

Controle de Constitucionalidade Repercussões na Atividade Econômica

Gilmar Ferreira Mendes*

Advocacia Geral da União – Brasil

* **Gilmar Ferreira Mendes**, Procurador da República; Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação “Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos”; Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990), com a dissertação “*Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*”, publicada na série “*Schriften zum Öffentlichen Recht*”, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título “Jurisdição Constitucional”, Saraiva, 1996). O autor exerce, atualmente, o cargo de Advogado-Geral da União.

INTRODUÇÃO

A noção de sistemas numa sociedade complexa significa que estão esses em constante contato, interferindo-se mutuamente, produzindo uma incessante e crescente interação.

A idéia de interação entre os sistemas jurídico e econômico necessariamente afetará a concepção que se tem de cada um dos sistemas. E, especificamente no campo jurídico, as atividades econômicas tenderão a moldar e modificar a interpretação constitucional. Neste sentido, o impacto da economia no Direito Constitucional tem-se mostrado farto em exemplos, corriqueiros, mas não menos importantes, cujo impacto é sentido, e mesmo provocado pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais.

Não se pode, contudo, na análise da interferência destes dois sistemas, recorrer a lugares comuns que além de produzirem confusão, em nada contribuem para a evolução e o comprometimento do debate em torno da questão.

O primeiro destes lugares comuns é o que entrelaça direito e realidade social, numa relação de dependência ou mesmo de subordinação do primeiro em relação ao segundo. Isto se configura na afirmação de que o Direito acompanha a realidade social com olhar inicialmente de desconfiança para, já como retardatário, acompanhar a tal realidade que, por sua vez, já esta mudando outra vez.

O segundo lugar comum é aquele que, muitas vezes desconhecendo a evolução e as mutações da prática econômica e imbuído de preconceções ideológicas, afirma ser o Direito regulador da economia. Impondo ao Estado a obrigação de não interferir nas relações econômicas, o Direito assim agiria, de modo indireto, na intenção de direcionar a economia em determinado sentido.

Se tais afirmações são verdadeiras, falsas ou mesmo relativas, não é relevante, uma vez que as soluções dadas para os problemas advindos de tal interação delas passam ao largo. De fato, interessa saber como são solucionados os possíveis pontos de fricção entre estes sistemas.

Daí surge um duplo enfoque sobre o problema. O primeiro deles enfatizaria o papel do Direito na economia, ou seja, os limites e possibilidades das normas jurídicas e especialmente as constitucionais na esfera econômica. O segundo privilegiaria a noção de limites da economia como parâmetro para as decisões judiciais, destacando-se entre elas as proferidas por órgãos que cuidam do controle de constitucionalidade. Esta segunda abordagem é a que será enfatizada no presente trabalho.

O PAPEL DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Interessa mais de perto, quando se fala em controle de constitucionalidade, analisar o controle concentrado, ou seja, saber como o Supremo Tribunal Federal exerce tal fiscalização, uma vez que a Constituição de 1988 produziu uma mudança significativa no controle de constitucionalidade, ampliando o leque de legitimados para a propositura da ação direta.

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto,

é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação deste leque.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988 dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade¹.

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, de que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “*difusos*” ou “*incidentes*” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (Cf, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias².

¹ Cf., a propósito, as propostas de Wilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, in: Assembléia Nacional Constituinte, Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, 1988, p. 214 e 342.

² Anschütz, Gerhard, *Verhandlungen des 34. Juristentags*, Berlin e Leipzig, 1927, vol. II, p. 208.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição.

A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador do Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

Ressalte-se que não são numericamente significativas as ações propostas pelas organizações partidárias. É verdade, porém, que muitos dos temas mais polêmicos submetidos ao Supremo Tribunal, no processo de controle abstrato, foram trazidos à baila mediante iniciativa dos partidos políticos. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 2, de 1992, que antecipou o plebiscito sobre a forma e sistema de governo previsto no art. 2º do ADCT³, o questionamento da legitimidade da lei do salário-mínimo⁴, a controvérsia sobre a legitimidade do pagamento mediante precatório para os créditos de

³ Cf. ADIN nº 829, 830 e 831, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 20.04.93, p. 6758.

⁴ ADIN nº 737, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 22.10.93, p. 22.252.

natureza alimentícia⁵, além do debate acerca da constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Contribuição de Inativos e do Fator Previdenciário. Isto para não falar das diversas ações propostas contra a política econômica do Governo⁶.

É nesta ampliação do leque de legitimados para propor ação direta e na grande mudança que ela efetuou no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que se coloca a necessidade de melhoramento do sistema, tornando-o mais consistente e efetivo.

A percepção de que a interpretação constitucional se molda sob diferentes pressupostos da interpretação jurídica como um todo traz à luz a idéia que ela deve se dar tem por referência não somente normas, como também fatos. Disto a necessidade de que o órgão judicial, em sede de controle de constitucionalidade, possa revisar fatos e prognoses legislativos.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã demonstra com bastante clareza, e especialmente em matérias de relevância econômica, ser imprescindível a percepção deste âmbito por parte do órgão judicial.

Neste sentido, estudos sobre o impacto de determinada lei ou de alguma política pública na esfera econômica, a possibilidade de restrição de algum direito fundamental tendo em vista a inexistência de previsão orçamentária, dentro dos limites do razoável, e especialmente o impacto econômico de determinada interpretação constitucional que, garantindo direitos a uma pequena parcela da população, interfere e desequilibra prestações voltadas para a população no seu conjunto, relevando o coletivo sobre o particularista, são apenas alguns dos aspectos que contribuem para que o órgão judicial decida com mais presteza e racionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

No contexto brasileiro, observe-se que a edição da Lei n.º 9.868, de 1999, trouxe novos instrumentos adequados a essa orientação, cabendo ao STF aplicá-los e desenvolvê-los, ampliando o escopo da interpretação constitucional para também analisar fatos e prognoses legislativos. Outro tema relevante diz respeito à possibilidade de se atribuir ao STF a faculdade restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado. Essa abertura para uma concepção mais moderna de técnicas de controle está prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868.

RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O poder de que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, *a, b e c*) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, *a*)⁷.

⁵ ADIN n.º 672, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 04.02.92, p. 499.

⁶ Cf., v.g., ADIN n.º 357, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 23.11.90, p. 13.622; ADIN n.º 562, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 10.09.91, p. 12.254; ADIN n.º 605, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 05.03.93; ADIN n.º 931, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 02.09.93, p. 02.09.93.

⁷ Cf., a propósito, Rp. 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 96, p. 496 (508).

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Daí se segue que a sentença que declara a inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*. Porém, a Lei n.º 9868 contém disposição (art. 27) que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros. A inovação em tela merece ser justificada.

A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

Por isso, assevera Garcia de Enterría, forte na doutrina americana, que “*la alternativa a la prospectividad de las Sentencia no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente esta a las nuevas condiciones sociales*”.⁸

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*”⁹, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.¹⁰

A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

⁸ ENTERRÍA, Garcia de. *Justicia Constitucional, La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales*. RDP 92, p. 5 (14).

⁹ Cf., WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional law of the United States*, New York, 1910, vol. I, p. 9-10; cf., também, COOLEY, Thomas M. *Treatise on the Constitutional Limitations*, 4a ed., Boston, 1878, p. 227

¹⁰ Cf. TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*, p. 27.

Sobre o tema, afirma Tribe:

“No caso Linkletter v. Walker, a Corte rejeitou ambos os extremos: ‘a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.’ Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que ‘a constituição federal nada diz sobre o assunto’, a Corte de Linkletter tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de Linkletter no caso Stovall v. Denno: “Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões.”¹¹

Por sua vez, a Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula segundo a qual, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281º (4)).

Vale registrar, a propósito, a opinião abalizada de Jorge Miranda:

“A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Uma norma como a do art. 282, nº 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado.

¹¹ TRIBE. Cit., p. 30.

A primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o judicial self-restraint, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas estatuições e, portanto, também uma definição (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos.”¹²

Embora a Constituição espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da *declaración de inconstitucionalidad sem a pronúncia da nulidade*, como reportado por Garcia de Enterría:

*“La reciente publicación en el **Boletín Oficial del Estado** de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la “unidad familiar” matrimonial, permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Constitucional, objeto ya de multitud de Coméntarios periodísticos.*

La decisión es importante, en efecto, por su fondo, la inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no parece haberse producido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante mas importante aún por la innovación que ha supuesto en la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo “que se indica en el Fundamento undécimo” y éste explica como una eficacia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas o de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores.”¹³

O próprio Supremo Tribunal Federal tem apontado as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade.

Os casos de omissão parcial mostram-se extremamente difíceis de serem superados no âmbito do controle de normas em razão da insuficiência das técnicas de controle disponíveis.

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn 526, oferecida contra a Medida Provisória nº 296, de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da constituição. Convém se registre passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar:

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3ª edição, Coimbra, 1991, p. 500-502.

¹³ ENTERRÍA, Garcia. *Justicia Constitucional, La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales*”, RDP 92 (outubro/dezembro 1989), p. 5.

“Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema crucial, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixe vencimentos díspares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º, da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, 1992, 333 ss.; 339; “Direito Constitucional”, 1986, pág. 831; Gilmar F. Mendes, “Controle de Constitucionalidade”, 1990, págs. 60 ss.; Regina Ferrari, “Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”, 1990, págs. 156 ss.; Carmem Lúcia Rocha, “O Princípio Constitucional da Igualdade”, 1990, pág. 42): “a censurabilidade do comportamento do legislador” – mostra Canotilho (“Constituição Dirigente”, cit., pág. 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa – “tanto pode residir no acto positivo – exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais – como no procedimento omissivo – emanção de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadão, esquecendo outros”.

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por “não favorecimento arbitrário” ou “exclusão inconstitucional de vantagem” – que é a da nossa tradição (v. g. RE 102.553, 21-8-86, RTJ 120/725) – a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial –, seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário –, a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v.g. Gilmar Mendes, cit. pág. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia – se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional –, suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer, limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter.”¹⁴

Evidente, pois, que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade.

Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

VERIFICAÇÃO DE FATOS E PROGNOSES NA HERMENÊUTICA APLICADA À ATIVIDADE JURISDICIONAL

Tal como ressaltado em artigo já publicado por este autor¹⁵, 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.

¹⁴ ADIn 526, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 145, p. 101 (112-113).

¹⁵ Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial: Texto básico de conferência proferida no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional – 17.5.97 – São Paulo, sob o patrocínio do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC, no painel “Regulamentação e Integração de Normas Constitucionais”

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*¹⁶.

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”*¹⁷. É nessa linha de entendimento que Scheuner chega a classificar a tópica como *“a específica hermenêutica jurídico-constitucional”*¹⁸.

Essa abordagem, que, se adotada de forma radical, poderia levar a uma desvalorização ou a uma degradação da norma¹⁹, 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 Kriele²⁰.

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.

¹⁶ Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Los Metodos de la interpretación constitucional - Inventario e critica*, in: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, p. 15-16.

¹⁷ Cf. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 20.

¹⁸ Cf. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 20.

¹⁹ HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16ª ed. Heidelberg, 1988.

²⁰ Cf. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 13 (20-21).

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*”²¹, uma vez que se reconhece que qualquer outra fórmula institucional²² - 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 constitucional²³. 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”*”²⁴.

A VERIFICAÇÃO DE FATOS E PROGNOSES LEGISLATIVOS EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As modernas abordagens da metodologia jurídica aplicada à hermenêutica constitucional²⁵ permitem introduzir um tema que não tem merecido a adequada atenção da doutrina, devido, em parte, aos próprios *déficits* do *instrumentarium* metodológico atual.

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 jurídica²⁶.

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 inconstitucionalidade²⁷.

²¹ SCHNEIDER, Hans Peter, *Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*. Estudos em Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 44.

²² Ver o art. 93 da Constituição de 1937 que autorizava o Parlamento Nacional a ratificar a constitucionalidade de leis declaradas inconstitucionais pelo STF.

²³ SCHNEIDER, op. cit., p. 38 (44).

²⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, p. 145.

²⁵ Sobre o importante debate, na doutrina alemã, sobre a tese de Peter Häberle sobre a “Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição”, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial*.

²⁶ Cf. ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, p. 53 s. 63 s.

²⁷ Cf. a propósito, Despacho do Ministro Celso de Mello, prolatado na ADIN n. 1372, DJ 17.11.1995.

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 proporcionalidade²⁸.

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 Constituição²⁹.

Hoje, não há como negar a “*comunicação entre norma e fato*” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional³⁰. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos³¹.

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 fáticas³².

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 constatação³³.

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.

²⁸ Cf., v.g., Rp n. 1077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 112, p. 34 (58-59).

²⁹ Cf., a propósito, HALL, Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85.

³⁰ Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54).

³¹ MARENHOLZ, op. cit., p. 54.

³² OSSENBÜHL, Fritz. *Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. I, p. 458 (461).

³³ Cf., a propósito, OSSENBÜHL, op. cit., p. 462.

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 constitucional³⁴.

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.

FATOS E PROGNOSSES: 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 prognoses³⁵.

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 norma³⁶.

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*)³⁷.

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)³⁸.

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).

³⁴ EHMKE, Horst, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in Dreier, Ralf / Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976, p. 164 (172)

³⁵ PHILIPPI, Klaus Jürgen, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colônia, 1971, p. 2 s.; OSSENBÜHL, op. cit., p. 461.

³⁶ PHILIPPI, op. cit., p. 4.

³⁷ PHILIPPI, op. cit., p. 15 s.

³⁸ PHILIPPI, op. cit., p. 27 s.

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.³⁹

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 criminólogo⁴⁰.

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 fática⁴¹.

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 processo⁴².

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.⁴³

³⁹ PHILIPPI, op.cit., p. 105-106.

⁴⁰ PHILIPPI, op. cit., p. 48-9.

⁴¹ PHILIPPI, op. cit., p. 54-55.

⁴² PHILIPPI, op. cit., p. 56.

⁴³ PHILIPPI, op. cit., p. 153.

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 administrativa⁴⁴.

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 legislador⁴⁵.

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 fiscalização⁴⁶.

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)*⁴⁷;
- 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*⁴⁸;
- 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*⁴⁹;

⁴⁴ BVerfGE 7, 377 (415 s.).

⁴⁵ BVerfGE 7, 377 (408).

⁴⁶ BVerfGE 7, 377 (410).

⁴⁷ BVerfGE 7, 377 (415).

⁴⁸ BVerfGE 7, 377 (419 s.).

⁴⁹ BVerfGE 7, 377 (427).

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, stresses físico-emocionais –, não estando relacionada com a existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos⁵⁰.

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 fundamentais⁵¹.

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 assistência⁵².

⁵⁰ BVerfGE 7, 377 (435).

⁵¹ BVerfGE 7, 377 (440).

⁵² BVerfGE 12, 144 (148).

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 assistência⁵³.

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 profissional⁵⁴.

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 constitucional⁵⁵. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de examinar *como* o legislativo examinou os fatos legislativos, mas *o que*, efetivamente, ele constatou⁵⁶.

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 legislador⁵⁷.

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 inconstitucionalidade⁵⁸.

⁵³ BVerfGE 12, 144 (149).

⁵⁴ BVerfGE 12, 144 (150-1).

⁵⁵ OSSENBUHL, Fritz. *Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognosenentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in: Starck, Christian (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, p. 458 (483).

⁵⁶ OSSENBUHL, op.cit., p. 483.

⁵⁷ PHILIPPI, op. cit., p. 166; 183; Cf. também Ossenbühl, op. cit., p. 518.

⁵⁸ OSSENBUHL, op. cit., p. 487.

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 destinatários⁵⁹.

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 lei⁶⁰.

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)*”⁶¹.

Nesse caso, deverá o legislador, todavia, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária⁶².

A AFERIÇÃO DE FATOS E PROGNOSSES 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

⁵⁹ BVerfGE 36, 47: “*Embora inexista um levantamento estatístico confiável, um levantamento relativo ao mês de setembro de 1972 indica, no transporte ferroviário, que, das 13.204 remessas de animais levadas a efeito, verificaram-se 22 casos de obstáculos na entrega. Superados esses obstáculos, somente 10 remessas foram devolvidas ao remetente*”.

⁶⁰ OSSENBÜHL, op. cit., p. 487.

⁶¹ BVerfGE 16, 147 (181 s.); BVerfGE 18, 315 (332).

⁶² OSSENBÜHL, op. cit., p. 518.

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 aborto⁶³.

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.⁶⁴

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 constitucional⁶⁵.

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.

⁶³ DWORKIN, *Freedom's Law*, cit., p. 45.

⁶⁴ HÄBERLE, op. cit., p. 47-48.

⁶⁵ OSSENBÜHL, op. cit., p. 467-468.

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.

UM EXEMPLO RECENTE: A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como no Direito brasileiro qualquer ato do Poder Público, inclusive os atos legislativos, são passíveis de controle jurisdicional, pode-se inferir que a atuação do Judiciário tenha reflexos indiretos na atividade econômica, por ser um agente ativo no conjunto da atuação estatal que afete a economia.

Um exemplo a citar é o da Lei de Responsabilidade Fiscal, formulada para efetivar o equilíbrio das contas públicas nas diversas esferas da Federação e nos diferentes Poderes. Em julgamento recente de grande repercussão, a constitucionalidade dessa Lei foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram interpostas perante o Supremo Tribunal Federal com o fito de que o tribunal declarasse toda a lei ou alguns de seus dispositivos inconstitucionais.

A primeira Ação julgada pelo STF (ADIN 2238), proposta pelo PT, PSB e PC do B – estando o julgamento ainda em curso – foi a primeira interposta e com um conteúdo mais abrangente.

Sustentavam os partidos que a Lei sofreria de inconstitucionalidade formal, uma vez que o Senado modificou redação do texto aprovado pela Câmara dos Deputados sem que tenha havido a volta do projeto a esta última casa, como prevê a Constituição

Federal. Outra impugnação se referia ao fato que a Lei Complementar teria sido insuficiente ao regulamentar o art. 163 da Constituição, uma vez que supostamente estaria a regular somente alguns de seus incisos. Sob o argumento de inconstitucionalidade material, foram impugnados diversos dispositivos, entre eles o art. 20, de função crucial no sistema criado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece limites de despesas para os Poderes na União, nos Estados e nos Municípios. Como se observa, muitos dos argumentos tinham caráter meramente técnico-jurídico, mas as impugnações materiais, sobretudo no tocante ao art. 20 da Lei, para serem examinados a fundo, dependiam de exame de dados concretos para que se concluísse se a aplicação da Lei resultaria ou não em inconstitucionalidade.

Em relação ao problema da inconstitucionalidade formal, o Tribunal rejeitou de pronto a tese de que os arts. 3º, 5º e 20 poderiam viciar a lei formalmente, uma vez que as emendas efetuadas pelo senado teriam sido meramente redacionais.

Quanto à alegação de que a Lei teria sido insuficiente ao regulamentar o art. 163 da Constituição Federal, a maioria do Tribunal considerou que não há necessidade de que apenas uma lei complementar regule dispositivo constitucional tratando de várias matérias.

No que concerne à constitucionalidade do art. 20 (que trata dos limites por poderes), o Ministro Ilmar Galvão, relator da ação, considerou que a Constituição estabeleceu limites para os entes da federação e não para os Poderes. Por outro lado, o Min. Nelson Jobim levantou alguns pontos a fim de rejeitar o pedido de liminar. Para ele, o art. 169, § 4º da Constituição afirma da participação dos poderes na redução dos limites globais por ente da federação (“§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.”).

Para essa argumentação, foi relevante a utilização de levantamentos de dados e exame da realidade das contas públicas da União, dos Estados e dos Municípios.

O que se ressaltou no julgamento foi que, se não fosse possível repartir os limites impostos ao ente, ter-se-ia uma enorme discrepância entres os Poderes, e o Executivo arcaria com todo o ônus. Dessa maneira, o art. 99 da Constituição também serviria para defender a idéia de que os limites teriam de ser respeitados também pelos poderes dentro de cada ente. Portanto, o art. 99 da Constituição, ao dispor da obrigação de o Judiciário respeitar os limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias, estaria também afirmando da necessidade de o Judiciário e o Legislativo se restringirem aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que deve a LDO respeitar os limites da dívida global, preconizado na LRF.

Enfatizou-se, ainda que a Lei de Responsabilidade Fiscal não poderia se tornar uma nova Lei Camata, que impunha responsabilidades somente ao Executivo. A Lei de Responsabilidade Fiscal seria, portanto, um assunto de enorme responsabilidade, sendo imprescindível sua aplicação. Por último, o Min. Nelson Jobim observou que o art. 169 não veda a distribuição por poderes. O Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento, por maioria de 6 x 5, decidiu não conceder a liminar para afastar o art. 20 por vício de inconstitucionalidade, assegurando a manutenção da lógica daquele instrumento legal.