner (Org.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, p. 139 ss.
- [12] Schlaich, Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2012, notas marginais 530 – 538. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, 1998, p. 389 – 437.
- [13] Ver nesse sentido Ino Augsberg, Steffen Augsberg, *Prognostische Elemente in der Rechtsprechungen des Bundesverfassungsgericht*, em: VerwArch 2007, p. 290-316 p. 305 ss.
- [14] Sobre o assunto veja C. Mayer, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, 1996, p. 47 ss. E 149 ss. BVerfGE decisão de 26.10.2004, NVwZ 2005, 315 (317ss.) Nessa decisão o tribunal constitucional segue o dever de observação e aprimoramento do legislador „logo que surjam perigos para a liberdade científica, por exemplo, através do uso de critérios que não são apropriados à ciência.“ (Tradução livre RC). Também na Mitbestimmungsurteil de 1979 o tribunal assentou parâmetros para prova afirmando que a prova depende "von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter." BVerfGE 50, 290.
- [15] Nº 229/2018 – SFCONST/PGR Sistema Único 218.476/2018.



[16] Ver dispositivos como a Lei 12.783/13, Lei 12.815/13 e posteriormente a Lei 13.448/17, e das exposições de motivos que lhes deram origem EMI n.º 37/MME/MF/AGU (que acompanhou a MP 579/12), EMI n.º 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU (que acompanhou a MP 595/12) e EMI n.º 00306/2016 MP/MTPA (que acompanhou a MP 752/16).

[17] Fritz Ossenbühl, *Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in: Festaussgabe BVerfG I, p. 469. „(...) die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen des Gesetzgebers bei der Normenkontrolle zum essentiellen Bestandteil der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz gehört.“ Também nesse sentido, Gilmar Mendes *Controle de constitucionalidade: Hermeneutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas do órgão judicial*, em: Revista Jurídica Virtual, 2000, p.8 "(...) a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação deste fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal."