

3.1.4 Controle de constitucionalidade das prognoses legislativas pelo Poder Judiciário

Cynthia Gontijo d'Assunção

Assessora da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes praticados por Agentes Políticos Municipais do Ministério Público de Minas Gerais

Marina Kattah

Assessora da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes praticados por Agentes Políticos Municipais do Ministério Público de Minas Gerais

Embora se tenha, por muito tempo, entendido que o controle de constitucionalidade devesse se restringir apenas a questões de índole eminentemente jurídicas, verifica-se, modernamente, que o exame das circunstâncias fáticas não só é possível, como se avulta necessário para que se dirima, de forma eficaz, uma controvérsia levada à Corte Constitucional. Tal conclusão se curva diante da evidência de que a ideal interpretação da norma pressupõe, muitas vezes, uma análise dos fatos que motivaram sua edição e das consequências por eles produzidas.

Sob esse prisma, insta asseverar que é possível um controle pelo Tribunal Constitucional em face da não-confirmação de prognoses legislativas, sendo essas consideradas medidas tomadas pelo Poder Legislativo no intuito de regular situações especiais que, acaso confirmadas, mereceriam um tratamento legislativo especial.

O legislador constituinte originário atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guardião da Constituição. Conseqüência disto é que a supremacia constitucional em face dos demais atos normativos estatais exige que tal órgão jurisdicional se valha de procedimentos hermenêuticos especiais e distintos dos clássicos utilizados na interpretação das leis.

O método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional tem por premissas: a Constituição, enquanto lei em sentido amplo, há de ser interpretada da mesma forma que qualquer lei; a interpretação da lei está vinculada às regras da hermenêutica jurídica clássica. Este método, inerente a uma sociedade fechada, tem a interpretação constitucional realizada primordialmente pelos aplicadores do direito a qual se restringe à subsunção dos fatos à lei.

A teoria moderna da hermenêutica constitucional, por outro lado, atrela-se a uma sociedade pluralista e ao Estado

Democrático de Direito preceituado pela Constituição da República, cujas normas, justamente com o fito de concretizarem o pluralismo e a democracia, apresentam uma estrutura aberta, fragmentária, incompleta, afastada de qualquer totalitarismo tendente a ignorar a realidade fática.

Segundo a teoria moderna, os participantes do processo de interpretação vão além dos aplicadores dos direitos, estendendo-se aos diversificados integrantes da sociedade pluralista e, assim, aproximam a Constituição da realidade, com vistas ao alcance do interesse público. Dessarte, a interpretação constitucional deixa de ser exclusivamente estatal para abarcar também a interpretação realizada por tais integrantes. Neste sentido, o jurista alemão Häberle defende que a Corte Constitucional há de desempenhar um papel de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional, traduzindo a interpretação normativa proporcionada por elas. A prognose realizada pelo Poder Judiciário não constitui, pois, mera substituição da prognose realizada pelo Legislativo.

Essa abertura do processo hermenêutico constitucional é essencial à admissão do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte em face da não confirmação das prognoses legislativas, as quais demandam a apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei, inclusive com a dilação probatória. Esta seria inviável pelo método hermenêutico clássico, fundado no mero contraste entre a norma questionada e a norma constitucional realizado exclusivamente pelos órgãos estatais.

Os fatos legislativos são quaisquer fatos da realidade que tenham relevo para aplicação de uma norma. Em tese de doutorado que se converteu em estudo clássico sobre a matéria, Klaus Jürgen Philippus desenvolveu um estudo empírico sobre os fatos legislativos, classificando-os em “fatos históricos” (*historische*

Tatsache), “fatos atuais” (*gegenwärtige Tatsachen*) e “eventos futuros” (*zukünftige Tatsachen*).

No que respeita aos *eventos futuros*, propugna o autor 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. Assim,

Para tanto, deve a jurisdição constitucional utilizar-se de diversos procedimentos racionais para a realização de prognósticos, entre os quais se incluem os procedimentos das ciências sociais destinados a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise de diversos fatores; a análise de tendências de desenvolvimento em função do tempo; a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro e a intenção dos partícipes envolvidos no processo; as formulações intuitivas.

Evidencia-se, pois, que, para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo, deve o Tribunal verificar a consistência do prognóstico estabelecido pelo legislador e sua aptidão para o alcance do interesse público, enfim, deve aferir o que o legislador efetivamente constatou, ao formular o projeto de lei.

Ainda segundo o magistério do citado jurista alemão, quanto às falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início ou é um erro de prognóstico que somente se pode constatar *a posteriori*, após uma continuada aplicação da lei. No primeiro caso, a falha enseja a nulidade da lei e no segundo, ela é irrelevante, vez que o legislador se obriga a evitar, no limite do possível, eventuais perigos futuros, os quais podem depender de fatores variados e muitas vezes desconhecidos.

Na aferição desses fatos e prognoses legislativos, quando relevantes, no processo de controle de constitucionalidade, deve-se conferir à Corte Constitucional técnicas processuais adequadas à abertura do procedimento hermenêutico, ampliando-se assim,

os meios de obtenção de informações pelos magistrados e de participação de sociedade nesse processo de manifestação do poder estatal realizado no controle de constitucionalidade.

Atenta à realidade acima descrita, a Lei nº 9.868, de 10/11/1999 introduziu a intervenção do *amicus curiae* nesses processos objetivos de controle de constitucionalidade.

O *amicus curiae* é um terceiro desinteressado que ingressa voluntariamente no processo objetivo de controle de constitucionalidade para fornecer informações técnicas necessárias à formação da convicção judicial. Constitui, pois, um novo instrumento de informação para o órgão jurisdicional que autoriza a participação de diferentes grupos nesses processos judiciais cuja relevância de seu significado se expressa pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante de decisões em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública.

A lei supra mencionada prevê, ainda, a possibilidade de o relator das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade requisitar perícia, solicitar informações adicionais, solicitar informações dos tribunais acerca da aplicação da norma impugnada em seu âmbito jurisdicional, bem como designar data para a realização de audiências públicas.

O desenvolvimento das técnicas processuais acima apontadas e, inclusive, previstas na Lei nº 9.868/1999 representam a modernização do processo objetivo de controle de constitucionalidade e permitem, por parte do Tribunal, uma aferição mais precisa e adequada dos fatos e prognoses estabelecidos ou pressupostos pelo legislador.

É certo que essa análise não só é possível, como necessária, a fim de se proceder à interpretação final da norma em face da Constituição, levando-se em conta seus aspectos e consequências de ordem prática, cuja consideração só se faz possível pela interpretação aberta da Constituição.