

SOBRE OS FATOS CONSTITUCIONAIS

ABOUT CONSTITUCIONAL FACTS

Luiz Guilherme Marinoni

*Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUC/SP)*

*Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do
Paraná (UFPR)*

RESUMO: O presente artigo argumenta que o controle de constitucionalidade não é restrito à análise de compatibilidade entre a norma e a Constituição. Em vez disso, é essencial que se analise se os fatos assumidos ou estimados pela lei correspondem à realidade. A influência dos fatos na constitucionalidade é ainda mais evidente quando a interpretação da Constituição é baseada em normas vagas ou abrangentes, o que geralmente enseja a formação de precedentes baseados em fatos. A legitimidade de decisões interpretativas e precedentes constitucionais depende de devida clarificação e justificação dos fatos. Assim, afirma-se que em um sistema em que a Constituição exige proteção judicial de direitos fundamentais, ignorar os fatos constitucionais é inaceitável. Portanto, é necessária maior atenção aos fatos constitucionais tanto na doutrina quanto nos tribunais. A identificação, discussão e clarificação dos fatos constitucionais é crucial para a formação de interpretações vinculativas e o estabelecimento de novos direitos constitucionais.

Palavras-chave: fatos constitucionais; controle de constitucionalidade; direito processual constitucional.

ABSTRACT: The article argues that the control of constitutionality is not restricted to analyzing the compatibility between a rule and the Constitution. Rather, it is essential to analyze whether the facts assumed or estimated by the law correspond to reality. The influence of facts on constitutionality is even more evident when interpreting the Constitution based on vague rules or open clauses, which often leads to the formation of precedents based on facts. The legitimacy of interpretive decisions and constitutional precedents depends on the proper clarification and justification of facts. The article contends that in a system where the Constitution requires judicial protection of fundamental rights, ignoring facts is unacceptable. Therefore, the author calls for greater attention to constitutional facts in both doctrine and courts. The identification, discussion, and clarification of constitutional facts are crucial for the formation of binding interpretations and the establishment of new constitutional rights.

Keywords: constitutional facts; constitutionality control; constitutional procedural law.

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo, admitiu-se que o controle de constitucionalidade estaria restrito à simples análise da compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição. A lei, no entanto, não apenas afirma fatos, mas também os pressupõe ou os estima em relação ao futuro. De modo que verificar a compatibilidade da lei com a Constituição também exige, em não poucas situações, analisar se o que foi pressuposto ou estimado pela lei têm correspondência com a realidade.

Mas a influência dos fatos sobre o controle de constitucionalidade é ainda mais clara quando se percebe que estes têm importância proporcional à interpretação que se apoia nas normas indeterminadas da Constituição. A evolução dos fatos sociais dá origem a outras questões ou à necessidade de compreender a Constituição com base na realidade, surgindo precedentes constitucionais formados com base nos fatos. Há situações em que as normas, dotadas de conceitos vagos, estão abertas aos fatos e à instituição de precedentes que os contêm. O precedente, nesta situação, detém conteúdo que depende da devida compreensão da realidade. Isso ocorre não apenas nas hipóteses de cláusulas abertas, mas também quando um elemento da norma perde contato com a nova realidade, necessitando de atualização. Para não se falar do uso de normas que afirmam direitos fundamentais de conteúdo extremamente aberto, como o direito à igualdade, para afirmar “novos direitos” que estão a supor o delineamento de uma determinada situação de fato.

Nestes casos, a legitimidade das decisões interpretativas e dos precedentes constitucionais está na dependência do devido esclarecimento e justificativa dos fatos. Vale dizer que, num sistema cuja Constituição requer tutela jurisdicional à luz dos direitos fundamentais, o descaso em relação aos fatos é algo que não pode ser tolerado.

Os fatos que importam ao controle de constitucionalidade ou para a afirmação de um precedente constitucional reclamam urgente atenção da doutrina e das Cortes¹. Os fatos, no direito processual e para o processo, costumam ser considerados apenas quando afirmados enquanto fatos constitutivos de um di-

¹ “The Court’s empirical cowardice has substantial real-world consequences. Possibly the principal victim is the Court itself. Its power and legitimacy decrease in direct proportion to its self-imposed separation from reality. Moreover, by failing to take facts seriously, the Court provides little or no direction to lower courts or society more generally regarding acceptable constitutional practices” (Faigman, 2008, p. 8).

reito ou fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Nunca foram adequadamente considerados enquanto fatos que estão por detrás da lei ou que podem configurar uma norma-precedente ou um “novo direito” a partir de um dispositivo constitucional de conteúdo indeterminado.

Os fatos constitucionais raramente são devidamente identificados, debatidos e esclarecidos no processo, seja pelos Juízes, pelos Tribunais ou pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque o direito brasileiro ainda está preso à ideia de que o controle de constitucionalidade nada tem a ver com fatos, além de ainda não se ter adequadamente percebido que a interpretação com base em normas constitucionais indeterminadas, também frequente nas ações coletivas, tem forte ligação com os fatos, que, assim, não podem deixar de ser corretamente esclarecidos.

2 FATOS CONSTITUCIONAIS E FATOS DO CASO

Nem sempre os fatos constitucionais são daqueles que se repetem ou podem ser ditos gerais, reaparecendo em inúmeros litígios idênticos. Há hipóteses em que os fatos são particulares ou específicos do litígio, mas podem ter um significado que, uma vez delineado, dá origem a um precedente constitucional. Estes fatos, portanto, têm um significado relevante para a instituição da interpretação vinculante, pelo que a preocupação em relação a eles não pode ser menor.

Saber se – por exemplo – no caso dos fetos anencéfalos há possibilidade de vida pós uterina é esclarecer um fato geral que determina uma mesma solução jurídica para várias situações idênticas, e, assim, a formação de precedente constitucional que considera uma mesma questão de fato. Contudo, quando se analisa se a manifestação de um grupo pode ser proibida, considera-se um fato particular da situação concreta, ou seja, um fato cujo esclarecimento não importa em virtude de ter natureza geral.

Note-se, entretanto, que se o precedente institui o elemento normativo que requer a configuração de um fato que, por exemplo, espelha “incitação à violência”, delinea-se uma categoria de fatos em que podem ser enquadrados ou não vários fatos futuros. Isso, porém, certamente não pode negar a importância do fato que abre oportunidade à configuração do gênero fático infiltrado no precedente. Afinal, para a aplicação futura do precedente, os fatos particu-

lares terão que ser comparados com aquele que deu origem à categoria ou ao gênero instituído no precedente.

A Corte, ao criar um precedente que supõe uma categoria de fatos, pode simplesmente afirmar o fato do caso, ou pode, mais do que afirmar o fato, elaborar um conceito geral que abarca uma categoria de fatos em que inserido o fato do caso. Em ambas as hipóteses, a devida aferição e justificativa do fato são importantes para a legitimidade do precedente e para a racionalidade da sua aplicação futura.

3 OS FATOS LEGISLATIVOS ENQUANTO FATOS CONSTITUCIONAIS

Os fatos que estão por detrás da lei podem e devem ser controlados pelo Judiciário por um motivo bastante simples: a legitimidade de uma lei, ou seja, a compatibilidade de uma lei com a Constituição, também depende da correspondência entre o que é suposto pela lei e a realidade. A lei pode dever correspondência a fatos históricos ou do passado, a fatos atuais e a fatos futuros. Como é evidente, o legislador pode errar em qualquer uma das hipóteses (Mendes, 2000, p. 8; Herani, 2016, p. 76; Torres, 2020, p. 232; D'Assunção, Kattah, 2008, p. 21-22; Affonso, 2013, p. 224).

Não é demais lembrar do “caso das farmácias” (*Apotheken-Urteil*), notório no direito alemão quando se alude ao tema dos fatos no controle de constitucionalidade². Em determinado momento, a Corte constitucional foi chamada a analisar lei do estado da Baviera, que exigiu autorização administrativa específica para a instalação de novas farmácias a partir das premissas de que a livre possibilidade de instalar farmácias poderia causar prejuízos à saúde pública e desvalorizar a qualidade do trabalho do farmacêutico. Alegou-se, na ocasião, que a Corte não teria legitimidade para analisar as prognoses de fato realizadas pelo legislador. Entretanto, a Corte analisou cuidadosamente os fatos, considerando inclusive o que havia ocorrido na Suíça diante de situação fática similar, justificando que as consequências previstas pelo legislador eram equivocadas e que, por esta razão, a lei da Baviera era incompatível com a liberdade de exercício profissional (Mendes, 2000, p. 8).

Os fatos também foram considerados pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nos casos do amianto e dos fetos anencéfalos. Na verdade, embora a

² Sobre a importância dos fatos para o controle de constitucionalidade no direito alemão, ver (Philippi, [1971], p. 222) e ver também (Stein, 2000, p. 4) e; (Bethge, 2020, p. 199).

lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (Lei n. 9868/99) tenha frisado a importância da discussão dos fatos no controle de constitucionalidade, ainda não há clareza quanto à diferença entre as funções do *amicus curiae* e do especialista perante a Corte, nem muito menos qualquer indicativo de quando e como os fatos devem ser provados ou critérios probatórios capazes de orientar objetivamente o controle da justificação dos fatos nas decisões constitucionais.

Nos Estados Unidos, os testes instituídos pela Suprema Corte para controlar a atividade legislativa quanto aos fatos sempre foram obscuros e destituídos de objetividade, embora sempre se tenha demonstrado a necessidade e a intenção de não deixar os fatos legislativos imunes ao controle judicial. Não obstante o Legislativo tenha maior capacidade de buscar a verdade sobre os fatos, e isso seja reconhecido pela Suprema Corte, reconhece-se que as Cortes também são *fact finders*³.

Na verdade, o dever de controle de constitucionalidade tem como mera consequência o dever de a Corte examinar os fatos pressupostos pela lei. O controle de constitucionalidade não pode ficar restrito ao aspecto puramente normativo das leis, pois a racionalidade e, assim, a legitimidade da lei dependem da realidade fática a que esta se destina.

Aliás, a questão da investigação dos fatos legislativos é muita mais complexa, pois não se resume à pergunta sobre os fatos que foram considerados pela lei. É preciso também verificar os fatos que deveriam ter sido, mas não foram analisados pelo Legislador, assim como indagar se a questão constitucional não depende do esclarecimento de fatos que não foram devidamente discutidos ou ainda não eram controvertidos quando da elaboração da lei.

A intervenção da Corte é imperiosa apenas quando não se trata de fatos novos ou de fatos que ainda não foram devidamente discutidos pela população ou pelos cientistas. Além de a Corte poder rever os fatos mal ou incorretamente esclarecidos e analisados pelo Legislador, o controle de constitucionalidade também é cabível quando os fatos deixaram de ser considerados pelo Legislativo sem justificativa aceitável.

³ “While legislatures might indeed have great power and leeway to gather facts, this does not necessarily affect the standard of review courts bring to legislative fact-finding. Courts, too, are fact finders. Legislatures may excel in defining and framing research, but the courts excel at hearing controverted evidence and coming to a decision free of partisan influence. Adopting a standard of independent review in some constitutional cases will not dissuade legislatures from compiling a full record. Indeed, a legislature that anticipates confronting a rigorous standard of review when the matter reaches the courts should be expected to do more to ensure a compelling factual record” (Faigman, 2008, p. 177).

Fatos novos, não controvertidos na época da edição da lei, dão origem a uma questão constitucional anteriormente inexistente. Nesta situação, descabe ao Judiciário decidir sobre os fatos, mas remeter a questão à análise do Legislativo, que então deverá enfrentá-los, inclusive, se for o caso, mediante a revisão da lei, que obviamente sempre estará sujeita ao controle de constitucionalidade.

Quando a Corte percebe que faltou aprofundar a discussão dos fatos, especialmente por meio da participação popular ou da comunidade científica, a deferência ao Legislativo igualmente é a opção acertada. Não apenas porque alguns fatos podem ser mais bem discutidos pela população e pelos cientistas fora do ambiente restrito da Corte, mas também porque não há razão para imaginar que o Judiciário possa decidir sobre os fatos antes da clara manifestação da população ou das conclusões científicas.

Lembre-se da discussão sobre a eutanásia no Estados Unidos. Na Suprema Corte, não obstante se tenha chegado a uma decisão de constitucionalidade das leis que criminalizavam o suicídio assistido, três Justices deixaram claro, em *opinion* concorrente, que não estariam em condições de “definitivamente” decidir a questão. Ou melhor, que estariam abertos a voltar a tratar da questão depois do aprofundamento da discussão popular e da manifestação dos Parlamentos estaduais e das cortes inferiores.

O Justice Souter declarou que, ainda que se possa pensar no direito de o enfermo optar pela morte, os legisladores estaduais ainda deveriam esclarecer os fatos relacionados ao tema, estando em melhores condições para solucionar a questão. As Justices O'Connor e Ginsburg, da mesma forma, afirmaram a importância da discussão popular e das decisões dos Parlamentos e das Cortes estaduais para se chegar ao esclarecimento dos fatos pertinentes à eutanásia⁴.

A questão da eutanásia, antes de ser decidida pela Suprema Corte dos Estados, foi decidida pela Corte do Segundo Circuito, quando o Judge Calabresi proferiu decisão concorrente que evidenciou que os fatos ainda não haviam sido discutidos pelo próprio parlamento que editara a lei impugnada. Essa lei era antiga, tendo se preocupado em criminalizar o suicídio no início do século XX. Essa lei não somente deixou de ser aplicada e os seus fundamentos foram desgastados, mas o Legislativo nunca mais discutiu as razões para a manutenção da criminalização do suicídio, especialmente diante dos novos fatos sociais, como o do doente terminal que sofre grave dor física e psicológica. Ou seja, os fatos que

⁴ 521 U.S. 702 1997.

foram discutidos para dar origem à lei impugnada nada tinham a ver com os novos fatos que poderiam sustentar a eutanásia. Esses fatos, em outras palavras, jamais haviam sido discutidos pelas pessoas e pelo Parlamento.

Nos termos da fundamentação da *opinion* de Calabresi, se não se sabe o que a população e as autoridades desejam, não há motivo para obrigar a Corte a decidir, de modo que se deveria realizar o reenvio ao Parlamento para lhe dar oportunidade para um “*second look*” à luz da discussão dos novos fatos. O reenvio ou o “*second look*” obrigam o Legislativo a se manifestar sobre um tema que deve ser objeto da sua preocupação, cabendo à Corte a possibilidade de julgar após a decisão parlamentar. Segundo Calabresi, o “*second look*” não apenas permite uma decisão mais adequada, já que vinculada aos fatos que devem ser discutidos, mas também força os representantes eleitos a cumprirem o seu papel, sublinhando a sua responsabilidade popular.

Não decidir quando os fatos ainda não foram discutidos é não só ter clareza da importância dos fatos para as decisões constitucionais, mas também admitir que os fatos devem ser discutidos e esclarecidos antes de serem analisados pela Corte. Afinal, como disse Calabresi em sua *opinion*, o que não está pronto para ser decidido não deve ser decidido (*what is not ready for decision ought not to be decided*)⁵.

4 A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COM BASE NOS FATOS

Contudo, os fatos que importam à decisão constitucional não são apenas os que estão por detrás da lei. Há fatos que podem determinar a formação de um precedente constitucional que, atribuindo sentido a um dispositivo indeterminado, gera uma norma vinculante aos Juízes e Administradores e passa a orientar o modo de ser da vida população.

Os fatos têm grande influência sobre as decisões que, para solucionar os casos constitucionais, pautam-se em direitos fundamentais. O exemplo do caso da eutanásia novamente ajuda a compreensão. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, quando analisada a constitucionalidade das leis dos estados de Nova Iorque e Washington que criminalizavam o suicídio assistido, invocou-se a cláu-

⁵ “I agree with the Court that these statutes cannot stand. But I do not believe that the history of the statutes, and of New York’s approach toward assisted suicide, requires us to make a final judgment under either Due Process or Equal Protection as to the validity of statutes prohibiting assisted suicide. What is not ready for decision ought not to be decided” (Opinion do Judge Calabresi; *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716, 2d Cir. 1996).

sula do devido processual legal para dela tentar extrair um direito à privacidade que garantisse o direito de encerrar a própria vida.

Antes disso, a Corte do Nono Circuito, admitindo que o devido processo legal garante o direito à privacidade, lembrou *opinion* dos *Justices* Souter, O'Connor e Kennedy em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁶ – um caso relativo a aborto –, em que se afirmou que as escolhas íntimas e pessoais das pessoas, vistas como imprescindíveis à sua autonomia e autodeterminação, estão garantidas pela liberdade protegida pelo *due process*. Com base neste precedente, ou seja, mediante a aproximação da questão do aborto à do suicídio assistido, a Corte do Nono Circuito, a partir do devido processo legal e do consequente direito à privacidade – um direito fundamental bastante indeterminado – sustentou um “direito de morrer”, ou melhor, um direito de solicitar auxílio médico para interromper a vida.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, analisando-se o recurso interposto contra a decisão da Corte do Nono Circuito, chegou-se em conclusão oposta, exatamente a de que não se poderia vislumbrar no devido processo legal um direito de liberdade que pudesse garantir o direito de encerrar a própria vida. A *opinion* que assim sustentou, redigida pela *Chief-Justice* Rehnquist, e acompanhada pelos *Justices* Scalia, Thomas, Kennedy e O'Connor⁷ declarou que o *due process of law* não garante uma liberdade capaz de permitir a afirmação de um direito de cometer suicídio e, por consequência, um direito de ser assistido a cometê-lo⁸.

Lembre-se, como referido no item anterior, que a *opinion* concorrente dos *Justices* Souter, Ginsburg e O'Connor ressaltou que não existia razão para discu-

⁶ 505 U.S. 833 (1992).

⁷ A Justice O'Connor, embora tendo subscrito a opinião majoritária, redigiu opinião concorrente, aludindo à importância do esclarecimento dos fatos para a devida decisão da questão.

⁸ “The Due Process Clause guarantees more than fair process, and the ‘liberty’ it protects includes more than the absence of physical restraint (...) But we ‘have always been reluctant to expand the concept of substantive due process because guideposts for responsible decision making in this unchartered area are scarce and open-ended’. Collins, 503 U. S., at 125. By extending constitutional protection to an asserted right or liberty interest, we, to a great extent, place the matter outside the arena of public debate and legislative action. We must therefore ‘exercise the utmost care whenever we are asked to break new ground in this field’, *ibid.*, lest the liberty protected by the Due Process Clause be subtly transformed into the policy preferences of the Members of this Court, Moore, 431 U. S., at 502 (plurality opinion). Our established method of substantive-due-process analysis has two primary features: First, we have regularly observed that the Due Process Clause specially protects those fundamental rights and liberties which are, objectively, ‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition’, *id.*, at 503 (plurality opinion); Snyder v. Massachusetts, 291 U. S. 97, 105 (1934) (‘so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental’), and ‘implicit in the concept of ordered liberty’, such that ‘neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed’, Palko v. Connecticut, 302 U. S. 319, 325, 326 (1937). Second, we have required in substantive-due-process cases a ‘careful description’ of the asserted fundamental liberty interest, Flores, *supra*, at 302; Collins, *supra*, at 125; Cruzan, *supra*, at 277278” (Opinion majoritária redigida pelo Justice Rehnquist, 521 U.S. 702 1997).

tir-se o devido processo legal garante o direito à eutanásia, na medida em que faltavam dados capazes de esclarecer os fatos relacionados ao tema.

Afirma-se que a Suprema Corte, ao decidir o caso à luz do devido processo legal e do direito à privacidade, teria abdicado da sua responsabilidade, na medida em que o caso realmente dependia do esclarecimento de uma série de fatos. Não há como supor que há interesse em preservar a vida, como se este fosse um interesse abstrato que não devesse considerar especialmente os fatos relacionados à possibilidade de se aferir, com segurança, a vontade do doente e a irreversibilidade do estado do paciente.

Note-se que a eutanásia pode ser admitida quando o paciente está em estado vegetativo, ao passo que a anencefalia, ao determinar a impossibilidade de vida pós-uterina, legitima o aborto. O que importa, no entanto, é que a devida individualização e esclarecimento dos fatos é imprescindível tanto no caso em que se pretende estabelecer o direito à eutanásia quanto o direito ao aborto do feto anencéfalo.

Nos Estados Unidos, tentou-se extrair da zona de penumbra do direito à privacidade – admitido como garantido pelo devido processo legal – um direito (à eutanásia) que exigia o esclarecimento de fatos que sequer tinham sido debatidos pelos parlamentos estaduais. No Brasil, quando se discutiu a questão dos fetos anencéfalos, abriu-se oportunidade para a participação de *amici curiae* e especialistas para o esclarecimento dos fatos.

Na ADPF n. 54 (Brasil, 2012), em que se discutiu a constitucionalidade do aborto do feto anencéfalo, a Corte obviamente foi obrigada a raciocinar com base em fatos. O relator, Ministro Marco Aurélio, deferiu a participação, em audiência pública, de “entidades representativas de diversos segmentos sociais, religiosos e científicos”, valendo-se do artigo 6º, §1º, da Lei n. 9.882/99. Mais claramente, permitiu-se a ouvida de *amici curiae* e de “pessoas com experiência e autoridade na matéria”, como entidades científicas e médico especialista no tema.

Ao decidir pela possibilidade do aborto do feto anencéfalo, o relator aludiu a vários depoimentos de pessoas com autoridade e experiência na área de saúde. Entre eles o do Dr. José Aristodemo Pinotti, que, segundo o voto do relator, foi “bastante elucidativo ao confirmar que há dois diagnósticos de certeza na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia. Ante um diagnóstico de

certeza de anencefalia, inexistente presunção de vida extrauterina. ‘Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida’” (Brasil, 2012). Assim, decidiu-se pela constitucionalidade com base nos depoimentos de especialistas sobre o assunto, ou seja, com base em fatos.

Quando se invoca o direito fundamental à privacidade para se afirmar a possibilidade do aborto do feto anencéfalo se raciocina com base em fatos. A norma constitucional que afirma o direito à privacidade (art. 5º, X, Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)) é interpretada com base em fatos para ganhar um significado claro, o direito de realizar o aborto ao se constatar a anencefalia do feto.

Como está claro, não são apenas os fatos pressupostos pela lei que importam para o controle de constitucionalidade. A norma constitucional também pode orientar a identificação de fatos que importam à decisão constitucional. Conforme demonstrou Konrad Hesse, o conteúdo da norma constitucional, em regra, não pode ser realizado a partir do que nela está contido. Isso quer dizer que a realização do conteúdo de uma norma constitucional frequentemente depende da realidade a que se destina a regular. A interpretação constitucional, em outras palavras, exige que sejam tomadas em conta as particularidades das relações existenciais concretas sobre as quais a norma incide. Exige-se, assim, a concretização da norma (Hesse, 2009). Nos termos de Konrad Hesse (Hesse, 2009; 1959; 1973). e (Müller, 1976), o segmento da realidade regulado pela norma é dela um componente constitutivo objetivo.

Quanto maior é a indeterminação da norma constitucional maior é a possibilidade e a necessidade de considerar os fatos para atribuir-lhe significado diante de uma situação concreta. Na verdade, tratando-se de norma constitucional fechada, aproximando-se do que se entende por regra, restrita é a possibilidade de cogitar sobre fatos para o controle da constitucionalidade (Herani, 2016, p. 243). Nesses casos, podem importar os fatos pressupostos pela lei para a verificação da sua contradição com a imposição constitucional. Ao inverso, quando o parâmetro do controle é uma norma aberta ou um princípio, apontando-se apenas para o fim da legislação, identificar e esclarecer fatos pode ser imprescindível para atribuir significado à norma constitucional na situação concreta, legitimando-se ou não a lei (Marinoni, 2023, p. 731).

Como visto, o direito à privacidade, sem dúvida um direito fundamental bastante indeterminado, legitima o aborto do feto anencéfalo e a eutanásia apenas quando determinados fatos são devidamente individualizados, discutidos e esclarecidos.

5 FATOS CONSTITUCIONAIS E VALORES: ENTRE AS FUNÇÕES DOS *AMICI CURIAE* E DOS ESPECIALISTAS

Como já dito, a lei da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (Lei n. 9868/99) abriu oportunidade à discussão dos fatos no Supremo Tribunal Federal. Além de permitir a participação de *amici curiae*, os artigos 9º, § 1º e 20, § 1º, da Lei n. 9.868/99 dizem que, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, *poderá o relator 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*”⁹.

Falar em perito e pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria é obviamente aludir a fatos que podem ser esclarecidos mediante prova pericial ou técnica. Esclarecer fatos, no entanto, nada tem a ver com a pretensão de legitimação da decisão constitucional mediante a participação dos vários grupos interessados na solução da questão.

Os *amici* podem discutir fatos, mas não se prestam a prová-los. Estes têm interesse na solução da Corte. Tanto é assim que os critérios para a aferição da legitimidade da sua participação têm especial relação com a adequação para representar grupos ou parcelas da população e não com os critérios que apontam para a imparcialidade e a excelência técnica que necessariamente devem marcar o perito e o especialista.

Ademais, os *amici curiae* não estão limitados à discussão de fatos. Tendo em vista que o fundamento da participação do *amicus* é o de colocar às claras e defender a posição de determinado grupo social, postulando determinada interpretação da Constituição, é equivocado limitar a sua atuação à discussão dos fatos. O *amicus* pode realizar qualquer argumentação que possa favorecer

⁹ O mesmo está previsto na Lei n. 9.882/99, que regula a arguição de descumprimento de preceito fundamental: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (art. 6º, § 1º, Lei n. 9.882/99)

o alcance da interpretação que interessa ao grupo que representa, inclusive estritamente jurídica. Os *amici* podem se postar em favor da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade com base em argumentos científicos, políticos, morais, econômicos e jurídicos.

Pode haver fatos controvertidos a partir da subjetividade moral de cada um. Esses últimos, que podem ser ditos fatos morais, não se submetem a testes de verificação. Já que insuscetíveis de serem aferidos a partir de critérios admitidos pelos interessados na discussão, obviamente não podem ser esclarecidos objetivamente ou de modo racional. No entanto, estes fatos muitas vezes estão no cotidiano das pessoas, ou melhor, na raiz na dimensão pluralista que caracteriza o Estado constitucional (Epstein; Knight; Shvetsova, 2001, p. 117).

Isso tem consequência clara e importante para um tema bastante atual e importante, o dos desacordos morais razoáveis. Ainda que *amici* possam representar grupos para discutir questões morais, essas não se submetem aos critérios próprios à discussão de fatos. Se quem afirma um fato pode tentar evidenciar a correspondência da sua afirmação com a realidade, quem afirma um valor negado por outrem jamais poderá almejar uma solução pautada em critérios capazes de objetivamente permitir a declaração de qual valor deve prevalecer.

Uma questão moral pode ser decidida pela Corte quando a ela se agrega um fato que pode ser esclarecido objetivamente ou não depende de esclarecimento, por ser notório. Quando se discute sobre um desacordo moral, mas se alega que este, de um lado, sustenta-se em discriminação ou em simples vontade de prejudicar direitos de um grupo social, há um fato, relacionado ao desacordo, que pode ser demonstrado de modo objetivo. Note-se que não se está esclarecendo a discussão moral em torno do fato, mas o fato que espelha a violação de um direito fundamental.

Do mesmo modo, ao se discutir, por exemplo, sobre cotas universitárias, há que se aferir fatos para demonstrar a razão e o proveito em favorecer um grupo em detrimento de outros, que não podem se valer das cotas. Tais fatos devem ser debatidos no Parlamento. Caso estes fatos sejam ignorados, ou indevidamente analisados, a Corte pode considerá-los objetivamente para chegar a uma conclusão a respeito da questão (Waldron, 2006, p. 1401).

Da distinção entre fato capaz de ser objetivamente esclarecido e fato sobre o qual paira discórdia moral decorre a impossibilidade de convocar o perito

e o especialista para debaterem e elucidarem o último. Estes podem apenas esclarecer um fato relacionado com a questão moral, ou melhor, um fato que faz ver que há violação de um direito fundamental.

Porém, o *amicus curiae* interessado na prevalência de uma posição moral pode alegar que fatos externos à questão moral determinam a (in)constitucionalidade. Assim, no caso do suicídio assistido, um *amicus* que se posta em favor da inconstitucionalidade da eutanásia em virtude da concepção religiosa dos seus representados, pode invocar, por exemplo, fato ocorrido em país em que a eutanásia passou a ser admitida para evidenciar que a proliferação do seu uso pode atentar contra o direito à vida¹⁰. De outra parte, *amicus* cujos representados entendem que a eutanásia é indispensável para garantir a dignidade humana pode aludir às dores físicas e aos transtornos psicológicos aos quais são submetidos os doentes terminais.

Lembre-se que na ADPF n. 54 (Brasil, 2012), que tratou da questão da constitucionalidade do aborto do feto anencéfalo, o relator abriu oportunidade tanto para a intervenção de *amici curiae*, vistos como representantes de parcelas da sociedade, quanto para especialistas. Entre os *amici* participaram, entre outros, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Associação de Desenvolvimento da Família e Rede Nacional Feminista de Saúde.

O mesmo ocorreu quando da discussão da eutanásia nos Estados Unidos. Na Corte do Segundo Circuito, por exemplo, foram admitidos como *amici*, entre outros, *United States Catholic Conference*, *New York State Catholic Conference*, *New York State Right to Life Committee, Inc.*, *The National Right to Life Committee, Inc.*, *Americans United for Life*, *Americans for Death with Dignity* e *Death with Dignity Education Center*. O *Judge Calabresi*, em sua *opinion*, advertiu expressamente que vários *amici* argumentaram que as leis do estado de Nova Iorque, acerca do suicídio assistido, conscientemente adotaram as suas visões sobre o que a vida e a morte devem ser, tendo a *United States Catholic Conference*, por exemplo, alegado ainda que o suicídio assistido não é voluntário e é relacionado a doenças psiquiátricas¹¹.

¹⁰ Ao decidir *Vacco v. Quill* e *Washington v. Glucksberg*, a Suprema Corte serviu-se de informes de especialistas a respeito das consequências da autorização da eutanásia na Holanda. Alegou-se que, a partir da sua admissão, surgiram muitos casos de eutanásia involuntária. Ver (Comella, 2012, p. 266).

¹¹ *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716, 2d Cir. (1996).

Como é evidente, a comunidade católica tem o direito de falar sobre a sua posição acerca da vida e da morte perante a Corte. Isso não quer dizer que estes argumentos possam ser utilizados como razões de decidir. Ao se verificar que a decisão judicial será uma mera resolução sobre o melhor fundamento religioso, restará claro que a Corte não deve decidir. Os genuínos desacordos morais razoáveis (Waldron, 2006, p. 1346-1407). não devem ser solucionados pela Corte, sob pena de se atribuir-lhe poder de proferir uma decisão que depende da expressão do sentimento de cada pessoa, e que, por isso, deve ser tomada pelo Legislativo.

O direito de um *amicus* falar não se restringe à sustentação da posição moral dos seus representados, de modo que a participação de uma entidade que representa uma comunidade religiosa certamente abarca quaisquer fundamentos que possam influenciar a Corte, inclusive os estritamente ligados aos fatos.

Sublinhe-se, no entanto, que ainda que o *amicus* possa argumentar com base em fatos, apenas o perito e o especialista têm autoridade para esclarecê-los imparcialmente, o que não quer dizer que a convicção da Corte sobre os fatos não possa ser extraída, com a devida cautela e mediante adequada justificação, do debate entre os *amici*, até porque estes podem reconhecer fatos que são contrários às suas próprias posições.

6 A IMPORTÂNCIA DO DEVIDO ESCLARECIMENTO DOS FATOS PARA O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Embora o Legislativo brasileiro também não conceda a devida atenção aos fatos, aferindo-os, discutindo-os e justificando-os, não deveria haver qualquer dúvida quanto à necessidade de bem analisar os fatos para a elaboração de uma lei. Afinal, editar uma lei é, antes de tudo, ter a realidade em conta para promovê-la segundo os termos da Constituição.

Lembre-se que Waldron, ao demonstrar a superioridade da decisão do Parlamento do Reino Unido acerca do aborto sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Roe v. Wade*, deixou claro que a Corte estadunidense, ao longo da sua decisão, dedicou poucos parágrafos ao que realmente importava, como o direito à vida do feto, tendo tratado exclusivamente da linguagem do *Bill of Rights* e da oportunidade de se utilizar a cláusula do *due process of law* para se “criar” direitos constitucionais. Enquanto a discussão realizada na Suprema

Corte dos Estados Unidos teve como objeto questões respeitantes à teoria da interpretação, os membros da *House of Commons* trataram de fatos e apresentaram justificativa quanto a eles (Waldron, 2006, p. 1384-1385).

O Parlamento, melhor do que a Corte, tem condições de oportunizar debate popular e científico sobre os fatos e, assim, justificar posições que deles dependem. A incompletude e a falta de seriedade na discussão dos fatos obviamente não podem ser vistas como algo natural ao ambiente parlamentar. O Parlamento, para decidir, tem dever de tratar de todos os fatos relevantes, abordando-os a partir de uma metodologia que revele e garanta a devida participação popular, assim como a autoridade e a imparcialidade dos especialistas consultados e dos resultados alcançados. Isso tudo, como é evidente, deve ser devidamente justificado.

Não há como negar que o Legislativo tem dever de completude, de aferição da credibilidade das suas fontes e de justificativa, assim como a Corte. As Cortes, porém, também não cumprem com o seu papel diante dos fatos. Na verdade, os fatos constitucionais, no Judiciário, além de não serem devidamente justificados, carecem de quaisquer critérios que dirijam a sua discussão e esclarecimento (Faigman, 2008, p. 12).

Muitas vezes, aliás, a Corte interpreta os fatos constitucionais, ao invés de devidamente esclarecê-los. Imagina-se que os fatos constitucionais podem ser afirmados sem critérios processuais ou que garantam o devido processo legal ou, no mínimo, o contraditório. Assim, são frequentes as decisões em que se afirma uma convicção pessoal quantos aos fatos constitucionais ou em que se utiliza um estudo particular não submetido às partes e aos *amici* para se declarar fato constitucional relevante.

Além disso, frequentemente a Corte deixa os fatos de lado para realizar uma interpretação normativa ou alude aos fatos, sem esclarecê-los, para fundamentar uma decisão meramente interpretativa. Conceitos como liberdade de expressão, por exemplo, obviamente não são termos autoaplicáveis. Diante de um caso concreto, não há como afirmar liberdade ou igualdade sem considerar e esclarecer devidamente os fatos.

Não obstante, os fatos são de grande importância para o diálogo institucional. Tanto o Legislativo quanto o Judiciário atualmente decidem questões relevantes para a sociedade a partir da zona de penumbra dos direitos fundamen-

tais. Nessas situações, importam os fatos sociais que podem determinar uma decisão legislativa ou judicial com base em normas constitucionais de conteúdo altamente indeterminado. Ter em conta o conteúdo das normas que afirmam direitos fundamentais, sem considerar e esclarecer os fatos, é proferir uma decisão interpretativa destituída de qualquer base racional e legitimidade democrática. A interpretação de direitos fundamentais apenas tem sentido quando de acordo com a realidade ou com o mundo empírico.

Discutir sobre a eutanásia, o aborto, as cotas universitárias e as drogas – para falar de apenas algumas questões constitucionais discutidas com base em direitos fundamentais – sem a devida atenção aos fatos é simplesmente ignorar a racionalidade da decisão que admite a inclusão dos fatos no raciocínio interpretativo.

Mais do que isso, desconsiderar os fatos, impedindo a concretude e a racionalidade das decisões das instituições públicas, é inviabilizar o diálogo em torno da interpretação constitucional, tornando a Constituição refém de instituições autoritárias, que tanto podem instituir leis quanto decisões ilegítimas diante da necessária busca da verdade que deve orientar o Estado Democrático de Direito.

O Estado não pode deixar de se empenhar para alcançar a verdade, especialmente quando essa é pressuposto indispensável para a afirmação do sentido da Constituição¹². A busca da verdade dos fatos constitucionais é pressuposto ético do Estado de Direito, bem como valor moral indispensável para que as pessoas possam ter confiança na autoridade do Estado e do próprio Direito (Kneip, 2009, p. 311).

O processo legislativo que não se importa em ter claros os fatos que determinam o texto legal ignoram a razão de ser da deliberação parlamentar. Do mesmo modo, a Corte, especialmente quando decide na zona indeterminada dos direitos fundamentais, não pode deixar de esclarecer os fatos que dão conteúdo à sua interpretação. Na democracia, há um pacto de verdade entre as institui-

¹² Trata-se, simplesmente, de um dever de buscar a verdade ou de se esforçar para encontrá-la, e não de uma tentativa de equiparar a decisão judicial à verdade ou de pretender alcançar a verdade material. O único ponto de contato entre a verdade constitucional e a verdade processual está em que ambas são satisfeitas mediante a ideia de “busca” ou de realização de esforços para o encontro do que se passa na realidade. Como escreve Peter Häberle, “objetivos educacionais jurídico-constitucionais, a obrigação para com a verdade das testemunhas, as fórmulas de juramento dos dignatários de funções públicas – tudo isso está relacionado à busca da verdade, na qual o Estado constitucional está formalmente empenhado. Que isto, porém, não implica uma garantia objetiva de alcançar a verdade é evidente (...)” (Häberle, 2008, p. 108).

ções públicas e o povo¹³, sendo inconcebível atos de governo, leis e decisões judiciais constitucionais descomprometidas com o que se passa na realidade.

As instituições não podem dialogar à distância da verdade. Todas as regras que servem ao procedimento inspirado na busca da verdade – na Corte ou no Parlamento – são importantes para racionalizar a interpretação constitucional, deixando-a a salvo da acusação de violadora dos valores da democracia. Daí a importância da prova e, por consequência, da justificativa dos fatos constitucionais. A justificativa sobre os fatos constitui um meio que confere oportunidade à realização do diálogo, permitindo que as instituições possam conversar a partir de um critério racionalmente demonstrável.

A verdade sobre os fatos, em que se ampara a interpretação judicial que se opõe à lei, goza de objetividade quando racionalizada e adequadamente justificada. A consistência da justificativa, ou seja, a força das razões sobre os fatos, permite à Corte demonstrar a idoneidade da interpretação ao Parlamento e à população. Do mesmo modo, a eventual fragilidade das razões da Corte dá margem não apenas a justas críticas das pessoas, mas também à devida resposta do Legislativo, inclusive mediante a elaboração de lei em contradição à decisão ou ao precedente firmado em sede de controle de constitucionalidade, para o que a reabertura da deliberação sobre os fatos obviamente pode ser indispensável (Marinoni, 2023, p. 126-129).

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Flavia Martins, O conceito indeterminado de prognose e a Lei 12.401/2011, *RIDB*, n. 12, 2013.

BETHGE, Johannes. **Der sachverhalt der normenkontrolle**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ de 12 abr. 2012, p. 433. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em: 23 de maio de 2023.

¹³ “Para dunque evidente che la cura per la verità è una componente essenziale dela democrazia; per uno Stato democratico è sempre sbagliato mentire ai cittadini” (Taruffo, 2009, p. 95).

COMELLA, Víctor Ferreres Comella. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

D'ASSUNÇÃO, Cynthia Gontijo; KATTAH, Marina. Controle de constitucionalidade das prognoses legislativas pelo Poder Judiciário. Belo Horizonte, **MPMG Jurídico**, n. 12, 2008.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. **Law & Society Review**, v. 35, 2001.

FAIGMAN, David Laurence. **Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts**. New York: Oxford, 2008.

HÄBERLE Peter. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HERAINI, Renato G. **A prova da inconstitucionalidade**. Curitiba: Ed. Prisma, 2016.

HESSE, Konrad. **Die normative kraft der verfassung: Freiburger antrittsvorlesung**. Tübingen: Mohr Siebrek, 1959;

HESSE, Konrad. **Grenzen der verfassungswandlung. Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag** Berlin: Ehmke, Horst; Kaiser, Joseph H.; Kewenig, Wilhelm A. (Ed.), 1973.

HESSE, Konrad Hesse. A Interpretação Constitucional. **Temas fundamentais do direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2009, n. 45.

KNEIP, Sascha. Verfassungsgerichte als demokratische Akteure. **Der beitrage des bundesverfassungsgerichts zur qualität der bundesdeutschen demokratie**, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2023.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. Brasília, DF, **Revista Jurídica da Presidência**, v. 8, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische methodik**: Berlin. Duncker & Humblot, 1976.

PHILIPPI, Klaus Jürgen, **Tatsachenfeststellungen des bundesverfassungsgerichts**: ein beitrag zur rational-empirischen fundierung verfassungsgerichtlicher entscheidungen, esp. [1971].

TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**. Bari: Laterza, 2009.

TORRES, João Guilherme Gualberto. **Fatos e prognoses no controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

STEIN, Ekkehart, **Die rechtswissenschaftliche arbeit: methodische grundlegung und praktische tips**, Heidelberg: Mohr Siebeck, 2000.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.