

## Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial

Gilmar Ferreira Mendes

Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Doutor em Direito pela Universidade de Münster

### 1. Introdução

De uns tempos para cá tem-se enfatizado a importância da hermenêutica jurídica, especialmente da hermenêutica constitucional, na solução dos graves problemas jurídico-políticos que afetam os vários Estados democráticos.

Parece hoje superada a idéia que recomendava a adoção do chamado método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional. Como se sabe, esse modelo assenta-se em duas premissas básicas: (a) *a Constituição enquanto lei há de ser interpretada da mesma forma que se interpreta qualquer lei*; (b) *a interpretação da lei está vinculada às regras da hermenêutica jurídica clássica*.

Contra essa orientação, levantou-se a proposta de utilização da tópica, em suas diversas acepções, como método orientado ao problema. Tal como anotado por Böckenförde, *"a idoneidade da tópica e do pensamento problemático precisamente para a interpretação da Constituição baseou-se na "abertura estrutural" da Constituição, na sua pouca densidade normativa e na continuidade de seus textos, na amplitude e indeterminação de seus elementos"*. É nessa linha de entendimento que Scheuner chega a classificar a tópica como *"a específica hermenêutica jurídico-constitucional"*.

Essa abordagem, que, se adotada de forma radical, poderia levar a uma desvalorização ou a uma degradação da norma, tem, pelo menos, a virtude de afastar a ilusão, alimentada pelo método hermenêutico-clássico, de que se poderia separar, em departamentos estanques, os elementos fáticos e normativos envolvidos.

Como se sabe, enquanto método adequado de hermenêutica constitucional tem a tópica expressivos representantes na Alemanha, nas suas diversas variantes, como demonstram os textos de Ulrich Scheuner, Horst Ehmke e Martin Kriele.

A questão metodológica coloca-se no centro da reflexão sobre o papel que deve desempenhar a Corte Constitucional ou o órgão dotado de competência para aferir a legitimidade das leis e demais atos normativos, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, entre nós. Evidentemente, a supremacia da Constituição em face da lei coloca o órgão incumbido da jurisdição constitucional em um papel diferenciado e destacado.

As questões postas desde a instituição da Corte Suprema americana renovam-se a cada instante e em todos os Estados que optaram por consagrar uma democracia constitucional com jurisdição constitucional:

(a) estaria o legislador submetido, de forma definitiva, às decisões da Corte Constitucional?

(b) não estaria o legislador, igualmente, legitimado a adotar, em determinados casos, uma interpretação autêntica da Constituição?

(c) qual o direito que assegura ao Tribunal Constitucional a possibilidade de impor o seu entendimento ao legislador democraticamente eleito?

Essas indagações, formuladas reiteradas vezes, nos modelos americano e alemão, nunca são respondidas com qualquer proposta que leve ao desaparecimento dessas instituições de controle.

Procura-se, com base até mesmo na abertura estrutural dos textos constitucionais, na sua fragmentariedade e incompletude, recomendar que as Cortes Constitucionais pratiquem um mínimo de *"self-restraint"*, uma vez que se reconhece que qualquer outra fórmula institucional - v.g. um controle efetivo do controlador - acabaria por retirar da jurisdição constitucional qualquer efetividade.

Portanto, a autolimitação da jurisdição constitucional não constitui uma decisão heterônoma ou externa à jurisdição constitucional. Ao revés, ela decorre da estrutura aberta, fragmentária, incompleta da norma constitucional, características que se revelam até mesmo nas Constituições analíticas, como as nossas, uma vez que, a despeito de eventual pretensão totalizadora, não logram - felizmente - abarcar toda a complexidade da vida política e social.

Sem tomarmos partido na disputa doutrinária, podemos afirmar, com Castanheira Neves, que *"a norma-texto será apenas um - um elemento necessário, mas insuficiente - para a concreta realização jurídica, já que essa realização exigirá, para além daquela norma e em função agora do caso concreto (do problema jurídico do caso concreto), que se elabore já a normativa "concretização, já a específica "norma de decisão"*.

## 2. O Debate Hermenêutico e a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

Nesse novo quadro metodológico, assume relevo a proposta de Peter Häberle, que, de forma radical e dissolvente, acentua que a doutrina tradicional padece de um grande *déficit*.

A propósito, vale registrar passagem provocativa do texto de Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:

*"Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.*

*Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema "Constituição e realidade constitucional" - aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral - , então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da "realidade constitucional" .*

Após ressaltar que a interpretação constitucional tem sido, até agora, coisa de uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes jurídicos vinculados às corporações e às partes formais do processo, observa Häberle, de forma convincente:

*"A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a conseqüência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)" .*

O reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, como acentua Häberle, a uma *relativização* da interpretação constitucional jurídica:

*"Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:*

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;

2. Na posição que antecede a interpretação constitucional "jurídica" dos juizes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de "participante do processo constitucional" (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública;

3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material "subsiste" sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional".

Tal como observado por Böckenförde, a construção de Häberle pressupõe a existência de um consenso sobre os conteúdos jurídicos básicos, sob pena de se converter num instrumento de dissolução da normatividade constitucional .

É inegável, porém, que essa abordagem, além de permitir uma releitura da relação "*Constituição e realidade*", oferece uma resposta não só para a necessidade de uma interpretação atualizadora da Constituição, como também para a racionalização do próprio papel desempenhado pela Corte Constitucional.

Segundo Häberle, a Corte há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional.

Vale registrar, também aqui, o seu magistério:

*"Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas , ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos "intérpretes da Constituição da sociedade aberta". Eles são os participantes fundamentais no processo de "trial and error", de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto".*

Uma das virtudes da teoria de Häberle reside na negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura .

O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição.

Tem-se aqui uma outra dimensão da proposta de Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, na medida em que esta atuasse na defesa ou na proteção de minorias.

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição a um aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. A

opção de Kelsen pelo modelo democrático está vinculada à concepção teórica do relativismo. O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso .

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter um papel central em um sistema democrático moderno:

*"Contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático - muitas delas corretas e adequadas - , não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que a amplia o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade. A exigência de um quorum qualificado para a mudança da Constituição traduz a idéia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de impor a sua vontade - pelo menos em algumas questões - à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza - de classe, de nacionalidade ou de religião - tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.*

*Isto se aplica sobretudo em caso de mudança das relações entre maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da minoria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa idéia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social" .*

Embora as modernas Constituições dos países que adotam a jurisdição constitucional consagrem a democracia e o princípio da soberania popular como princípios básicos, dispõem elas em geral sobre a forma de manifestação da vontade popular e sobre a atuação dos órgãos representativos dessa vontade. Estes devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Essas Constituições pretendem, portanto, que os atos praticados por esses órgãos de representação possam ser objeto de crítica e controle.

Tal como observado por Grimm, um sistema que admite o conflito de opinião e a pluralidade de interesses como legítimo somente poderá subsistir se houver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos. Se a controvérsia tiver por objeto o próprio método de solução dos conflitos, então não está o sistema democrático livre da ameaça de instabilidades e de tumultos no seu funcionamento.

Tal colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema.

É interessante notar que as colocações de Grimm coincidem, fundamentalmente, com a opinião de Dworkin sobre o sentido do controle de constitucionalidade naquilo que ele denomina de "*constitutional democracy*" em contraposição à democracia majoritária. É o que se pode ler na seguinte passagem:

*"Democracy means government subject to conditions – we might call these "the democratic" conditions – of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by*

*everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better. The democratic conditions plainly include, for example, a requirement that public offices must in principle be open to members of all races and groups on equal terms. If some law provided that only members of one race were eligible for public office, then there would be no moral cost – no matter for moral regret at all – if a court enjoyed the power to do so under a valid constitution struck down that law as unconstitutional. That would presumably be an occasion on which the majoritarian premise was flouted, but though this is a matter of regret according to the majoritarian conception of democracy, it is not according to the constitutional conception".*

É fácil ver, pois, que, nos modelos não dotados de um sistema especial de controle de constitucionalidade, eventuais conflitos de índole constitucional resolvem-se pela interpretação da maioria, o que pode acabar por eliminar a possibilidade de qualquer consenso entre as forças políticas. Conflitos dentro do contexto constitucional convertem-se facilmente em confrontos que extrapolam esse âmbito.

Nessas condições, tem-se de reconhecer que a simples existência de uma Corte Constitucional permite o tratamento relativamente imparcial e ordenado da constitucionalidade dos projetos políticos.

Em verdade, a existência dessa instância tem, muitas vezes, uma *eficácia prévia* ou inibidora, evitando decisões que afetem o consenso constitucional. Mesmo em caso de impossibilidade de configuração imediata desse consenso, a pronta atuação da Corte Constitucional logra limitar e reduzir o âmbito do conflito, afastando a insegurança existente, decidindo o conflito e emprestando novo fundamento à controvérsia.

Vê-se, assim, que, enquanto órgão de composição de conflitos políticos, passa a Corte Constitucional a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático.

É claro que a Corte Constitucional não pode olvidar a sua "*ambivalência democrática*". Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister, não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou de "*risco democrático*" (*demokratisches Risiko*).

É que as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual *correção* da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda.

Essas singularidades demonstram que a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática num eventual risco para a democracia.

Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, pode ela também bloquear o desenvolvimento constitucional do País.

A possível aporia relativa à ameaça ao desenvolvimento do processo democrático pela atuação de um órgão concebido exatamente para protegê-lo não há de se resolver, certamente, com a eventual eliminação da jurisdição constitucional.

O equilíbrio instável que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da jurisdição constitucional na democracia afigura-se necessário e inevitável. Todo o esforço que se há de fazer é, pois, no sentido de preservar o equilíbrio e evitar disfunções.

Em plena compatibilidade com essa orientação, Häberle não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de "alternativas" para a interpretação constitucional. Häberle esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional não é – nem deve ser – um evento exclusivamente estatal. Tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional, quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são

intérpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta Häberle – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei.

### 3. A Verificação de Fatos e Prognoses Legislativos em Sede de Controle de Constitucionalidade

#### 3.1 Considerações Preliminares

A rápida análise feita sobre as modernas abordagens da metodologia jurídica aplicada à hermenêutica constitucional permite-nos introduzir um tema que não tem merecido a adequada atenção da doutrina, devido, em parte, aos próprios *déficits* do *instrumentarium* metodológico acima referido.

Referimo-nos à apreciação dos chamados "*atos e prognoses legislativos*" no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica .

É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade.

Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional.

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos, o chamado "*Brandeis-Brief*" – *memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no "case Müller versus Oregon" (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher* – permitiu 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 .

Hoje, não há como negar a "*comunicação entre norma e fato*" (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional . É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos .

A constatação de que os elementos normativos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciada ou de modo inseparável produziu, de certo modo, conseqüências no âmbito do processo constitucional. Inicialmente, afirmava-se que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo estranha aos seus misteres a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentemente fáticas .

Na Alemanha, propôs o deputado Dichgan, em 1968, que se alterasse a lei de organização da Corte Constitucional para assentar que o *Bundesverfassungsgericht* restava vinculado aos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador, salvo no caso de fixação de falsa constatação.

Essa proposta provocou uma discussão intensa no Parlamento alemão, tendo sido retirada pelo próprio autor após a verificação de que a sua aprovação ameaçava a existência da Corte Constitucional e que, por isso, teria a sua inconstitucionalidade declarada.

Restou demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

### 3.2 Fatos e Prognoses: Análise à Luz da Experiência Germânica

Em estudo empírico desenvolvido por Klaus Jürgen Philippi, com base nas decisões publicadas nos primeiros 25 volumes da revista da Corte Constitucional alemã, restou demonstrado que, em 208 decisões, o Tribunal identificou 269 fatos legislativos, sendo que desses pelo menos um quarto (75 decisões) referiam-se a prognoses .

Evidentemente, a idéia de fatos legislativos não é precisa e, até intuitivamente, revela-se mais ampla do que o conceito jurídico-processual de "questão de fato", entendendo-se como tal todo e qualquer "*fato real*" ("*realer Sachverhalt*") que tenha relevo para aplicação de uma norma .

Em tese de doutorado que se converteu em estudo clássico sobre a matéria, Philippi procede à classificação dos fatos legislativos em "*fatos históricos*" (*historische Tatsache*), "*fatos atuais*" (*gegenwärtige Tatsachen*) e "*eventos futuros*" (*zukünftige Tatsachen*).

Enquanto os "fatos históricos" referem-se a análises de "fatos legislativos históricos" que deram ensejo a determinadas decisões, a investigação sobre "fatos legislativos atuais" envolve um variado elenco de temas, que envolve não só o objetivo de determinadas organizações (partidos políticos cuja atividade seja censurada como possivelmente inconstitucional), a verificação de tratamento equiparatório ou desequiparatório (eventual violação ao princípio da igualdade), o exame de possível desigualdade eleitoral (*Wahlrechtsungleichheit*), mas também a aferição dos efeitos radioativos de determinados medicamentos, que poderiam legitimar a sua prescrição apenas por médicos estabelecidos em hospitais e instituições de pesquisa, a alteração de estruturas econômicas e sociais que poderiam levar ou consolidar um processo de inconstitucionalização de uma lei, e as questões de caráter fundamental a respeito de concepções políticas, religiosas e filosóficas (criminalização do homossexualismo, descriminalização do aborto).

Philippi observa que o Tribunal procura basear as suas investigações sobre os fatos legislativos em análises as mais diversas, as mais das vezes de índole empírica. Algumas vezes o tribunal socorre-se de argumentos relacionados com a experiência comum (não-empírico).

Na verificação desses fatos, o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos ou "*experts*".

Tal como apontado por Philippi, a Corte apóia-se com freqüência em pareceres de peritos ou de grêmio de peritos, privilegiando, nesse caso, uma composição pluralista.

Assim, na decisão sobre a liberdade de instalação de farmácias (*Apothekenurteil*), o Tribunal utilizou-se de literatura medieval. No julgamento sobre a constitucionalidade da lei que criminalizava a homossexualidade masculina, o Tribunal nomeou um grupo internacional de peritos composto por um sexólogo, um médico judicial, um psiquiatra, um psicólogo, um sociólogo, um diretor de uma instituição governamental de caráter social, o Chefe da Polícia Criminal de Colônia e de um criminólogo.

Até mesmo quando discute questões de princípio, relacionadas com concepções filosóficas ou de convicção, procura o Tribunal proceder a uma análise racional da controvérsia, evitando uma abordagem metafísica da questão. Temas relativos à recusa de prestação do serviço militar, à opção homossexual ou à pena de morte são tratados com base na experiência aferível e em verificações de índole fática.

### 3.3 Controle das Prognoses Legislativas

No que respeita aos "*eventos futuros*", entende-se que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento.

A Corte Constitucional alemã utiliza-se de diversos procedimentos racionais para a realização de prognósticos:

(a) o "*processo-modelo*" (*Modellverfahren*), que se refere um procedimento 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*), no qual se analisam determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo;

(c) o "*processo de teste*" (*Testverfahren*), que propicia a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro;

(d) o "processo de indagação" (*Befragungsverfahren*), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo.

Esses processos em geral são utilizados de forma isolada ou combinada, predominando, segundo Philippi, o "*Modellverfahren*". A utilização desses procedimentos não exclui as formulações intuitivas, ainda que estas, para terem algum poder de convicção de terceiros, devam ser traduzidas para um processo racional.

Clássico exemplo de um controle do prognóstico do legislador pela Corte Constitucional consta do chamado "*Apotheken-Urteil*", no qual se discutiu a legitimidade de lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa.

Arguiu-se, no processo, que a Corte Constitucional não estaria legitimada a proceder ao exame sobre a adequação de uma dada medida legislativa, porquanto ela não estaria em condições de verificar a existência de outro meio igualmente eficaz e, ainda que isto fosse possível, de confirmar se esse exame seria realizável por parte do legislador.

A Corte recusou o argumento formal quanto à sua incompetência para proceder à aferição dos fatos legislativos, observando que a Constituição confiou-lhe a guarda dos direitos fundamentais em face do legislador e que, portanto, se da interpretação desses direitos decorre limitação para o legislador, deve o Tribunal dispor de condições para exercer essa fiscalização.

Também a questão relativa à "*liberdade de utilização de meios igualmente adequados*" (*Wahl zwischen mehreren gleichgeeigneten Mitteln*) por parte do legislador haveria de levar em conta os planos ou níveis (*Stufen*) de exigência de proteção dimanados dos próprios direitos fundamentais.

Após rigoroso exame sobre o prognóstico do legislador, concluiu a Corte:

*a) que a liberdade de instalação de farmácias, em outros países com o mesmo standard civilizatório da Alemanha, não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública (examinou-se em particular a situação existente na Suíça com base nos laudos apresentados pelos peritos designados);*

*b) que a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitada desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre a sua instalação ou não, tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado;*

*c) que o temor revelado pelo legislador quanto à eventual impossibilidade de os farmacêuticos cumprirem seus deveres legais em razão da queda de sua capacidade financeira revelava-se igualmente infundada, uma vez que uma decisão pessoal economicamente equivocada não poderia servir de base para a decisão legislativa em apreço. Ademais, a tendência revelada no sentido da superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de simples entrega de produtos acabados reduz a responsabilidade do farmacêutico e aumenta o seu tempo livre;*

*d) que a maior procura de medicamentos decorreria, segundo a opinião dos experts, fundamentalmente, das mudanças ocorridas nas condições de vida durante a guerra – subnutrição, estresses físico-emocionais –, não estando relacionada com a existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos.*

Assim, embora ressaltando que não poderia decidir sobre o sistema jurídico mais adequado para regular a matéria, concluiu o Tribunal que o modelo adotado pelo Estado da Baviera revelava-se incompatível com a liberdade de exercício profissional estabelecida na Lei Fundamental.

Resta evidente que, para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo consagrado, teve o Tribunal que infirmar a prognose estabelecida pelo legislador, quanto à possibilidade de uma multiplicação dos estabelecimentos farmacêuticos em razão da ausência de uma regulação restritiva. A manifesta inconsistência do prognóstico estabelecido pelo legislador ressaltava que a decisão adotada não protegia o interesse público, contendo, portanto, restrição incompatível com o livre exercício de atividade profissional.

É interessante notar que, com a ressalva de que a matéria era da competência exclusiva do legislador, permitiu-se ao Tribunal apontar fórmulas que poderiam ser positivadas sem maiores prejuízos para os direitos fundamentais.



Decisão semelhante foi adotada pelo Tribunal no chamado "*Kassenzahnarzt-Urteil*", no qual se discutiu a legitimidade de norma que estabelecia um processo de admissão, com *numerus clausus*, para os dentistas das caixas de assistência, o que equivaleria, praticamente, a uma proibição de exercício profissional.

O Governo Federal observava que a disciplina normativa assentava-se em um prognóstico indicador do perigo de que a habilitação ilimitada dos dentistas vinculados às caixas de assistência acabaria por encetar uma concorrência desenfreada entre os profissionais, com a inevitável redução de seus rendimentos. A se confirmar esse prognóstico, a própria existência das caixas de assistência restaria ameaçada.

A Corte Constitucional acabou por infirmar o prognóstico do legislador, observando que a liberação da inscrição de dentistas nas caixas de assistência provocaria um aumento de odontólogos vinculados às caixas não superior a 12 %, o que não seria suficiente para afetar substancialmente os ganhos desses profissionais.

Na sua análise, anotou a Corte que 50% da população estava vinculada aos seguros de saúde. Se considerados os membros da família, cerca de 80% da população estaria submetida ao regime de seguro de assistência. Por isso, os dentistas, assim como os médicos, dependiam da vinculação às caixas de assistência.

Por outro lado, os números existentes em janeiro de 1959 demonstravam que existiam 28.742 dentistas estabelecidos como profissionais liberais. Desses, 24.286 estavam vinculados diretamente às caixas de assistência e 3.786 apenas às caixas complementares. Portanto, 84% dos consultórios estavam vinculados às caixas de assistência e 14% às caixas complementares. Em síntese, somente 2% dos profissionais liberais dessa categoria não estavam vinculados ao sistema de assistência direta ou complementar.

Em face desses números, a Corte concluiu que o livre acesso às caixas de assistência poderia quando muito elevar – na mais drástica das hipóteses – em não mais do que 4.500 o número de profissionais vinculados a essas instituições, o que não seria suficiente para causar uma redução significativa dos ganhos médios auferidos pela categoria ou um aumento significativo das despesas das caixas de assistência.

Assim sendo, não se vislumbravam razões de interesse público suficientes para restringir a liberdade de exercício profissional dos dentistas. Com esses fundamentos, entendeu a Corte que a restrição era incompatível com o princípio da liberdade de exercício profissional.

Tal como visto, a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não um controle do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque para isso faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de examinar *como* o legislativo examinou os fatos legislativos, mas o *que*, efetivamente, ele constatou.

Na análise de Philippi, a Corte Constitucional tem revelado uma grande capacidade para estabelecer prognósticos corretos, capacidade essa que se mostra muito superior à do próprio Legislativo. Segundo sua opinião, a Corte Constitucional utiliza-se de métodos de análise que se revelam superiores àqueles eventualmente utilizados pelo Parlamento, permitindo que as decisões judiciais sejam racionalmente mais fundamentadas que as do legislador.

### **3.4 Conseqüências da Verificação do Déficit na Fixação de Fatos e Prognoses pelo Legislador**

Cumprindo indagar sobre quando eventual déficit na análise dos fatos verificados por parte do órgão legislativo acarreta a ilegitimidade da lei.

Se se constata que a verificação dos fatos levada a efeito pelo legislador é incorreta numa decisão de caráter restritivo, então deverá o Tribunal dispor de outra alternativa que não a da declaração de sua inconstitucionalidade .

Assim, houve por bem a Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da lei sobre proteção de animais que, no seu § 13, nº 9, proibia o transporte de animais sob o sistema de reembolso (*Nachnahme*), com o fundamento de que essa forma de remessa ensejava, não raras vezes, a recusa por parte do destinatário, o que ocasionaria um tratamento inadequado dos animais e um tempo de transporte acima do tolerável.

Após verificar que grande parte do transporte de animais se operava sob o regime de reembolso, tanto pelos correios como pela empresa ferroviária, a Corte Constitucional constatou que os registros fornecidos pelo Ministério da Agricultura indicavam um número quase inexpressivo de devolução ou de qualquer outro obstáculo na entrega dos animais a seus destinatários.

No que respeita à falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose

legislativa se revela falha de início ("*im Ansatz verfehlt*") ou se se cuida de um erro de prognóstico que somente se pode constatar *a posteriori*, após uma continuada aplicação da lei.

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

Na segunda hipótese, quando se verifica a falha na prognose legislativa após o decurso de certo tempo, considera o Tribunal irrelevante do prisma constitucional o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória. No chamado "*Mühlen-Beschluss*" deixou assente o Tribunal que "*erros sobre a evolução do desenvolvimento econômico devem ser admitidos, até porque o legislador está obrigado no limite do possível, para evitar perigos futuros, a tomar decisões cuja eficácia depende de fatores variados e que, por isso, podem ter desenvolvimentos não desejados (ou diversos daqueles desejados)*".

Nesse caso, deverá o legislador, todavia, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária.

### **3.5 A Aferição de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Tribunal e a Necessidade de Adoção de um Modelo Procedimental Aberto**

A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des) interessados

Nesse sentido, a prática americana do "*amicus curiae brief*" permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) –, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades.

A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health Services* (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia – possivelmente o número mais expressivo já registrado – por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto.

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante.

É por isso que Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às "intervenções de eventuais interessados", assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição.

É certo, por outro lado, que o Tribunal que exerce as funções de Corte Constitucional não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Em verdade, tal como já apontado, a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional.

Uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativos fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade.

Não é preciso ressaltar também que a negativa do Tribunal de examinar, com todos os elementos disponíveis, a correção dos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador pode corresponder a uma vinculação, ainda

que não estritamente consciente, aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador.

Em outras palavras, tal postura poderá significar, em verdade, uma renúncia à possibilidade de controle de legitimidade da lei propriamente dita. Ou, o que se revela igualmente inadequado e grave, a não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas.

Por outro lado, não há dúvida de que a complexidade das relações envolvidas nas questões constitucionais exige que o órgão que exerce as funções de controle disponha de mecanismos procedimentais que lhe permitam uma atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional.

Em verdade, a substituição de uma decisão "*intuitiva*" do legislador por uma decisão igualmente "*intuitiva*" da Corte coloca em xeque a própria legitimação do sistema de controle de constitucionalidade.

Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz.

É por isso que se afigura essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle.

### **3.6 A Verificação dos Fatos e Prognoses Legislativos e a Lei sobre Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999).**

Atenta à realidade metodológica acima descrita, a Comissão que elaborou o Anteprojeto que deu origem à Lei que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, introduziu nos arts. 9º, §1º, e 20, §1º (mantidos na Lei com essa numeração), disposições que autorizam o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

É fácil ver, pois, que referida Lei outorga ao Supremo Tribunal Federal um importante instrumento para aferição dos fatos e prognoses legislativos no âmbito do controle abstrato de normas.

Igualmente relevante, nesse contexto de obtenção de informação adequada, afigura-se a possibilidade de que o Tribunal consulte os Tribunais Superiores, os tribunais federais e os tribunais de justiça sobre a aplicação da lei ou da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (arts. 9º § 2º, e 20 § 2º, da Lei).

Da mesma forma, com objetivo precípuo de assegurar um melhor nível de informação ao Tribunal e um maior grau de participação, admite-se expressamente, no processo constitucional, a figura do *amicus curiae*, consagrando-se a possibilidade de o Relator, tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade os postulantes, autorizar a manifestação de outros órgãos e entidades.

Caso adotada pelo Congresso Nacional, referida proposta permitirá uma significativa modernização do nosso "processo constitucional", conferindo-lhe maior abertura procedimental e, ao mesmo tempo, dotando o Supremo Tribunal Federal de instrumentos adequados para uma aferição mais precisa dos fatos e prognoses estabelecidos ou pressupostos pelo legislador.