

Os Fatos Legislativos na Jurisdição Constitucional

Margarida Maria Lacombe Camargo¹

Meu propósito é trazer o tema de valoração das provas para o terreno da jurisdição constitucional, diante do fenômeno cada vez mais recorrente das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, e pelo fato de o tema das provas e da sua valoração ser tratado quase que exclusivamente no direito processual sob uma perspectiva pretérita, de adjudicação do direito. Muito pouco ou quase nada tem sido trabalhado sobre a importância dos fatos na jurisdição constitucional, quando eles assumem uma visão prospectiva, de natureza legislativa. O eixo do trabalho é a distinção feita por Kenneth Culp Davis entre fatos legislativos e fatos adjudicativos.

Em um primeiro momento será feita uma breve apresentação das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, com base na legislação que as prevê e destaque para a distinção que pode ser feita entre fatos legislativos e fatos adjudicativos, em função da sua utilização no processo judicial.

Na sequência, serão apresentados alguns aspectos teóricos sobre a identificação dos predicados fáticos normativos que servem de objeto à ação de controle de constitucionalidade das leis realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

No terceiro momento será feita uma provocação, de natureza teórica, no sentido de introduzirmos os fatos legislativos na doutrina do direito processual, especificamente no que diz respeito ao problema da valoração das provas.

Por último, um breve estudo de caso sobre um julgamento realizado pela Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que pode servir de exemplo ao que foi dito.

1- O STF e as Audiências Públicas

O Supremo Tribunal Federal brasileiro vem realizando cada vez mais audiências públicas. Trata-se de uma possibilidade prevista pelo legislador ao editar a lei 9868/99 e

¹ Professora de Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.

o Regimento Interno da Corte para “ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal.”²

De 2007, data da primeira, até dezembro de 2015, foram realizadas 18 audiências públicas.³ Alguma dúvida existe, entre os pesquisadores, se elas, na realidade, voltam-se para a legitimação da Corte, ao ouvir a sociedade, ou para que os ministros obtenham algum tipo de conhecimento necessário à decisão, mas que escape aos limites da dogmática jurídica.

O que vemos, da análise feita sobre os discursos de abertura e encerramento das audiências, momento em que o organizador esclarece seus propósitos e limites, é que a colaboração dos experts e dos representantes de movimentos sociais ali presentes servem para oferecer informações de natureza técnica e científica, ainda que baseadas na experiência. As organizações sociais, mesmo com sua existência marcada para a defesa de interesses no terreno da política, normalmente se fazem representar por um professor pesquisador. Somando-se a isso o fato de não existirem critérios de representatividade democrática nas audiências públicas, deslocaremos nosso foco para o terreno da técnica e da cientificidade, nos concentrando sobre os argumentos daí advindos.

² Lei 9868/99, art. 9, § 1º e RISTF, arts. 13, XVII e 21, XVII, que permitem ao Relator do caso ou ao Presidente da Corte “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”. Mantida a atribuição do Relator pelo mesmo diploma legal: “Art. 21. São atribuições do Relator: [...]XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.



Fato é que por meio das audiências públicas dados e informações de ordem empírica chegam à Corte, demandando tratamento probatório, pois é com base neles que os juízes irão decidir.⁴

O trabalho do juiz no âmbito da jurisdição constitucional é distinto dos juízes de primeira e segunda instância e, portanto, o uso que fazem dos fatos da realidade é também distinto. Importante, assim, anotar a diferença entre duas ordens de fatos que importam ao Direito, e para isso nos valem de distinção feita por Kenneth Culp Davis em 1942, quando se deparou com o forte aspecto técnico regulatório das agências reguladoras nos EUA.⁵

When a court or an agency finds facts concerning the immediate parties—who did what, where, when, how, and with what motive or intent—the court or agency is performing an adjudicative function, and the facts so determined are conveniently called adjudicative facts. When a court or an agency develops law or policy, it is acting legislatively; the courts have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform the tribunal's legislative judgment are called legislative facts.

Stated in other terms, the adjudicative facts are those to which the law is applied in the process of adjudication. They are the facts that normally go to the jury in a jury case. They relate to the parties, their activities, their properties, their businesses. Legislative facts are those which help the tribunal to determine the content of law and policy and to exercise its judgment or discretion in determining what course of action to take.

O problema central a ser enfrentado, na ocasião, era o tratamento que a legislação que estava sendo gestada nos Estados Unidos, para a unificação das regras processuais relativas a provas, daria aos fatos legislativos. Na medida em que se cuida de fatos que não interessam diretamente à defesa das partes e à apuração da verdade pelo juiz responsável pela aplicação da sanção, eles recairiam na categoria da “judicial notice”, isto

⁴ A Lei 9868/99 foi construída sob o princípio de que as questões de fato não estão excluídas da jurisdição constitucional. Expressamente encontramos no texto da sua exposição de motivos que “Hoje, não há como negar a comunicação ente norma e fato [...], que constitui condição da própria interpretação constitucional.

[...]Tem-se, assim, a proposta de dois novos institutos, o *amicus curiae* e a audiência pública, que servirão para modernizar o processo constitucional brasileiro.”

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicao-demotivos-150030-pl.html>

⁵ “When an agency finds facts concerning immediate parties what the parties did, what the circumstances were, what the back-ground conditions were -the agency is performing an adjudicative function, and the facts may conveniently be called adjudicative facts. When an agency wrestles with a question of law or policy, it is acting legislatively, just as judges have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform its legislative judgment may conveniently be denominated legislative facts. DAVIS, Kenneth Culp. *An approach to problems of evidence in the administrative process*. 55 Harv. L. Rev. 364 1941-1942, p.402

é, poderiam ser considerados independente da apresentação de prova.

Com a experiência das agências reguladoras, Davis nota que também o poder judiciário lança mão de fatos legislativos para julgar. Sua atuação é criativa e nem todos os fatos que suportam o julgamento podem ser objeto de prova.

[...] whenever a tribunal is engaged in the creation of law or of policy, it may need to resort to legislative facts, whether or not those facts have been developed on the record.

The exceedingly practical difference between legislative and adjudicative facts is that, apart from facts properly noticed, the tribunal's findings of adjudicative facts must be supported by evidence, but findings or assumptions of legislative facts need not, frequently are not, and sometimes cannot be supported by evidence.⁶

A Federal Rules of Evidence, criada em 1972 nos Estados Unidos, acabou por alijar expressamente da Judicial Notice os fatos legislativos, Rule 201.⁷ Com isso abre-se todo um rol de discussão no sentido de que os fatos legislativos, cada vez mais acessíveis pelas novas tecnologias como a internet, ficam ausentes formalmente dos autos (out of the records) uma vez que sequer pelo mecanismo da Judicial Notice podem ser processualmente considerados (conhecidos) e contraditados.

No Brasil essa discussão não se faz presente. A doutrina tradicional dos fatos notórios e das regras da experiência, independente de provas, referem-se, respectivamente, a “fatos cuja ciência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz, como por exemplo a data em que se comemora a independência do país”, e “a noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam ser apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de condições, apresentar-se no futuro”.⁸

⁶ DAVIS, Kenneth Culp. *Judicial Notice* – 55 Colum. L. Rev. 945 1955, p. 952

⁷ Federal Rules of Evidence.

Rule 201. Judicial Notice of Adjudicative Facts.

(a) Scope. This rule governs judicial notice of an adjudicative fact only, not a legislative fact.

...

https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_201

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da Experiência e Conceitos Jurídicos Indeterminados. In *Temas de Direito Processual*. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.62.

“As regras da experiência se distinguem dos fatos notórios pela generalidade e abstração que as caracterizam, advindo de variadas fontes, inclusive com base científica, embora já tenham sido incorporadas no saber popular, como por exemplo, a de que onde existem águas estagnadas

É no âmbito da jurisdição constitucional, onde a criação normativa mais se faz presente, a incidência dos fatos legislativos ganha acento especial. Nos Estados Unidos, David Faigman⁹ é um dos autores que mais vem se dedicando ao estudo dos fatos legislativos na Suprema Corte, ainda que em 1924 Biklé já tivesse apontado para a importância do que chamava de “fatos constitucionais”.¹⁰ No Brasil, o Ministro Gilmar

Mendes, um dos autores da Lei 9868/99, que disciplina o processo de controle de constitucionalidade das leis, já destacada de início, escreveu um trabalho especificamente sobre os fatos legislativos e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, tomando como base a experiência alemã.¹¹ Influenciado na teoria de Peter Habermas no sentido de que se o juiz constitucional não interpreta de forma isolada o texto constitucional, a tendência é a de que o processo constitucional admita e amplie novas formas de participação. “O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição.” O autor, em síntese, trabalha o tema dos fatos legislativos em termos de prognoses, chamando a atenção para a criação de um modelo procedimental aberto para a jurisdição constitucional. “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.”¹²

2- A criação de normas pelo Supremo Tribunal Federal: em especial o seu predicado fático

proliferam mosquitos, ou a de que é de nove meses o período de gestação do ser humano, ou a de que as águas correm do nível mais alto para o mais baixo.”. Idem., *Ibidem.*, p. 62.

⁹ FAIGMAN, David L. *Constitutional Fictions – a unified theory of constitutional facts*. Oxford University Press, 2008.

¹⁰ BIKLÉ, Henry Wolf. Judicial determination of questions of fact affecting the constitutional validity of legislative action. *Harvard Law Review*, Vol. 38, No. 1 (Nov., 1924), pp. 6-27.

¹¹ MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. *Revista dos Tribunais* nº 766, 1999, pp.11 - 28.

¹² MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 3, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>

As Cortes Constitucionais, no exercício do controle da constitucionalidade das leis, atua como legislador negativo ao alterar a ordem vigente com a declaração de inconstitucionalidade da lei presumidamente válida. E atua como legislador positivo quando, ao decidir sobre o caso concreto, cria precedente a ser seguido pelo próprio tribunal e pelas instâncias inferiores.

Parto do princípio de que mesmo em países da tradição da *civil law*, como o Brasil, o precedente judicial cria norma jurídica na medida em que aponta ao jurisdicionado uma nova conduta como devida. A título de exemplo basta citar a ADPF 54, que reconheceu a possibilidade da interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos. O Supremo Tribunal julgou diretamente com base na Constituição abrindo, na realidade, mais uma exceção à proibição do aborto além das já previstas no Código Penal. A partir daquela decisão as mulheres souberam que, no Brasil, é lícito tomar tal atitude. E os exemplos são vários, inclusive a decisão que conclui pela licitude do uso de células tronco embrionárias para pesquisa, conforme exemplo a ser explorado mais adiante.

Situam-se, assim, as normas provenientes das decisões das Cortes Constitucionais na mesma hierarquia das leis ordinárias. Como guardião da Constituição, em termos institucionais o STF tem posição superior, mas a norma extraída de suas decisões possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias.

Schauer mostra que o precedente é a regra (parte generalizável) que serviu de justificativa à decisão anterior.¹³

A norma surge, conforme mostra Guastini,¹⁴ quando reconhecemos a existência de um “fato condicionante”, ou hipótese, ao qual se atribui uma consequência normativa. Normas reguladoras (prescritivas) criam “fatos institucionais”, que disciplinam “fatos brutos” (aqueles independentes das normas). As normas conferem a um fato bruto um sentido normativo (ou institucional), e isso tem base em Kelsen, quando diz que a norma é padrão de interpretação para os fatos “jurídicos”¹⁵. Assim Guastini observa que “é impossível descrever esses fatos sem fazer referência às normas que o constituem”.

¹³ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cap.III, item 4.

¹⁴ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. III, item 3.

¹⁵ KENSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

Para percebermos como a parte generalizável, constitutiva da regra, se apoia em conhecimentos empíricos, nos valem do estudo de Schauer sobre a formação dos predicados fáticos normativos.

O predicado fático de uma regra consiste numa generalização percebida como causalmente relevante para um objetivo que se procura alcançar ou um mal que se procura evitar. A prescrição desse objetivo, ou a proscricção desse mal, constitui a justificação que portanto determina qual generalização constituirá o predicado fático da regra.¹⁶

O conhecimento empírico mostra as causas que produzem determinados resultados no mundo real. E como é em função desses resultados que queremos controlar as ações humanas, as causas que lhe dão origem e servem de justificativa para a atribuição do conseqüente normativo devem ser suficientemente conhecidas e também controladas. A certeza e veracidade sobre os fatos aparece aqui como fator determinante de justificativa para a criação do Direito. “O predicado fático de uma regra é uma generalização probabilística em relação a alguma justificação (quase sempre, mas não necessariamente, não mencionada).”

O controle dos fatos que servem de justificativa para a criação da norma jurídica é tarefa típica do legislador. Mas como vimos que no âmbito da jurisdição constitucional também se cria direito, ou pelo menos é nos tribunais constitucionais que esse fenômeno é mais facilmente verificado e provoca maior impacto na ordem jurídica positiva, é sobre ele que concentraremos nossas atenções.

Mas a tarefa do juiz não se confunde com a do legislador. O Tribunal Constitucional é instado a aplicar a Constituição, mediante provocação. Não age de ofício. Nesse sentido, a descontar as norma de organização, cujo suporte fático é mais facilmente determinado, na seara dos direitos fundamentais a questão se complica. Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, ao se debruçar sobre o tema, a função primordial das liberdades públicas é proteger algo contra intervenções indevidas. A definição desse *algo*, sua extensão e quais os tipos possíveis de intervenção corresponde àquilo que é protegido pela norma constitucional e constitui o seu suporte fático.¹⁷

¹⁶ SCHAUER in MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Zahar, 2015, p. 171.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.

Em conformidade com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, sabemos que a construção do suporte fático relativo a uma questão que envolve (restrição de) direitos fundamentais, é matéria que se sustenta nas circunstâncias do caso concreto, ainda que sem perder a dimensão generalizadora da norma adscrita que servirá de precedente para julgamentos futuros.¹⁸

Alexy mostra que a aplicação de direitos fundamentais, notadamente os de liberdade, implica numa relação de colisão, dado que a liberdade de um vai até onde a liberdade do outro deve ir. Estabelece-se, então uma relação de precedência condicionada. A questão aqui é decidir sob que circunstâncias condicionantes um princípio tem preferência sobre outro. “As condições sobre as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”.¹⁹ Sustenta sua tese tomando como exemplo do Caso Lebach.

Trata-se da seguinte situação: um canal de televisão projetaria, pela segunda vez, um documentário sobre um crime em que quatro soldados que guardavam um depósito de armas do Exército, perto de Lebach, foram assassinados enquanto dormiam e armas foram subtraídas para a realização de outros crimes. Uma pessoa condenada como cúmplice nesse crime e que estava próxima de sair da prisão, considerou que a divulgação do documentário com seu nome e fotografia expostos, violaria o seu direito fundamental de ressocialização. A colisão deu-se entre o direito à proteção da personalidade e o direito à informação. O tribunal levou em consideração a atualidade da informação sobre atos delituosos, e assim decidiu que em caso de repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde a interesses atuais e que põe em perigo a ressocialização do autor, deve prevalecer a proteção da personalidade frente a liberdade de informação. Assim a regra que orientou a decisão baseou-se em quatro condicionantes de ordem fática: $S1 + S2 + S3 + S4$, e pode ser descrita nos seguintes termos: “uma informação televisiva repetida ($S1$), que não responde a um interesse atual de informação ($S2$) sobre um fato delituoso grave ($S3$) e que põe em perigo a ressocialização do autor ($S4$) está constitucionalmente proibida.”²⁰

¹⁸ ALEXY, Robert., *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁹ Idem., *Ibidem.*, p. 94.

²⁰ Idem., *Ibidem.*, itens 3.2.1 e 3.2.2, p. 90 a 98.

O exercício da ponderação, consequência da colisão de princípios apontada por Alexy, sustenta-se na argumentação quando se procura provar, pelo convencimento, que um direito fundamental deve prevalecer sobre o outro. Mas vale reparar que a argumentação constitucional não se limita a argumentos de natureza normativa jusfundamental ou principiológica. Para a interpretação e o alcance das normas constitucionais também concorrem argumentos empíricos, resultado daquilo que se pode provar do mundo real.²¹ E aqui, dentro dos limites do Direito, quando o mundo do ser serve de justificativa ao mundo do dever ser, o problema da valoração das provas ganha especial relevância. Nesse sentido, acreditamos que a Teoria do Direito tem que abraçar um campo de justificativas que, apesar da sua conotação política, não escapa, por exemplo, do Direito Constitucional.

3- Fatos e provas na jurisdição constitucional

A idéia aqui é mostrar como o problema da valoração das provas está posto na doutrina processual hodierna e propor o seu alcance para a esfera da jurisdição constitucional.

Porque e como falar em provas no âmbito da jurisdição constitucional? Como se daria a valoração dos fatos nesta seara?

As hipóteses que trabalhamos na jurisdição constitucional não é a hipótese de uma conduta realizada, no sentido de se verificar quem fez o quê, quando, onde e porquê, traduzida em uma ação específica: A matou B (hipótese 1) e A não matou B (hipótese 2); A causou dano a B ou A não causou dano a B. As hipóteses que têm que ser provadas aqui é se a norma A fere a Constituição ou não. Se a autorização para a exploração, industrialização e comercialização do amianto, fere ou não a Constituição.

Os fatos e provas a serem valoradas, em sustentação à hipótese de confrontar ou não a Constituição, segundo o livre convencimento do juiz, alcançam o nível das razões subjacentes, para utilizar a nomenclatura de Schauer relativa às razões que deram origem

²¹ ALEXY, Robert. *Princípios Formais*. [Trad. Alexandre Travessoni Gomes Travisonno]. In *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3 a 36.

à norma, conformada que é em generalizações simplificadas.²² Schauer explica os predicados fáticos como generalizações entrincheiradas e resistentes às razões subjacentes, limitando o raciocínio jurídico à operação lógico-dedutiva que transfere a verdade da premissa geral ao caso concreto pela correspondência dos fatos provados à hipótese fática prevista na norma. Como mostra Alexy, a norma de direito constitucional tem estrutura diferenciada das regras, cujo poder de determinação permite a subsunção. A norma de direito jusfundamental, na linguagem do autor, é um mandamento de otimização cuja aplicação está sujeita à restrição imposta por um outro direito fundamental que venha a colidir com aquele cuja proteção se defende. E isso porque o que está em questão não é uma situação pretérita, mas um caso difícil, configurado em uma medida restritiva de direito fundamental.²³ Nesses casos, a hipótese a ser comprovada pela Corte não é se Fulano matou Beltrano, por exemplo, mas se, também como exemplo, a norma que permite a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos fere ou não o direito à vida consagrado na Constituição. No caso, não é uma ação que é julgada pelo juiz, mas o pressuposto fático de uma norma, quando necessariamente as razões subjacentes à sua criação entram em cena.²⁴

Muitas vezes, como vemos com a experiência das audiências públicas, essas razões tornam-se mais visíveis. Quando o juiz busca subsídios para decidir na fala de especialistas e essa fala é registrada no processo, temos um campo fértil para conhecer muitos dos fatos e dados nos quais ele se baseou. Mas esses fatos e dados, como dito de início, têm uma coloração científica e precisam ser tratados como tal. Um primeiro rol de dificuldades é estabelecer parâmetros de aceitação que afastem a má ciência (*junk science*). Nos Estados Unidos e Europa muito se tem avançado nesse aspecto, a partir da discussão que deu origem ao Caso Daubert, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1993. Nele foram criados critérios de admissibilidade nos moldes do que as ciências duras estabelecem. No Brasil não temos conhecimento de iniciativas desse tipo, recaindo sob a discricionariedade do juiz a escolha daqueles que se habilitam às

²² SCHAUER in MARCONDES, Danilo e STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Zahar, 2015.

²³ Estamos afastando aqui as questões de competência, relativas às normas de organização, que também recaem na jurisdição constitucional.

²⁴ Para efeitos deste trabalho, o termo juiz é utilizado amplamente, abarcando magistrados de cortes superiores, tribunais colegiados e também o próprio tribunal.

audiências públicas ou daqueles que ele, juiz, acha que devem ser convidados, dentre “pessoas com experiência e autoridade na matéria”, nos termos da legislação regente.

A discussão doutrinária que encontramos em termos de provas científicas, recai no âmbito da ciência forense, cujo foco são as provas periciais para fins de adjudicação do Direito no caso concreto. Em matéria de prova sobre fatos legislativos, pouco ou quase nada se avançou no mundo latino. É questão espinhosa, porque ao atrair para o campo de investigação do Direito fatos de natureza política, todo o cuidado é pouco para não confundirmos o direito com a política. E aqui quase que voltamos a Kelsen. Mas sob o paradigma pós-positivista, que enxerga uma relação necessária entre direito e moral pelas regras do discurso, não nos restringindo aos princípios formais de Habermas, acreditamos poder avançar.

Em termos de valoração de provas, ainda que de forma simplificada, são os modelos holísticos e narrativos da teoria processual.²⁵ Mas acredito válido, a partir da experiência das audiências públicas, tentar perceber como a argumentação se apresenta quando se trata de analisar a correspondência da lei com a Constituição. Desafio este que ganha complexidade especial quando tratamos de ciência. Por um lado, porque a veracidade do discurso científico se apoia na certeza, objetividade e segurança oferecidas pelo rigor metodológico. Por outro, na contrapartida, porque se trata de um discurso valorativo, da ordem do *dever ser*, sustentado em razões de ordem prática. Eis o problema da valoração das provas que pretendemos, aqui, alçar à esfera da jurisdição constitucional.

Conforme anotamos no início deste trabalho, a legislação brasileira prevê que pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria podem ser chamadas *para esclarecer questões ou circunstâncias de fato*. E mais: *com repercussão geral ou interesse público relevante*, caracterizando assim os efeitos gerais da decisão. Portanto, e

²⁵ Nesse sentido conferir TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade* – o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, e CARVALHO, Maria Clara da Cunha Calheiros de. In *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos eníveis de interação no mundo global* / Alexandre Walmott Borges e Saulo de Oliveira Pinto Coelho (Coordenadores); Gonçal Mayos Solsona, José Carlos Remotti Carbonell Moacir Henrique Júnior e Yanko Moyano (Organizadores). – 1. ed. – v. 1 – Uberlândia, MG: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado - LAECC, 2015, p.277-299.

conforme já destacado, no âmbito da jurisdição constitucional a matéria de fato tem alcance distinto da jurisdição ordinária.

Marina Gascón Abellán, ao analisar a valoração de provas científicas no campo judicial, mostra que “as provas científicas falam da probabilidade dos dados à luz das hipóteses judiciais examinadas e não ao contrário: da probabilidade das hipóteses judiciais à luz dos dados”.²⁶ A título de esclarecimento traz os seguintes exemplos:

O resultado de uma análise de voz, por exemplo, ou o de uma comparação de perfis de DNA, não diz (nem conclusiva nem provavelmente) que a voz, ou o DNA do vestígio analisado, pertence a tal ou qual pessoa, senão que apenas aporta *dados* que, uma vez *interpretados* com as adequadas ferramentas estatísticas, dizem coisas do seguinte tipo: “é X vezes mais provável que coincidam os perfis genéticos se o vestígio analisado procede do acusado do que de uma fonte distinta”.

E assim volta-se para o “paradigma da verossimilhança”, de Royal, que se erige em três perguntas relativas às provas científicas: 1) o que nos dizem os dados sobre a hipótese A em relação à hipótese B?; 2) em que devemos crer a partir desses dados? 3) o que devemos fazer?, assumindo uma perspectiva valorativa.²⁷

A valoração da prova científica, diz Marina Gascón, consiste em atribuir valor probatório à hipótese que descreve os fatos do caso. O que o juiz deve fazer é “*determinar o que há que se crer sobre a hipótese em consideração à luz do informe pericial e (também) do resto das provas e informações que atuam na causa. O juiz valora a prova, não é perito dos peritos.*”.²⁸ Sendo que o juiz realiza essa valoração subjetivamente, pro conta do princípio do livre convencimento. É o seu papel. Do contrário, seria o perito ou o especialista quem decidiria.

Pois bem, e como trabalhar com esses paradigmas quando a hipótese da decisão não consiste em definir, por exemplo, se A matou ou não matou B, mas se a norma X está ou não em conformidade com a Constituição; ocasião em que o predicado fático construído pelo legislador é o que está em cheque? E quando a generalização entrincheirada no texto normativo, a despeito das razões subjacentes que lhe servem de origem, é o que se mostra à apreciação do tribunal?

²⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba Científica. Um Mapa de Retos. *In Estándares de prueba y prueba científica*. Carmen Vázquez [Org.] Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 187.

²⁷ *Idem. Ibidem.*, p. 188.

²⁸ *Idem. Ibidem.*, p. 196 e 197.

Em primeiro lugar devemos dizer que, ainda que se fale em criação de normas pelo STF e no uso de fatos legislativos, não adentramos ao campo do político. Nos mantemos no campo do jurídico, ainda que na esfera constitucional onde eles mais se aproximam. A obrigação do juiz é aplicar a Constituição e nesse ponto, como dito, abraçamos a tese de Alexy no sentido de que as normas constitucionais de direito fundamental são mandamentos de otimização que, ao entrarem em colisão, demandam uma carga argumentativa forte o suficiente para sustentar sua aplicação no caso concreto, ou seja, declarar a inconstitucionalidade de determinada norma ou medida arguida como inconstitucional. Nesse sentido acredito que a lei da ponderação epistêmica de Alexy pode nos oferecer condições para a análise. Eis do que se trata: “Quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam”,²⁹ sem nos descurarmos da dimensão narrativa própria da interpretação de fatos e provas.

Estudos de caso, como o que consta a seguir, a partir da experiência do STF pode nos ajudar a verificar e analisar esse processo.

4- O Exemplo da ADIN 3510

Do inteiro teor da decisão da ADIN 3510, que enfrenta o problema do uso de células tronco embrionárias frente à proteção do direito à vida na Constituição, de início destacamos a manifestação de alívio sentido pelo Ministro Relator ao obter apoio nas teses apresentadas em audiência pública, o que certamente, conforme manifesta, “contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema”³⁰. Muito embora o Ministro se mostre ciente dos limites da ciência para muitas questões, ao reconhecer a existência de: “... domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar...”.

²⁹ ALEXY, Robert. *Princípios Formais*. [Trad. Alexandre Travessoni Gomes Travisonno]. In *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.9.

³⁰ As referências sobre este caso podem ser encontradas no inteiro teor da decisão acessível através do link <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

A Ação Direita de Inconstitucionalidade, principal mecanismo de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, tem como objeto, neste caso, dispositivo legal que prevê a possibilidade do uso, para pesquisa, de células tronco de embriões inviáveis, congelados a mais de três anos e com a anuência dos genitores.³¹

O núcleo da impugnação, reconhece o Ministro Relator, é “a afirmação de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, à vista do direito à vida consagrado na Constituição. O Magno Texto Federal, diz ele, não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E continua: “as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana.”

Daí conclui que “o embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível.”, sob a narrativa de que “o que se tem no art . 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades

³¹ Lei 11.105/2005: Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano in vitro.”

Do exposto podemos extrair o seguinte:

1) Que a norma do artigo 5 a Lei de Biossegurança, cuja constitucionalidade se questiona, pode ser descrita da seguinte forma: É permitido, para fins de pesquisa científica, o uso de células tronco provenientes de embriões inviáveis, congelados a mais de três e que conte com a anuência dos genitores.

2) Como pressuposto normativo (comando): “É permitido”;

Como pressuposto fático (aquilo que deve ser provado): “o uso, para fins de pesquisa científica, de células tronco provenientes de embriões inviáveis, congelados a mais de três e que conte com a anuência dos genitores.”.

3) Esse conjunto normativo é o objeto de avaliação, sob julgamento, da Corte Constitucional, no sentido de aferir sua validade, tendo em vista o direito à vida consagrado no texto constitucional.

4) O Relator procurou apoio de especialistas para saber o que são células tronco embrionárias e a necessidade do seu uso para os fins pretendidos pelo legislador, quando se indaga sobre a potencialidade de cura pelos métodos perseguidos pelos pesquisadores. Ou seja, se não haveria um meio menos gravoso com o mesmo grau de eficácia.

Somando-se a isso, tomou conhecimento também das circunstâncias do caso, como a quantidade de pessoas com doença neurodegenerativas e as consequências econômicas e políticas para o Brasil, decorrentes da possível monopolização de patentes por parte de países estrangeiros.

5) A decisão baseou-se, assim, nos dados e informações oferecidos em audiência pública e pelos *amicu curiae* que espontaneamente acorreram ao processo. Dados esses valorados pelo juiz a título de prova e justificativa para sustentar a hipótese em pauta: “o artigo 5 da Lei 11.105/2005 não fere a Constituição”, diante do conjunto normativo que compõe a Constituição Federal Brasileira.

6) De forma sintetizada, a narrativa decorrente do juízo de constitucionalidade pode ser apresentado na seguinte passagem da decisão:

“O que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas

que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal "ISTO É" de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94).". (grifo nosso)

Como pode ficar claro, as razões subjacentes que deram origem à lei estiveram presentes. Inclusive, nos lançando a um outro rol de problemas, que é a consideração ou não, e em que medida, do mesmo processo de indagação sobre fatos legislativos em audiência pública, quando isso ocorre.

5. Conclusão

Procuramos mostrar que a presença de fatos legislativos na jurisdição constitucional é uma realidade e o direito probatório deveria enfrentar os desafios de admissibilidade e métodos de interpretação que eles exigem. Como vimos, na seara constitucional as razões subjacentes à norma constituem objeto de avaliação por parte do Tribunal e, assim, sua apreciação metodológica só se pode dar sob a matriz pós-positivista. E, na medida em que as justificativas de escolha do pressuposto fático da norma é de base empírica, os dados e informações que lhe dão sustentação devem ser considerados matéria de prova, sujeitos a critérios de validade e valoração jurídicas.