

**Considerações finais:  
as prognoses das mudanças informais**

Embora haja controvérsia teórica e relativamente baixa aplicação pelas Cortes, pelo menos de modo sistemático ou mesmo expresso, o Poder Judiciário detém legitimidade para o exame da regularidade do processo decisório, tanto na feitura de leis quanto na elaboração de políticas públicas. Caberia a ele averiguar o atendimento dos requisitos de inclusão e de apuro técnico no estabelecimento dos meios e fins, segundo o horizonte de prognóstico definido com bases empíricas. A análise seria tanto sobre o aspecto da legitimidade quanto sobre as decisões baseadas em evidências.

No primeiro aspecto, competiria às cortes verificar se os mecanismos de consulta pública foram efetivos, possibilitando a participação da sociedade; se as audiências, descentralizadas na medida do possível, foram precedidas de ampla divulgação e se viabilizaram a manifestação da pluralidade de vozes para conformação da prognose acolhida. No segundo aspecto, as cortes devem analisar se as prognoses estavam assentadas em elementos empíricos, cientificamente tratados, que autorizassem a suposição de que, com alto grau de probabilidade, seriam concretizadas. As cortes, no exame de sua regularidade do processo, devem se valer também dos espaços ampliados de vozes que as ajudem a verificar o atendimento dos requisitos de participação e do empenho na apuração das circunstâncias fáticas e científicas para formulação dos prognósticos, definindo-se pelo mais plausível, racional e, se possível, consensual.

Devem elas mesmas abrir-se à produção de provas, de modo que suas decisões sejam também baseadas em evidências. O exame *ex post* das prognoses, pautado em princípio na presunção da legitimidade do trabalho legislativo (ou dos formuladores de políticas públicas), pode levar, todavia, à conclusão de que os legisladores não foram diligentes o bastante em sua análise prospectiva, não ouviram suficientemente quem poderiam e deveriam, foram pouco transparentes ou inclusivos, relegaram provas relevantes e que lhes estavam à disposição, descumpriram o protocolo da comunidade científica e os próprios regimentos, acolheram prognósticos com alto grau de imprecisão e erraram por negligência ou intenção.

Em situações assim, a intervenção judicial não é apenas autorizada, mas exigida. É de se admitir, com a excepcionalidade devida, que mesmo em caso de cumprimento do devido processo legislativo (ou de tomada de decisão), as cortes também tenham de intervir. Se as prognoses se mostrarem equivocadas, pela superveniência de fatos imprevisíveis ou mesmo pela imponderabilidade de todo prognóstico, não parece adequado que se mantenha uma política ou lei desastrosa. O apelo ao legislador ou aos formuladores da política pública, para que façam a correção adequada dentro de certo tempo, parece o caminho mais adequado para privilegiar o diálogo institucional e a governança constitucional. Mantida a inércia, porém, caberia às cortes pôr fim ao desatino, estabelecendo, se necessárias, regras de transição até que os inadimplentes cumpram com seu dever constitucional.

O constitucionalismo democrático exige que os legisladores exerçam suas funções constitucionais com total respeito ao mandato recebido das urnas. Essa exigência requer mais do que o atendimento de ritos e quóruns para aprovação de suas decisões. É preciso que as decisões estejam embasadas em estudos e evidências. As suas prognoses, portanto, devem ser feitas após análise de todas as informações disponíveis. Esse trabalho, além de ser transparente, deve se abrir à participação da sociedade. Imagina-se que a prática política depende de acordos parlamentares mais do que premissas idealizadas. Entretanto, sucumbir ao

realismo parlamentar apenas serve para legitimar as disfuncionalidades do sistema representativo.

A intervenção da sociedade poderia ser o antídoto. E parece ser o melhor deles. Sem embargo, as cortes também têm um papel relevante nessa tarefa. Elas teriam que superar um controle meramente formal do trabalho legislativo e exigir, ainda que em seus testes de racionalidade, uma demonstração empírica das razões que levaram às escolhas legislativas. Precisariam elas mesmas aperfeiçoar seus mecanismos decisórios, atentas aos reclames de abertura do procedimento à sociedade e de participação mais efetiva de especialistas. Em outros termos, o controle que exercem de constitucionalidade e de convencionalidade das leis deveria ser baseado em evidências.

A análise das escolhas legislativas de fins a serem alcançados e dos meios mais adequados para atingi-los é feita tanto nos processos ordinários de aplicação das leis quanto na fiscalização de sua constitucionalidade. Essa análise pode se dar por meio do emprego do repertório clássico de tópicos argumentativos, fazendo-se inferências, no plano linguístico, de causalidades e correlações lógicas; e também pode se realizar com uma investigação dos elementos teóricos e empíricos que embasaram o legislador a fazer as suas escolhas e prognoses, numa operação de pesquisa dos fatos legislativos. Nos dois casos, tendem a se desenvolver e utilizar testes de racionalidade das leis, em especial a razoabilidade e a proporcionalidade, que guiam o trabalho judicial.

A Suprema Corte dos Estados Unidos foi a pioneira em pesquisar as suposições e fins do legislador no centro de diversos testes de racionalidade que desenvolveu para identificar não só a promoção do justo balanceamento de interesses conflitantes, mas também da idoneidade dos meios escolhidos para promover os fins almejados. É certo que sua jurisprudência não reconhece o dever constitucional de os legisladores apresentarem as razões de suas opções, mas o seu repertório é pródigo de exemplos de pesquisas dos fatos legislativos que norteiam as decisões de constitucionalidade.

Em diversos casos, as análises dos registros legislativos apontam falhas de bases empíricas para as constatações feitas e para erros de prognoses. Noutros, porém, abdicam de perquirir tais registros em nome de uma especial deferência ao legislador e, o que lá é também comum, às normas editadas pelas agências reguladoras. Em geral, as incertezas científicas e a alternatividade de meios adequados à promoção de valores constitucionais ou do bem comum balizam as deferências, mas não podemos nos fiar na noção de que esses elementos garantirão autocontenção.

A valorização e a profundidade da fiscalização dos registros legislativos, com as assunções empíricas e os prognósticos envolvidos, variam segundo um juízo de conveniência judicial nem sempre fácil de justificar ou prever. De toda forma, tem-se notado uma tendência de a Corte buscar elementos empíricos para tomar as suas decisões. Se saberá dosar seu juízo de conveniência judicial e inclinação ideológica com a apropriação adequada do discurso científico é algo a se descobrir nos próximos horizontes de tempo e de casos.

O controle de constitucionalidade do devido processo legislativo pode ser feito de modo puramente formal, a verificar se foram cumpridas as iniciativas e ritos estabelecidos na Constituição e na elaboração das leis. Ainda, o controle pode se dar de forma mais profunda, procedimental-material, a identificar se as escolhas legislativas se basearam em evidências empíricas e em conhecimento científico, abrindo-se para um debate amplo com a sociedade, sempre que envolverem assuntos complexos ou envoltos em incertezas.

De um modo geral, os tribunais da jurisdição constitucional, dentre eles o Supremo Tribunal Federal (STF), têm se bastado com a primeira modalidade de controle, atentos a seus déficits de legitimidade democrática e às suas limitações funcionais. A jurisprudência do STF mantém-se, em regra, muito deferente às opções legislativas nos domínios técnicos, exercendo sua fiscalização no plano da compatibilidade formal ou léxica do produto legislativo – a lei ou mesmo a política pública – com a Constituição, sob a mediação linguística do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Especialmente por influência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o STF tem avançado, em algumas oportunidades, no exame dos fatos legislativos, empregando, na análise das bases empírico-científicas e prognoses legislativas, os testes de evidência, justificabilidade e grau de intensidade. Nem sempre de modo expresse, as ideias presentes nesses testes têm estimulado incursões no trabalho investigativo dos legisladores. Essa jurisprudência, todavia, é cercada de dúvidas, inconstâncias e baixo desenvolvimento, tornando sua predição um exercício arriscado a ser feito. Cuida-se de iniciativas envoltas em polêmicas na academia e em imprecisões e incertezas em sua realização. Seja como for, demonstram uma tendência que se apresenta também no âmbito do controle de convencionalidade, levado a efeito pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

As mudanças informais da Constituição, mais conhecidas como mutações constitucionais, são alterações de significado e sentido dos enunciados normativos das constituições, sem mudança (ou sem mudança significativa) de seu texto. Por elas, novas normas são produzidas, outras perdem eficácia ou simplesmente se transformam, em maior ou menor grau, no espectro de sentidos que podem ou poderiam gerar. Quase sempre se avalia como fator dessa mudança o Poder Judiciário.

Não raras vezes, os estudos do assunto se referem a modificações constitucionais promovidas por interpretação judicial da Constituição. “Interpretar” é uma palavra complicada. Num sentido amplo – e correto – o legislador interpreta a Constituição para dar densidade a suas normas. Esse processo segue, de regra, um roteiro diferente do que sucede no Judiciário. Elementos técnicos e políticos se somam aos argumentos estritamente jurídicos. A inovação não tarda a mostrar-se, pois a Constituição, até primeira e principalmente, mostra-se pelas leis.

Em diversos sistemas, há leis que materialmente assumem um destaque na escala das fontes jurídicas. Não há distinção hierárquica formal, mas elas dinamizam um certo ramo ou segmento jurídico, irradiando-o com seu fecho de sentido. Tornam-se, de modo declarado ou invisível, uma declaração de sentido da Constituição, contaminando, desde então, os

conceitos naqueles domínios. O Executivo também desempenha um papel relevante no processo de efetivação constitucional. A pretexto de executar as leis ou de aplicar a Constituição, ele introduz sentidos que, pela aparência ou verticalidade, não estavam presentes desde o início.

As mudanças constitucionais silenciosas podem ser legítimas ou ilegítimas, do ponto de vista da Teoria da Constituição. Se seguem uma teleologia constitucional, se promovem valores e princípios presentes na Constituição, podem até levar o tecido semântico dos enunciados a fronteiras inimagináveis no início do trabalho constituinte. Se violentam essa teleologia, esses valores e princípios são rupturas que afetam o padrão de formalidade constitucional. A efetividade tem seu peso. E seu preço. Cabe a quem estuda o fenômeno compreendê-lo e sopesá-lo. A realidade é mais vívida e complexa do que toda biblioteca de Direito Constitucional.