

Alexandre Flückiger

Traduzido do francês por Marilúcia Chamarelli

Revisão da Professora Fabiana de Menezes Soares

A OBRIGAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA AVALIAÇÃO LEGISLATIVA: UMA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS



I. A incerteza dos efeitos de uma lei sobre os direitos fundamentais

O juiz tem a obrigação de decidir os litígios que lhe são submetidos sob pena de denegação de justiça. Quando os fatos tratados são certos, estáveis, não evolutivos, esta obrigação é menos problemática do que quando o juiz é confrontado a prognósticos aleatórios e indeterminados em campos pouco seguros e em contínua transformação. Nesta última constelação, a priori, não se exclui que a evolução dos fatos possa levar, por vezes, a uma violação dos direitos fundamentais. Obrigado a julgar, não podendo postergar sua decisão indefinidamente, pode o juiz, em benefício da dúvida, simplesmente ignorar a incerteza da situação e se proibir de apor um veto à ação litigiosa ou deve, num espírito de precaução, se opor?

Confrontada a tal situação, em contextos tão diversos quanto a segurança de um novo tipo de instalação nuclear, os efeitos do consumo de maconha ou os impactos de uma nova regulamentação relativa ao aborto, a Corte Constitucional Federal alemã desenvolveu uma jurisprudência original no tocante ao controle da constitucionalidade das leis impondo ao legislador uma obrigação de vigilância e de correção legislativas (*Beobachtungspflicht*, *Korrektur-oder Nachbesserungspflicht*) quando subsistir qualquer incerteza relativa aos efeitos da lei sobre os direitos fundamentais. Em outras palavras, o juiz constitucional obriga o legislador a reunir e explorar sistematicamente os dados necessários a uma avaliação dos efeitos produzidos pela lei e corrigi-la em função desta avaliação¹.

O juiz não impede, portanto, a atividade ou o novo conceito legislativo, mas o sujeita ao respeito de condições formais. Mostraremos que o mesmo conceito foi aplicado regularmente no Direito suíço pelo Tribunal Federal.

II. A obrigação de vigilância e de correção legislativas: uma obrigação de avaliação da lei

A. A obrigação de vigilância legislativa

A obrigação de vigilância legislativa refere-se a “observar” a lei (Beobachtungspflicht) em sua execução e avaliar seus efeitos (CHOI, 2002, p. 69; KARPEN, 1989, p. 39). Trata-se, mais precisamente, de examinar a lei em sua implementação bem como os impactos causados por ela. O papel do parlamento em matéria legislativa não termina quando a lei é adotada e entra em vigor (GUSY, 1985, p. 291 ss; 294). O legislador deve, ao contrário, assegurar-se, ao longo da existência da lei, de reunir informações e fatos pertinentes que lhe permitam avaliar os efeitos do texto sobre a realidade e ressaltar as eventuais diferenças com os objetivos iniciais. Concretamente, a Corte de Karlsruhe solicita que sejam levados em conta os impactos incertos da lei sobre os direitos fundamentais, exigindo que os dados pertinentes sejam recolhidos, de forma sistemática, e apreciados visando avaliar o mais precisamente possível seus efeitos² para antecipar mudanças importantes o mais breve possível (CHOI, 2002, p. 74). A Corte forneceu, por vezes, indicações bastante precisas ao legislador sobre o tipo, a natureza e a qualidade das estatísticas a serem recolhidas com respeito à obrigação da vigilância legislativa. Assim, no acórdão sobre a interrupção da gravidez, ela pediu que fosse feito um levantamento do total de abortos em números absolutos, sua relação com a população global, o número de mulheres em idade de procriar, o número de gestações, as mortes fetais, os neonatos vivos e os abortos não ilícitos em função de diferentes bases legais³.

A fim de exercer sua obrigação de vigilância legislativa, o legislador deve, segundo a doutrina, recorrer à metodologia aplicada à avaliação legislativa retrospectiva e recolher os critérios empregados (CHOI, 2002, p. 74), mais precisamente, a eficácia (a lei atende os objetivos visados?), a efetividade (a lei é efetivamente seguida?) e a eficiência (a relação entre os custos e os benéficos da lei é razoável?) (MADER, 1985, p. 77 ss.).

O legislador dispõe, a esse respeito, de um certo prazo que lhe permite recolher os dados necessários (CHOI, 2002, p. 74). Não é preciso que o

controle seja feito de forma contínua. O legislador deve simplesmente assegurar-se, em intervalos regulares e de modo apropriado – por exemplo, por meio de relatórios do governo a serem submetidos, periodicamente, ao parlamento – de que a lei realmente produz os efeitos esperados ou de que ela não expõe, em seu estabelecimento, defeitos de ordem conceitual⁴. A Corte Constitucional alemã pôde, assim, admitir um atraso de dez anos para que houvesse tempo de recolher os dados relativos à eficácia das medidas de reembolso dos créditos concedidos às cooperativas de produção agrícolas na antiga República Democrática Alemã (transação de dívidas antigas)⁵. Findo este prazo, a legislação deverá ser examinada visando determinar se a natureza do caminho escolhido permite, ao final, atingir o objetivo desejado⁶. Caso contrário, a Corte estabelecerá um prazo “apropriado”⁷.

B. A obrigação da correção da lei

Quando a observação dos efeitos de uma lei demonstra que seus objetivos não poderão ser alcançados e que levarão a uma inconstitucionalidade, a Corte impõe uma obrigação de correção da lei (Nachbesserungspflicht, Korrekturpflicht, Anpassungspflicht, Verbesserungspflicht)⁸ que ela formula usualmente da seguinte forma: o legislador deve observar e, eventualmente, corrigir a lei⁹ Como consequência dessa jurisprudência, a obrigação de correção pressupõe, em princípio, uma vigilância preliminar. A doutrina, no entanto, divide-se entre duas questões: saber se a obrigação de vigilância é uma condição anterior à correção ou se é apenas uma simples etapa possível, pois, de qualquer forma, estas duas exigências não estão interligadas na jurisprudência (CHOI, 2002, p. 73). O elemento decisivo continua sendo a obrigação de correção que se impõe ao legislador em qualquer época. Uma vigilância prévia dos efeitos de execução da lei é, ao menos, indiretamente exigida no sentido de que contribui para determinar o momento exato a partir do qual a lei deve ser corrigida.

O legislador não deve proceder à correção sem prazo. O processo legislativo requer tempo. Exigir um processo acelerado seria uma requisição irrealista segundo a doutrina¹⁰ (MAYER, 1996, p. 179, p. 47). Deduz-se, da jurisprudência, que a correção deve ocorrer assim que possível: cabe ao legislador remediar a inconstitucionalidade da lei “sobald als möglich” [NdT: do alemão “assim que possível”] (TCF 88, 203, 309; 15, 337, 351). Uma vez que o legislador possui um certo prazo para proce-

der à observação dos efeitos de seus textos, como já demonstrado, não necessita, em princípio, corrigir a lei antes que tal prazo se extinga. A correção só se impõe quando se constata a inconstitucionalidade ou quando ela se manifesta claramente¹¹. A determinação exata deste último momento, no entanto, não é evidente, se bem que seja concedida ao legislador uma margem de atuação suplementar para que dê início à sua ação corretiva.

III. As características da obrigação de vigilância e de correção legislativas

A. A inconstitucionalidade da lei

A obrigação de vigilância e de correção só se aplica se a lei é susceptível de violar uma disposição constitucional (MAYER, 1996, p. 48 ss e 152 ss.), na maior parte das vezes um direito fundamental (MAYER, 1996, p. 149) a exemplo da liberdade econômica¹², da garantia da propriedade¹³, da liberdade da ciência (TCF 1110, 333, 360) ou da liberdade pessoal¹⁴.

Esta obrigação jurisprudencial implica uma questão delicada, a de determinar o momento a partir do qual se deve considerar que a lei infringe a constituição. Admitindo-se que o juiz deve apenas considerar a situação na fase de elaboração da lei, como foi admitido pela Corte em alguns julgamentos (MAYER, 1996, p. 101, 103 réf. cit), negligencia-se a possibilidade de uma lei se tornar inconstitucional no futuro (MAYER, 1996, p. 101). Assim, a Corte, em sua jurisprudência sobre a obrigação de vigilância e de correção, considera explicitamente que uma lei, originalmente em consonância com a constituição, pode tornar-se contrária a ela devido à evolução de circunstâncias pertinentes¹⁵. O fundamento jurídico encontra-se no artigo 20 GG¹⁶ [NdT: GG, do alemão Grundgesetz – Lei Fundamental da Alemanha - Constituição] prevendo que “o poder legislativo é vinculado à ordem constitucional, os po-

deres executivo e judiciário são vinculados à lei e ao Direito”¹⁷. Segundo a Corte, a sujeitabilidade do legislador à ordem constitucional (art. 20 §3º GG) não se esgota efetivamente na obrigação de respeitar os limites constitucionais no momento da adoção da lei; compreende, também, a responsabilidade de assegurar que as leis editadas permaneçam conformes à constituição¹⁸.

B. A existência de uma situação de fato modificada ou incerta

A obrigação de vigilância e de correção pode originar-se de duas hipóteses: quando uma lei, conforme a constituição no momento de sua aplicação, torna-se contrária a ela devido a uma modificação fundamental posterior à situação de fato, ou no contexto de uma situação de fato incerta, baseada em prognósticos plausíveis quando da adoção da lei mas que se revelarão errôneos mais adiante¹⁹. Assim, se acontece da lei se fundamentar em prognósticos incorretos, ou se ocorrerem fatos modificados ou novos e caso se advenha uma violação da constituição, sobrevém a obrigação de corrigir a lei em vigor.

A importante casuística da Corte Constitucional alemã permite ilustrar a extensão dos campos contemplados pela jurisprudência.

No Direito penal, em matéria de execução das penas aplicáveis aos jovens delinquentes, por exemplo, os prognósticos são passíveis de discussão. Visando permanecer o mais próximo possível da realidade, o legislador deve estudar as experiências levadas a termo até o momento, para delas extrair os ensinamentos necessários. Deve recolher, neste caso, dados confiáveis e comparáveis que permitam constatar e avaliar os sucessos e fracassos, em particular a frequência de recidiva²⁰. Também se questiona as conseqüências de natureza psicológica ou física resultantes da prisão perpétua por assassinato²¹. No âmbito dos inquéritos penais, usando sistemas de posicionamento global (GPS) combinados a medidas de videovigilância, a Corte de Karlsruhe pediu ao legislador que observasse se as disposições processuais existentes serão sempre capazes de assegurar a proteção dos direitos fundamentais, levando-se em conta as incertezas relacionadas à evolução da situação tecnológica no futuro²². Uma vez que os efeitos do consumo da cannabis não são bem conhecidos, a Corte Constitucional pediu ao legislador que observasse os impactos da solução legislativa em vigor e que, então, examinasse as experiências estrangeiras²³. A questão controversa, tanto do ponto de vista científico quanto po-

“A obrigação de vigilância e de correção só se aplica se a lei é susceptível de violar uma disposição constitucional, na maior parte das vezes um direito fundamental a exemplo da liberdade econômica, da garantia da propriedade, da liberdade da ciência ou da liberdade pessoal.”

lítico-jurídico, no caso da interrupção da gestação II, era saber se uma regulamentação em matéria de orientação relativa aos abortos no início da gravidez destinava-se a melhor proteger a vida pré-natal do que a regulamentação existente até então. Esta incerteza, no entanto, não impede que o parlamento introduza um novo conceito sobre o assunto; o legislador deve, simplesmente, por precaução, observar seus efeitos²⁴.

O direito à proteção do meio ambiente é outro terreno prioritário. Primeiramente, no campo da luta contra o barulho, o crescimento fulgurante do tráfego aéreo a partir do início dos anos 1960, combinado ao emprego de aviões a jato ruidosos, é um argumento de defesa a favor de uma revisão das disposições originais sobre o ruído²⁵. No campo da energia atômica posteriormente, a Corte de Karlsruhe, em um acórdão modelo, determinou, com respeito à autorização de se explorar um reator rápido em Kalkar, Renânia do Norte – Westfália, perto da fronteira holandesa que “na falta de situações concretas passadas, a avaliação [da probabilidade de se ocorrerem danos futuros devidos à exploração de uma instalação nuclear] deverá basear-se em simulações. Uma vez que neste campo não existe nenhuma certeza, mas apenas aproximações, qualquer acontecimento novo assim como qualquer novo desenvolvimento de conhecimentos devem ser levados em consideração na medida em que forem ocorrendo”²⁶.

A prospectiva econômica é, igualmente, um campo típico de contingência. No caso denominado as antigas dívidas relativas à questão do reembolso dos créditos concedidos às cooperativas de produção agrícolas na antiga República Democrática Alemã, a incerteza relacionava-se à eficácia das medidas de equalização do balanço²⁷. A legislação sobre a participação dos representantes dos trabalhadores chocou-se com a questão dos efeitos incertos dessas novas medidas e foi submetida a uma obrigação de vigilância e de correção em caso de complicações significativas²⁸. Outras legislações mais antigas em matéria econômica já haviam destacado esta problemática. Por exemplo, as previsões sobre a evolução econômica com relação a uma lei proibindo a extensão da indústria moageira²⁹. A exatidão das conjecturas em matéria fiscal se inclui igualmente nesta jurisprudência, no presente caso a concordância com a criação da cobrança e emprego de uma taxa de compensação no tocante à lei que trata de pessoas com deficiência grave³⁰ ou aquela relativa à taxação contestada do transporte de mercadorias para fins da própria empresa³¹. Um novo

sistema em matéria de financiamento dos partidos políticos não é contrário à igualdade de oportunidades; no entanto, o legislador não está desobrigado de verificar a exatidão de suas previsões com relação aos impactos efetivos da lei, de recolher os dados estatísticos necessários e de corrigir, caso precise, a porcentagem fixada³². A ausência de precedentes nos quais fundamentar os prognósticos estabelecidos não permite julgar definitivamente uma situação litigiosa. Este era o caso da aplicação de um novo conceito em matéria de rádios locais: quando de sua aprovação, era prematuro se esperar que não fosse funcional ou que colocaria em risco a sobrevivência econômica destas rádios³³.

O meio universitário também deu origem à jurisprudência. Recorrer, por exemplo, a critérios de avaliação inadequados para julgar a qualidade do ensino e da pesquisa universitárias pode colocar em risco a liberdade da ciência, pois as práticas em matéria de avaliação científica estão em contínua formação. O legislador deve, segundo a Corte, observar esta evolução e corrigir a lei a partir do momento em que se concretize a ameaça à liberdade³⁴. Tal questão já havia sido levantada com relação a uma lei ordinária constituindo um *numerus clausus* (TCF 43, 291, *numerus clausus* II, 08/02/1977).

Por fim, a Corte se pronunciou sobre assuntos diversos baseados numa problemática análoga. Com relação à zootecnia, mesmo que o nível de conhecimentos científicos atuais não permita estabelecer uma relação unívoca entre a periculosidade de um cão e seu vínculo a uma raça³⁵, o legislador dispõe de uma margem de apreciação em matéria de prognóstico, devendo lembrar que, não podendo formar uma opinião definitiva sobre os dados factuais e os impactos de uma regulamentação no momento de sua implantação, é obrigado a seguir a evolução e revisar a lei, caso necessário³⁶. Novas técnicas alternativas de recenseamento da população ainda eram consideradas pouco confiáveis à época do julgamento da Corte; uma vez que os métodos estatísticos e na área de ciências sociais estão em constante progresso, o legislador deve observar seu desenvolvimento e determinar,

em tempo útil, se esses novos procedimentos constituem alternativas válidas para o recenseamento integral, permitindo levar em conta o princípio da proporcionalidade³⁷. Finalmente, se for verificado que modalidades do voto por correspondência podem colocar em risco a liberdade de voto e o sigilo do escrutínio, o legislador será obrigado a proceder às correções necessárias³⁸.

C. As sanções

A obrigação de correção das leis forma uma verdadeira obrigação jurídica tolhendo o legislador (MAYER, 1996, p. 38 s.). O efeito obrigatório decorre claramente de fórmulas usadas pela Corte Constitucional, mas deve, no entanto, ser relativizado (MAYER, 1996, p. 39 s.). A questão é objeto de discussão na doutrina³⁹. Observa-se, por exemplo, que a obrigação sempre foi especificada nos fundamentos do julgamento, mas nunca no dispositivo (CHOI, 2002, p. 91, nota 248). A Corte ainda

decisão do Conselho Federal sobre a proteção contra a radiação não ionizante, de 23 de dezembro de 1991 (ORNI)⁴³, impondo ao governo uma obrigação de vigilância, avaliação e correção deste texto em razão da incerteza dos conhecimentos científicos sobre os efeitos biológicos da radiação emitida pelas antenas de telefonia móvel⁴⁴. O Tribunal Federal julgou que o Conselho Federal deverá, na medida do possível, proceder a novo exame dos valores limites fixados nessa decisão, quando novos conhecimentos científicos objetivos e confiáveis sobre os efeitos biológicos da radiação não ionizante estiverem disponíveis, e indeferiu os recursos apresentados alegando que as provas fornecidas não demonstravam a existência de tais conhecimentos. Segundo o Tribunal Federal, o Conselho Federal dispõe de uma grande liberdade de apreciação a esse respeito⁴⁵. Na prática, o controle desta obrigação é assegurado por diferentes recorrentes que periodicamente invocam esse agravo apresentando ao juiz novas des-

A obrigação de correção das leis forma uma verdadeira obrigação jurídica tolhendo o legislador (MAYER, 1996, p. 38 s.)

não teve a oportunidade de proferir um acórdão sobre a violação da obrigação de correção (CHOI, 2002, p. 163).

Do ponto de vista político, no entanto, a questão tornou-se objeto de intervenções parlamentares requisitando a revisão da legislação em vigor, com base nesta obrigação. Foi o caso de uma fração parlamentar de oposição ao aborto que, em questionamento ao governo, indagava se o dever de vigilância e de correção da lei imposta ao legislador, com relação à introdução do sistema de aconselhamento às mulheres interessadas em abortar durante as 12 primeiras semanas⁴⁰, era respeitado⁴¹. O governo respondeu que havia sido implantado um mecanismo estatístico e que não era necessário corrigir a lei⁴².

IV. A jurisprudência do Tribunal Federal

O Tribunal Federal suíço retomou este conceito sem, no entanto, num primeiro momento, reportar-se explicitamente ao Direito alemão, para deliberar sobre a conformidade ao direito federal da

cobertas científicas. Até hoje, o Tribunal Federal sempre chegou à conclusão de que não se pode acusar o Conselho Federal de ter falhado em sua obrigação de reavaliação periódica (GERBER, 2004, p. 731 s.). Esta obrigação também pode fundamentar-se nos artigos 170 da Constituição Federal e 44 §1º da Lei Federal sobre a Proteção do Meio Ambiente (LPE)⁴⁶, obrigando a avaliar a eficácia das medidas tomadas pela Confederação, mesmo que o Tribunal Federal não o tenha feito explicitamente.

Recentemente, sem fazer referência ao acórdão precedente, mas citando a jurisprudência a respeito, o Tribunal Federal, deliberando sobre o agravo da proporcionalidade da exigência de uma autorização para posse de cães potencialmente perigosos, questionou a eficácia da regulamentação contestada⁴⁷. No entanto, admitiu que esta regulamentação não era arbitrária enquanto medida urgente para proteger o público; precisou, porém, que a legislação atual deveria ser adaptada caso novas consultas fidedignas e comprobatórias levem a refutar os critérios usados.⁴⁸

No caso do Direito Urbanístico, o Tribunal Federal pôde, por vezes, pedir às autoridades que reexaminassem um plano contestado, que o adaptassem ou que o revogassem em caso de sensível modificação das circunstâncias⁴⁹. A natureza deste último exemplo é, no entanto, diferente dos precedentes no sentido que, nesse campo do Direito, a obrigação de correção, relativa aos planos, é regulamentada de forma precisa pela lei (art. 21 §2 LAT⁵⁰) [Ndt: Loi fédérale sur l'aménagement du territoire – Lei Federal sobre a Ordenação do Território]. A obrigação, neste caso, tem sua origem na lei e não na jurisprudência. Pode-se notar, *en passant*, que o legislador impõe em um grande número de exemplos – assim como o constituinte – uma obrigação de avaliação legislativa cuja fonte não é mais, portanto, jurisprudencial⁵¹.

V. A relação com o princípio da precaução

A obrigação jurisprudencial de vigilância e de correção da lei pode ser discutida à luz do princípio da precaução⁵². Assim, no exemplo suíço da radiação eletromagnética, percebe-se que os valores adotados correspondem àqueles preconizados nas recomendações internacionais que ignoram os efeitos biológicos não comprovados. O Conselho Federal, em seu relatório explicativo relativo ao projeto de regulamento sobre a proteção contra a radiação não ionizante, reconhece esta insuficiência, precisando claramente que a proteção contra os efeitos nocivos não está completamente garantida, ainda que sejam respeitados os valores limites de emissão, justamente porque tais valores haviam sido fixados sem levar em conta os efeitos não comprovados cientificamente⁵³. O Tribunal Federal consentiu com esse procedimento por ser possível considerar esses efeitos no âmbito da limitação preventiva das emissões, segundo especificado no artigo 11 §2º da LPE⁵⁴. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã foi igualmente analisada sob esse aspecto, em particular no que concerne o acórdão relativo ao gerador de reação rápida de Kalkar⁵⁵.

Deduz-se, assim, que os conhecimentos científicos incertos relativos a uma determinada atividade não levam, necessariamente, a uma interdição. Contrariamente a uma idéia amplamente aceita, a aplicação do princípio da precaução não implica, forçosamente, em medidas proibitivas⁵⁶. A atividade, no entanto, não estará inteiramente liberada toda vez que o juiz a submeter a uma obrigação de correção, pois entrará em um quadro restrito de vigilância e análise que irá necessitar, eventualmen-

te, de uma reavaliação da solução legislativa, que não estará definitivamente garantida. A dificuldade prática reside no grau de incerteza que paira sobre os efeitos das medidas contestadas. Pode-se ou não conceder ao legislador, apesar desta incerteza, o direito de aplicar uma solução legislativa aos impactos incertos, arriscando-se a renunciar a ele posteriormente caso os efeitos desejados não se realizem? A resposta está na interpretação do princípio da proporcionalidade (art. 5 §2º da Constituição Federal). O critério de adequação que este último apresenta não exige que a eficácia da medida considerada seja devidamente comprovada e isenta de qualquer incerteza. No direito alemão, a Corte de Karlsruhe, na decisão Kalkar, julgou que exigir, por parte do legislador, uma regulamentação que excluísse completamente qualquer risco, para garantir os direitos fundamentais, seria desconhecer os limites da inteligência humana e impediria praticamente qualquer autorização estatal relativa à utilização da técnica⁵⁷. Em geral, basta que a eficácia não seja excluída de pronto, que seja relevante no campo do possível e mesmo do provável. Assim, quando a avaliação da aptidão depender de conhecimentos técnicos controversos, ou basear-se em hipóteses, o Tribunal Federal só decidirá pela violação da proporcionalidade se esta se manifestar (FLÜCKIGER, 2003, p. 122). Nos casos mais incertos, uma autorização da atividade, com a condição de proceder a uma avaliação concomitante e reexaminar a solução experimentada em função desta (obrigação de vigilância e de correção), é uma aplicação concreta da proporcionalidade, uma vez que evita medidas mais incisivas tais como uma moratória ou uma interdição pura e simples (FLÜCKIGER, 2003, p. 122). A obrigação de vigilância e de correção, no entanto, só seria aplicada a partir de certo nível de incerteza. Deve haver um mínimo de dúvida razoável (limite mínimo de cientificidade)⁵⁸, para não cair no campo do arbitrário (art. 9 da Constituição Federal). Medos e receios totalmente irracionais poderiam desencadear a aplicação do princípio da precaução, sem o quê os direitos fundamentais estariam em risco (SUNSTEIN, 2005, p. 204 ss.)

VI. Conclusão

Em um ambiente onde reina uma situação de fato incerta, aleatória ou pouco previsível, a obrigação de observar os efeitos de uma lei, avaliar seus impactos e então corrigi-la, caso necessário, em função de constatações precedentes, pode ser imposta pelo juiz a título de precaução para prevenir

uma violação aos direitos fundamentais, bastando que exista um mínimo de dúvida razoável. Trata-se de uma aplicação do princípio da proporcionalidade. A segurança jurídica concedida pela lei em tais hipóteses seria apenas artificial. A incerteza científica não pode, efetivamente, ser subitamente transformada em pseudo-certeza por sua juridicização. Nesse tipo de contexto, a lei passa por um processo de amadurecimento. Deve adaptar-se a um meio em mutação. A lei não pretende mais estabelecer uma solução definitiva. Conseqüentemente, o papel do legislador não termina mais no momento da votação final de adoção do texto legislativo; esta última etapa é, ao contrário, apenas o começo.

Referências bibliográficas

- BADURA, Peter. Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen", *Mélanges pour K. Eichenberger*, Bâle, 1982.
- BERND, Werner. *Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten*. Mainz: Universität, 1989.
- BÜHLER, Theodor. *Prospektive Gesetzgebung und Vertragsgestaltung*. Zurich: Schulthess, 2005.
- CHOI, Yooncheol. *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln*. Tese (Doutorado) – Hambourg: Universität, Rechtswissenschaft, 2002. Disponível em: < http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=964408937&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=964408937.pdf>.
- FASEL, Brigitte; SPRUMONT, Dominique. La démarche et le principe de précaution en droit administratif suisse. IN : RAPPORTS SUISSES PRESENTES AU XVIII^e CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE = Swiss reports presented at the XVIIth International Congress of Comparative Law, Utrecht, 16-22 jul., 2006. Genève : Schulthess, p. 191-208.
- FLÜCKIGER, Alexandre. Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité, *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, Genève, 2001, parte I, p. 93-119.
- _____. La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution, *Revue européenne des sciences sociales* : Cahiers Vilfredo Pareto, Genève, v. 41, n. 128, 2003, p. 107-127. Disponível em : <<http://doc.ero.ch/lm.php?url=1000,43,3,20090116172943-VH/La-preuve-Juridique.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2009.
- GERBER, Alexandra. Téléphonie mobile dans la jurisprudence du Tribunal fédéral : aspects de droit public. *Droit de l'environnement dans la pratique* : DEP, Zurich, n. 8 (Cahier spécial: séminaire), 2004. Disponível em : <<http://www.vur.ch/urpopen/urp2004/urp0408/0480725A.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2009.
- GUSY, Christoph. "Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?", *ZRP*, München; Frankfurt, 1985.
- KARPEN, Ulrich. *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*: Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie. Baden-Baden: Nomos, 1989.
- MADER, Luzius. *L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation*. Lausanne: Payot, 1985.
- MAYER, Christian. *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- MIERNIK, Helmut. *Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*. Tese – Leipzig: Universität, 1997.
- MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.
- MÜLLER, Georg. *Elemente einer Rechtsetzungslehre*. 2.ed. Zurich: Schulthess, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R. *Laws of the fear: beyond the Precautionary Principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

1 CHOI (2002); MIERNIK, (1997, p. 481 ss.); MAYER (1996, p. 69 ss.), BERND (1989); BADURA (1982). Ver também MÜLLER (2006, p. 41, nota 128); BÜHLER (2005, p. 104); MORAND (1999, p. 112 ss.); MADER (1985, p. 164 s.).

2 BVerfGE (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung- Decisão do Tribunal Constitucional Federal -TCF) 651, 55; 88, 203, 310 s.

3 "Neste contexto recomenda-se o levantamento de dados e acompanhamento de estatísticas que considerem dados absolutos e relativos, para comparar e atribuir relevância, na avaliação dos fatores responsáveis pelo sucesso ou fracasso da implementação da legislação".

4 A respeito dos efeitos de um novo conceito de proteção da vida pré-natal em caso de aborto: "É preciso confirmar – em intervalos adequados e de forma adequada (por ex. por meio de relatórios periódicos do governo) se a lei realmente proporciona a proteção desejada ou se existem defeitos conceituais ou práticos (na implementação) que constituem a quebra do princípio de precaução aos direitos fundamentais. Esta obrigação de observação continua valendo mesmo após uma mudança do conceito de proteção" (TCF 88, 203, 310).

5 "Por causa da incerteza sobre o grau de sucesso em atingir os objetivos (de uma lei), o legislador deve acompanhar o desenvolvimento e, no caso, efetuar um correção da norma. Em face da complexidade da matéria o Estado tem direito a um prazo adequado para proceder à avaliação das experiências. Por exemplo, após um prazo de 20 anos, no qual, conforme as expectativas do legislador, na maioria dos casos, consegue-se a quitação das dívidas, pareceu adequado um prazo de 10 anos após a unificação alemã e a diminuição do passivo no balanço patrimonial" (TCF 95, 267, 315).

6 "Após o vencimento desse prazo deve ocorrer uma avaliação, se o objetivo almejado, no procedimento escolhido, poderá ser atingido dentro de um prazo de mais 10 anos. No caso de da necessidade de mudança normativa, uma mera ordem executiva (no nível ministerial) não será suficiente. Uma alteração normativa deveria considerar as obrigações (necessidades) legislativas" (TCF 95, 267, 315).

7 "Em face da complexidade das circunstâncias, pode ser concedido ao legislador um prazo adequado para poder avaliar as experiências; as insuficiências ligadas à generalização e a criação de tipologias. Somente são submetidas à apreciação constitucional, o caso do legislador deixar de fazer uma avaliação posterior suficiente ao adequado alcance dos

fins almejados" (TCF 37, 104, 118, Bonus Malus Regellung, de 03.04.1974). A mesma fórmula é encontrada na decisão relativa à constitucionalidade do *numerus clausus* nas universidades (TCF 43, 291, 321), ou na prisão perpétua por homicídio (TCF 95, 267, 315).

8 A Corte Constitucional emprega, sem grande rigor terminológico, estes diferentes termos: correção posterior, obrigação de correção posterior, obrigação de correção, obrigação de adaptação, obrigação de melhoria (crítica: CHOI, 2002, p. 789 ss).

9 O legislador deve observar o desenvolvimento e, no caso, aplicar a correção da norma. TCF 95, 267,314. Ver também, TCF 111, 333,360; 25, 1, 13; 49, 89, 130; 50, 290, 335; 57, 139, 162 e seguintes. Mais precisamente, considerando a importância exemplar dos aspectos constitucionais atingidos pelo regime penitenciário de adolescentes, o legislador é obrigado a observar e avaliar os resultados dos fatos e, se for o caso, corrigir as normas (TCF 2 BvR 1673/04, de 31.05.2006 §64); ou, que o legislador observe o desenvolvimento da legislação continuamente, a avalie e, se for o caso, revise a norma se houver mudança ou falta de adequação atual aos seus pressupostos originais (TCF 110, 141, 158); ou ainda: se após uma fase de suficiente observação de que a norma não mais garante a proteção exigida pela constituição, o legislador está obrigado por meio de alterações ou acréscimos das normas existentes, a corrigir os defeitos e garantir a obediência do "Untermassverbot" em termos de proteção (obrigação de correção e/ou acréscimo) (TCF 88, 203, 309).

10 Ver também CHOI, 2002, p. 73.

11 A obrigação de correção (Nachbesserungspflicht) não necessariamente inclui um controle contínuo das normas pelo legislador. Muitas vezes isto acontece somente no momento em que uma norma é inconstitucional. (TCF 88, 203, 310). Ver igualmente TCF 16, 130, 142.

12 Mais precisamente o direito à livre escolha de sua profissão e seu livre exercício (art. 12 al. 1 da Lei Fundamental), a respeito de uma lei sobre o fechamento dos moinhos visando prevenir a capacidade excedente.

13 Art. 14 da Lei Fundamental, a respeito de uma lei que aumenta a participação dos trabalhadores nas empresas: "Conseqüentemente, as partes poderiam ser feridas em seus direitos, segundo artigo 14 da Lei Fundamental (Grundgesetz), se a participação nas decisões da empresa levasse ao seu mal funcionamento, ou não funcionamento, ou a circunstâncias similares: à impossibilidade de funcionamento, por ex., porque o exercício do poder de decisões torna-se tão complicado e/ou demorado que aquelas não ocorrem, ou são tomadas lentamente. O legislador na presente situação não poderia assumir tal possibilidade diante de um prognóstico relevante" (TCF 50, 290, 352).

14 Principalmente a proteção à integridade corporal (a respeito da extensão da obrigação de melhorar a proteção contra o ruído dos aviões na vizinhança dos aeroportos: "Se o combate ao ruído é obrigatório para proteger a integridade física dos cidadãos, torna-se uma obrigação constitucional, e esta obrigação não deve depender exclusivamente das possibilidades técnicas de cumpri-la [TCF 56, 54, 79 s])

ou o direito à vida (a respeito da regulamentação relativa à interrupção da gravidez [TCF 88, 203]). Ver também, de maneira mais geral, os possíveis danos à saúde, à vida e aos bens (Schäden an Leben, Gesundheit and Sachgütern) devido à construção de um gerador de reação rápida (TCF 49, 89, 143).

15 MAYER, 1996, p. 101-109 (ref. cit) Ver, por exemplo, a forma a seguir utilizada na decisão referente ao ruído dos aviões (TCF 56, 54, 79): "nas suas decisões mais recentes, a Corte Constitucional Federal repetidamente decidiu que o legislador possa ser obrigado a reformar (corrigir) uma norma anteriormente considerada constitucional".

16 MAYER, 1996, p 154. Sobre este ponto, a doutrina não é completamente unânime (vide CHOIR, 2002, p 94 [ref. cit.]).

17 Segundo a tradução da Lei Fundamental publicada no sítio Internet do governo federal (www.bundesregierung.de).

18 TCF 88, 203, 310: "A obrigação do legislador de obedecer a ordem constitucional não se aplica somente quando da criação de uma norma, mas também inclui a responsabilidade em mantê-la em concordância com a constituição".

19 "Isto é particularmente importante no caso de uma norma ter sido constitucional na sua criação e ter, posteriormente, se tornado inconstitucional porque as circunstâncias factuais sob sua incidência foram fundamentalmente modificadas, ou se, no momento da sua criação, o resultado da avaliação das suas conseqüências futuras a torna parcial ou completamente inadequada" (TCF, 88, 203,309 s.).

20 Vide nota 15. "Considerando-se a importância excepcional das questões de direitos fundamentais afetadas pela execução das penas impostas a infratores menores de idade, o legislador é obrigado a observar e, de acordo com os resultados da observação, corrigir [...] Portanto, o legislador deverá assegurar para si e para as autoridades responsáveis pela aplicação das disposições legais a possibilidade de aprender a partir de experiências com a respectiva estruturação da execução [das penas] e com o modo como as disposições legais são aplicadas e da comparação com experiências similares fora da sua própria área de competência" (TCF 2, BvR (conforme posição do juiz constitucional) 1673/04, de 31.05.2006 §64).

21 TCF 45, 187, 252, Prisão perpétua, de 21.06.1977.

22 "Além disso, o legislador deverá acompanhar se as orientações atuais para a execução [da norma] continuam a obedecer o princípio de proteção estabelecido na constituição, igualmente quanto ao seu desenvolvimento futuro" (TCF BvR 2, (juiz constitucional relator), 581/01 de 12.04.2005).

23 "Diante da discussão corrente sobre aspectos científicos e de política penal, dos riscos do consumo de cânabis e do caminho correto da sua correção [...] o legislador tem que considerar e avaliar as conseqüências das normas existentes, inclusive as experiências no exterior" (TCF 90, 145, 194, Cannabis, de 09.03.1994).

24 "Em termos científicos e de política legal, permanece a controvérsia sobre a obrigatoriedade de uma consulta (psicológica) na fase inicial da gravidez, se demonstra uma melhor proteção ao feto do que a norma existente (...) diante das razões anteriormente explicadas, que opõem a manutenção da norma antiga baseada em indicações (médicas);

estas incertezas não inibem o legislador de implementar a consulta obrigatória. Porém, ele é obrigado a acompanhar os efeitos do seu novo conceito de proteção (obrigação de acompanhamento e correção). (...)” (TCF 88, 203, 269, Aborto II, de 28.05.1993, ver, também, *ibid.*, p 309 ss).

25 “No tocante à luta contra o barulho do tráfego aéreo, que aumentou expressivamente desde os anos 60, juntamente com o uso de jatos (mais ruidosos), muito se discute em prol de uma correção das normas relevantes sobre o assunto” (TCF 56, 54, 79, *Fluglärm*, de 14.01.1981).

26 TCF 49, 89, 143, *Kalkar I*, de 08.08.1978 (traduzido em: SADELEER, Nicollas de. *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*. Bruxelles: 1999, p 154. Ver, também, *ibidem*, p.131 ss).

27 “Como confirmado por todos os envolvidos durante a audiência, em 1990, havia informações incompletas sobre o tamanho das dificuldades econômicas da agropecuária. Neste caso, o legislador não foi obrigado a efetuar qualquer perdão de dívidas, além daquelas decorrentes da “*Treuhand-gesellschaft*” [NdT: pessoa jurídica constituída pela Alemanha democrática com o fim de efetuar uma transição para a economia de mercado por meio da venda progressiva de propriedades então estatais da Alemanha comunista]. Muito pelo contrário, agiu corretamente ao se restringir a diminuir o passivo patrimonial. Devido à incerteza do grau a atingir nos objetivos, o legislador deve acompanhar o desenvolvimento futuro e, no caso concreto, efetuar uma correção da norma” (TCF 95, 267, 314, *Altschulden*, de 08.04.1997).

28 “O legislador é, então, obrigado a observar as conseqüências das regras de procedimento da participação das representações funcionais (dos funcionários) na execução de suas competências, devendo adotar medidas caso aconteçam agravantes” (TCF 93,37,85, *Lei sobre a participação dos trabalhadores do Estado de Schleswig-Holstein*). Ver, também, sobre a constitucionalidade da lei federal sobre a participação dos trabalhadores: Caso o prognóstico do legislador não se realize e a Lei de participação dos trabalhadores acarrete conseqüências negativas contínuas no funcionamento das empresas, ele (o legislador) é obrigado a efetuar a correção” (TCF 50, 290, 352, *Participação*, de 1.03.1979; ver, também, *ibidem*, p 335 ss).

29 “Uma medida (legislativa) fundada num prognóstico errado não pode ser considerada inconstitucional somente por isso. O legislador só é obrigado a corrigir depois de ter conhecimento do desenvolvimento real e, deste modo, cancela ou altera a norma” (TCF 25, 1, 13, *Lei sobre os moinhos*, 18.12.1968).

30 “Em tais casos, porém, deverá ser concedido ao legislador um prazo suficiente para que ele tenha a possibilidade de certificar-se da evolução [dos fatos] e da correção do seu prognóstico” (TCF 57, 139, 162 s., *Pessoas com deficiência grave*, 26.05.1981).

31 “Tendo em vista as dificuldades específicas com as quais a legislação moderna na área de trânsito deve arcar, o legislador deve ter um prazo maior dentro do qual possa avaliar os efeitos de regulamentos experimentais e, assim, chegar a conclusões para as suas resoluções futuras. As possibilida-

des técnicas mudam rapidamente, pois, mesmo quando uma norma altera um segmento, ela requer que seja considerado o sistema inteiro de trânsito e também o econômico” (TCF 16, 147, 188, *Transporte intra-empresarial de grandes distâncias*, 22.05.1963).

32 “Esta afirmação não dispensa o legislador da obrigação de medir a veracidade do seu prognóstico por intermédio das conseqüências reais da norma [NdT: *Änderungsgesetz* = norma revogadora], de obter as estatísticas necessárias e de corrigir, se necessário, a porcentagem legalmente estipulada” (TCF 73, 40, 94, *Doações a partidos políticos*, 14.07.1986).

33 “Por falta de precedentes na construção (da norma) e em face do tempo relativamente curto durante o qual o modelo foi testado, uma avaliação final ainda não é possível. Se ocorrer o fato de uma emissora local não poder funcionar com viabilidade econômica nestas condições legais, o legislador será obrigado a corrigir a lei sobre as emissoras regionais” (TCF 83, 238, 330, *Decisão sobre as emissoras*, 05.02.1991).

34 “O legislador ainda não tem obrigação de definir tais critérios devido à situação atual da discussão, do teste e do desenvolvimento paulatino de práticas eficazes de avaliação da ciência em nível local, nacional e internacional. (...) Porém, o legislador chega a ser obrigado a observar e – se necessário – corrigir a norma, no momento em que se manifesta perigo à liberdade da ciência; por exemplo, devido ao emprego de critérios inadequados à ciência (TCF 111, 333, *Lei do estado de Brandenburg sobre as instituições de ensino superior*, 26.10.2004).

35 TCF 110, 141, 143, *Cães de briga*, 16.03.2004.

36 “Caso o legislador não tenha podido chegar a uma avaliação definitiva e fidedigna com respeito às pressuposições reais ou às conseqüências, no momento da criação da norma, ele pode ser obrigado a observar o desenvolvimento das condições de incidência, avaliar e revisar a norma, se ficar evidente que os princípios nos quais foi baseada não são mais corretos (...). Isto acontece, por exemplo, nas avaliações de situações complexas de perigo, sobre as quais ainda não existem resultados científicos confiáveis” (TCF 110, 141, 158).

37 Os métodos de estatística e pesquisa social se desenvolvem constantemente e este fato deve ser considerado pelo legislador. Ele é obrigado a utilizar todas as fontes de conhecimento disponíveis e, assim, pode avaliar o melhor possível as conseqüências (da norma) [...]; se ocorre um prognóstico errado depois, o legislador é obrigado a corrigir a norma (...). Assim, ele também deve avaliar, na hora de subcontratar uma pesquisa estatística por meio dos resultados obtidos, se uma pesquisa geral é necessária (comparada com uma pesquisa representativa), em vista do desenvolvimento progressivo da metodologia estatística e sócio-demográfica” (TCF 65, 1, 55, *Censo populacional*, de 15.12.1983).

38 “Caso apareçam abusos, que possam colocar em perigo a liberdade do voto ou o voto secreto, cria-se a obrigação constitucional de corrigir a norma posteriormente ou de emendá-la (voto por carta)”.

39 A inobservância da obrigação de observação das leis não seria precisamente sancionada (CHOI, 2002, p. 78 e ref cit.), enquanto que a inobservância da obrigação de correção das

leis deveria ser analisada em função do resultado do julgamento (de conformidade ou não com a constituição), CHOI, 2002, p. 176 s.

40 TCF 88, 203, 309, Interrupção das gestações II, de 28.05.1993.

41 "Pedido de informações da bancada do partido democrata-cristão, implementação da obrigação de acompanhamento e correção do imposto pelo TCF (15/3029 de 27/04/2004 [http://dip.bundestag.de/btd/15/030/1503029.pdf]).

42 Resposta do governo às questões 1 e 18 (15/3155, de 18/05/2004 [http://dip.bundestag.de/btd/15/031/1503155.pdf])

43 RS 814.710.

44 "Tribunal Federal, decisão de 05 de abril de 2004 (Droit de l'Environnement dans la pratique [DEP] 2004, 228, 232); decisão 1A.202/2004, de 03 de junho de 2005, consid. 2.3; ATF 128 II 340, 343; 126 II 399, 408: "no momento em que seja possível uma quantificação adequada e confiável dos efeitos não-térmicos de raios não-ionizantes, fundada em novos conhecimentos científicos, os parâmetros de emissão e de funcionamento devem, se necessário, ser fiscalizados e adaptados".

45 ATF 126 II 399, 404 s., consid. 4 a, Tribunal Federal, decisão de 08 de abril de 2002 (já mencionado).

46 RS 814.01

47 "Tudo isso, realmente, é causa de dúvidas quanto à fidedignidade e efetividade da norma" (ATF 132 I 7, 11)

48 "Se a avaliação de riscos, na qual se baseia o regulamento sobre cães de estimação, fosse contrariada devido a novos levantamentos confiáveis e expressivos, com respeito a perigos possíveis das raças mencionadas ou a avaliação de raças não incluídas expressamente, ou a validade do critério de raça em geral (BGE 132, I 7, 13).

49 "Ainda que a diminuição da população da cidade de Zurique não se encontre realmente freada por essa medida, não se exclui, em todo o caso, que as disposições criticadas possam pôr fim a um desenvolvimento nefasto e desencadear uma retificação da situação. Caso esta última necessite de uma alteração significativa, caberá às autoridades reexaminar o plano criticado, adaptá-lo ou mesmo revogá-lo (art. 21 LAT), na medida em que as obrigações impostas por ele venham a se revelar inúteis" (ATF 111 1a 93, 99 = JT JDT 1987 I 509). O exemplo foi citado por Georg Müller, com relação à jurisprudência alemã sobre a obrigação de correção (MULLER, 2006, p. 41, nota 128).

50 RS 700.

51 Para uma visão das cláusulas de avaliação na legislação federal (lei federais e decisões), ver Office fédéral de la justice, Clause d'évaluations, documento Internet, 01.01.2005, www.ofj.admin.ch, subdivisão "Documentation" da rubrica "Evaluation" da aba "Thèmes", consultada em 21.11.2006. Ver, também, FLÜCKIGER, 2001, p. 93-119.

52 Sobre esse princípio da proteção do meio ambiente, no Direito suíço, ver FLÜCKIGER, 2003, p. 107 ss. Sobre sua extensão em outros campos do Direito (agricultura, saúde), ver FASEL; SPRUMONT, 2006, p. 191 ss.

53 Decisão sobre a proteção contra a radiação não-ionizante, Rapport explicatif, 16 fev. 1999, ch. 3.2

54 ATF 126 II 399, 406.

55 O problema resulta, provavelmente, de uma questão de definição. Para alguns, apenas as medidas limitando o exercício da atividade litigiosa seriam consideradas medidas de precaução, não incluindo as medidas formais (observações, vigilância tecnológica, avaliação etc.). Este conceito deve ser atenuado: as medidas formais constituem, na verdade, medidas de precaução, mas de um grau muito frágil. Não exigi-las, caso persista alguma dúvida razoável, denotaria total falta de prudência. Em todos os casos tais atos constituem medidas tomadas aplicando-se o princípio de precaução, para quem lhe negaria a expressão medida de precaução (FLÜCKIGER, 2003, p. 122).

56 "Seria uma avaliação falsa da capacidade humana de conhecimento e ainda impossibilitaria qualquer licenciamento do uso de tecnologia pelo Estado, se fosse exigido do legislador uma norma que, com garantia absoluta, excluiria riscos constitucionais à proteção dos direitos fundamentais que surgem do licenciamento para construção e funcionamento de plantas técnicas (fábricas)" (TCF 49, 89, 143).

57 ZBI, 1991, 25, 31 para a fluorização da água potável. Ver, também, ATF 119 1ª 197, 209 a respeito da interdição da canoagem em rios nos quais as espécies animais encontram-se em vias de extinção.

58 Sobre a determinação deste limite, ver FLÜCKIGER, 2003, p. 116 s.



Alexandre Flückiger
Professor da Universidade de Genebra
alexandre.flueckinger@unige.ch