

O controle de prognose legislativa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

Evidence-based judicial review of legislation in the case law of the Federal Constitutional Court of Germany

  José Adércio Leite Sampaio¹

Resumo: A constitucionalidade das leis, realizada pelos órgãos da jurisdição constitucional, requer, de maneira expressa ou implícita, que o processo legislativo se tenha baseado em elementos empíricos, ou em evidências que sustentem as prognoses nelas positivadas. Esse requerimento tende a ser aferido geralmente por meio de juízos formais de conformidade mas, como revela a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, é, às vezes, avaliado por incursões em elementos factuais que integraram o processo deliberativo no âmbito parlamentar. A subteorização da matéria e a crítica democrática de reconhecimento de uma competência judicial de tamanha magnitude têm propiciado intervenções judiciais sem muita coerência ou previsibilidade. No presente artigo, procuram-se respostas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Na metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; devido processo legislativo; prognose legislativa; Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) e pós-doutorado pela Universidad de Castilla la Mancha (2018). Atualmente é professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, na área de concentração "Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável", professor titular da Escola Superior Dom Helder Câmara e Procurador da República do Ministério Público Federal. E-mail: joseadercio.contato@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9452-4811>. CV: <http://lattes.cnpq.br/6500803835232465>.

Abstract: The judicial review requires, expressly or implicitly, that the legislative process must be based on empirical elements or on evidence that support the prognoses made in them. This requirement tends to be gauged generally through formal conformity judgments, but, as the case law of the Federal Constitutional Court of Germany reveals, it is sometimes assessed by forays into factual elements that integrated the deliberative process in the parliamentary sphere. The sub-theorizing of the matter and the democratic criticism of recognizing a judicial jurisdiction of such magnitude have provided judicial intervention without much coherence or predictability. In this article, answers are sought in the jurisprudence of the Federal Constitutional Court of Germany. Bibliographic and documentary research were used in the methodology.

Keywords: judicial review; due legislative process; legislative prognosis; Federal Constitutional Court of Germany.

Data de submissão do artigo: abril de 2021.

Data de aceite do artigo: julho de 2021.

Introdução

As leis carregam em si os meios normativos de fins a serem alcançados, todos definidos no processo de feitura legislativa. Nesse processo, parece intuitivo supor que os legisladores basearam-se em elementos empíricos, a partir dos quais realizam seus prognósticos, traduzindo tudo na linguagem jurídica. Se não o fazem expressamente, por exemplo, por meio de consultas a especialistas e à coletividade em geral, partem de elementos da experiência ou de relações causais que, muitas vezes, associados a interesses corporativos e concretos, indutores desses elementos ou relações, estabelecem os conteúdos normativos em vista dos objetivos estabelecidos. Os *atos legislativos*, portanto, ou são expressamente considerados ou, pelo menos, são pressupostos pelo legislador.

A questão que ultimamente tanto inquieta boa parte da literatura é saber se os juízes, notadamente os que integram os tribunais da jurisdição constitucional, podem investigar esses fatos em sua inteireza e concretude. De plano, parece correta a afirmação de que os juízes avaliam, ainda que implicitamente, esses fatos. Importa dizer que, na interpretação das leis ou no controle de sua constitucionalidade, eles, mesmo se valendo de enunciações formais e juízos de racionalidade da lei, que não adentram as considerações empíricas das razões e prognoses legislativas, avaliam a correção do emprego e exame dos fatos legislativos, reais ou presumidos. A questão que se deixa ainda por responder é se poderiam fiscalizar as evidências e previsões que concretamente foram ou deixaram de ser analisadas pelo legislador. E se esse trabalho também se poderia ou deveria basear em evidências e prognoses confirmatórias ou substitutivas.

No presente trabalho, procuram-se respostas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Na metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental. Pode não ser a resposta que se estenda aos demais tribunais da jurisdição constitucional, mas, pela sua referência no âmbito da jurisprudência constitucional comparada, merece um estudo à parte.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e as prognoses do legislador

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ganhou projeção internacional por ser, se não o pioneiro, atributo, em geral, conferido à Suprema Corte norte-americana, pelo menos, o que mais bem desenvolveu a técnica de avaliação empírica das prognoses legislativas (ROSE-ACKERMAN et al, 2015, p. 19). Em um multicitado levantamento feito no início dos anos 1970, foram identificados, no repertório jurisprudencial do Tribunal, entre 1950 e 1970, 208 menções a *atos legislativos*, dentre os quais havia 75 referências à expressão prognoses (PHILIPPI, 1971, p.193). Boa parte da literatura constitucional alemã não vê com bons olhos um eventual controle de constitucionalidade baseado em evidências, até pelo fato de não haver uma obrigação legislativa de apresentar os fundamentos de suas decisões (GEIGER, 1979, p. 141; WALDHOFF, 2016, p. 132). Para muitos autores, no entanto, o artigo 26(1) da Lei Orgânica do Tribunal (a *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG*), que a ele impõe o dever de colher as provas necessárias para o estabelecimento da verdade, abriria espaço para um controle de constitucionalidade baseado em evidências, o que estaria a pressupor um dever legislativo de fundamentar (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 215 ss). Um dever que seria ainda decorrente do princípio democrático (KISCHEL, 2003, p. 63 ss) e de eficiência e racionalização do processo legislativo (OSSENBÜHL, 1996, p. 163). Embora, por prudência ou autocontenção, o Tribunal evite expressar uma obrigação legislativa de fundamentar suas decisões e prognoses (ALEMANHA, 1992, par. 241, 281), ele costuma exigir o atendimento de certos requisitos do processo legislativo, que, pelo menos de modo oblíquo, importa uma tarefa de justificação das decisões do legislador².

2 Além do que se segue, note-se, por exemplo, no caso sobre “equalização financeira III” (Finanzausgleich III), os atributos que necessariamente deveriam ser atendidos pela lei: a) a lei, em sua generalidade formal, como primeiro dever de interpretar a Constituição, molda o futuro de maneira racional e planejada, pressupondo uma certa permanência regulatória, que estende sua aplicação a um número indefinido de casos futuros (“Das Gesetz gestaltet in seiner formellen Allgemeinheit rational-planmäßig die Zukunft, setzt eine gewisse Dauerhaftigkeit der Regel voraus, erstreckt ihre Anwendung auf eine unbestimmte Vielzahl künftiger Fälle, verwirklicht damit Distanz zu den Betroffenen, wendet die Aufmerksamkeit des regelnden Organs dem auch für die Zukunft verpflichtenden Maß zu und wahrt [quasi-amtliche Sammlung: “verwirklicht”] die Erstzuständigkeit des Gesetzgebers bei der Verfassungsinterpretation”). (ALEMANHA, 1999, p. 271-218); b) a legislação deve conter disposições compreensíveis e com base factual (“Zukünftig hat der maßstabgebende Gesetzgeber nachvollziehbare und widerspruchsfreie Regelungen vorzusehen (...). Insbesondere wird er zu prüfen haben, wie das Tatbestandsmerkmal der Leistungsschwäche in Art. 107 Abs. 2 Satz 3 GG” (ALEMANHA, 1999, p. 233)); c) o mandato legislativo dos artigos 106.º, §3º e 107.º, §2º, GG requer uma lei que estabeleça bases racionais para seu atendimento (“Im Ergebnis genügt dem Gesetzgebungsauftrag der Art. 106 Abs. 3 und Art. 107 Abs. 2 GG nur ein Gesetz, das sich nicht auf die Regelung von Verteilungs- und Ausgleichsfolgen beschränkt, vielmehr Zuteilungs- und Ausgleichsmaßstäbe benennt, die den rechtfertigenden Grund für diese Verfassungskonkretisierung” (ALEMANHA, 1999, p. 235)); d) a legislação estabelece critérios abstratos para consequências financeiras concretas, nas quais o legislador presta contas a si próprio e ao público, além de garantir a transparência do estado de direito na distribuição de fundos (“Eine Maßstabegesetzgebung schafft abstrakte Kriterien für konkrete Finanzfolgen, in denen der Gesetzgeber sich selbst und der Öffentlichkeit Rechenschaft gibt, die rechtsstaatliche Transparenz der Mittelverteilung sichert und die haushaltswirtschaftliche Planbarkeit und Vorausschubarkeit der finanzwirtschaftlichen Autonomiegrundlagen für den Bund und jedes Land gewährleistet.” (ALEMANHA, 1999, p. 219)). Veja-se também: (ALEMANHA, 2006).

A metódica da avaliação das prognoses

Na apuração do acerto das prognoses, por exemplo, algo que seria impensável, a dizer-se que não há um dever legislativo de justificação, a jurisprudência do Tribunal desenvolveu quatro processos ou testes para avaliação da racionalidade das leis: *Modellverfahren*, *Trendverfahren*, *Testverfahren*, *Befragungsverfahren*. O chamado *Modellverfahren*, ou *processo-modelo*, recorre aos métodos de predição das ciências sociais, com base em fatos relevantes, para extrair cenários e conclusões possíveis; o *Trendverfahren*, ou *processo de tendência*, avalia a evolução de certas tendências no tempo e, claro, relativas à matéria em exame; o *Testverfahren*, ou *processo de teste*, baseia-se no princípio de amostragem de dados empíricos, inclusive sociais, a partir dos quais são feitas projeções; e o *Befragungsverfahren*, ou *processo de entrevista*, que funciona como uma importante ferramenta de racionalização, em que se buscam identificar intenções dos agentes que integram o processo deliberativo (GUSY, 1985, p. 178 ss; MENDES, 2000; ZHANG, 2010, p. 90 ss. STEINBACH, 2015).³

A busca de uma metodologia que imprima maior correção na fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis é uma constante preocupação daquele Tribunal. No caso da Co-Determinação Corporativa, julgada em 1979, o Tribunal estabeleceu um modelo de estágio do controle de constitucionalidade das prognoses, de acordo com a importância dos interesses jurídicos, variando de uma mera verificação de erros evidentes, incluindo escolhas de meios flagrantemente contrários aos fins perseguidos, (*Evidenzkontrolle*) a uma simples verificação da sua razoabilidade ou plausibilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), a se investigar se o legislador realizou uma avaliação objetiva e justificável de todos os elementos de conhecimento disponíveis, bem como das consequências correlatas. Em continuidade, até o emprego de um escrutínio rigoroso (*intensiverte inhaltliche kontrolle*), em que se examina se o sacrifício de um

³ De se notar que uma proposta parlamentar que impunha o dever de o Tribunal se vincular juridicamente à investigação legislativa não foi aprovada. (OSSENBÜHL, 1976, p. 462). O Tribunal Constitucional, além das sustentações orais, pode delegar a outra corte que realize apuração sobre fatos e pessoas, mediante perícias e depoimentos, desde que diga respeito ao cumprimento da Constituição. Apenas de modo excepcional, o TCFA obtém evidências de fatos em um procedimento formal, pois, de acordo o art. 33 (2) da BVerfGG, ele há de (ou, para alguns, pode) respeitar os juízos sobre fatos realizados pelos tribunais ordinários. Em verdade, exige-se uma produção probatória praticamente exauriente no âmbito desses tribunais (MEBERSCHMIDT, 2016, p. 217).

interesse jurídico-constitucional fora devidamente justificado pela proteção de outro interesse jurídico relevante, segundo o juízo de proporcionalidade estrita ou de ponderação, valendo-se das avaliações e valorações fáticas que fez o legislador⁴.

Em diversos extratos de jurisprudência do Tribunal, a possibilidade de controle de constitucionalidade das prognoses legislativas, ainda que limitado, é reiterada. Já se afirmou, por exemplo, que o Tribunal não está sujeito a qualquer restrição para verificar a exatidão ou integridade das circunstâncias e dos fatos, atuais ou pretéritos, que embasaram a prognose legislativa. “O veredicto da inconstitucionalidade”, escreveu, “depende, no entanto, do fato de que a lei se baseie em uma determinação factual incorreta por parte da legislatura, de modo que nenhuma outra consideração relevante possa ser usada para justificá-la”⁵.

O Tribunal pode, na avaliação de fatos atuais ou pretéritos, analisar se o legislador realizou uma investigação a mais completa possível ou se ele ignorou fatos relevantes. “A demanda pela investigação mais ‘completa’”, escreveu, “pode razoavelmente se relacionar apenas a fatos importantes para a respectiva área regulatória”⁶. Ao legislador deve ser deixada, dentro de certos limites, a seletividade desses fatos. Não se pode negar-lhe espaço de apreciação, ainda que venha a cometer erro em suas previsões. “[Ele] pode, dentro de certos limites, ser autorizado a correr esse risco sem medo de uma avaliação constitucional negativa”⁷, mas, se as

⁴ “[...] [A] jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, embora no contexto de outras questões, usou padrões diferenciados ao avaliar previsões legislativas, com base no controle de evidências (por exemplo, BVerfGE 36, 1 [17] - Tratado Básico; 37, 1 [20] - Fundo de Estabilização; 40, 196 [223] - Lei de transporte rodoviário), em uma verificação de justificabilidade (por exemplo, BVerfGE 25, 1 [12f, 17] - Lei do moinho; 30, 250 [263] - Lei de Segurança; 39, 210 [225f] - Lei de Estrutura da Usina) até um controle conteúdo [mais] intenso (por exemplo, BVerfGE 7, 377 [415] - Farmácias; 11, 30 [45] - Médicos estatutários de seguros de saúde; 17, 269 [276 e seguintes] - Lei de Medicamentos; 39, 1 [46, 51 e segs.] - § 218 StGB; 45, 187 [238] - Prisão perpétua)” (ALEMANHA, 1979, p. 333). No original: “...hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle (etwa BVerfGE 36, 1 [17] - Grundvertrag; 37, 1 [20] - Stabilisierungsfonds; 40, 196 [223] - Güterkraftverkehrsgesetz) über eine Vertretbarkeitskontrolle (etwa BVerfGE 25, 1 [12f, 17] - Mühlengesetz; 30, 250 [263] - Absicherungsgesetz; 39, 210 [225f] - Mühlenstrukturgesetz) bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (etwa BVerfGE 7, 377 [415] - Apotheken; 11, 30 [45] - Kassenärzte; 17, 269 [276 ff.] - Arzneimittelgesetz; 39, 1 [46, 51 ff.] - § 218 StGB; 45, 187 [238] - Lebenslange Freiheitsstrafe)” (ALEMANHA, 1979, p. 333). Também estariam nessa lista: ALEMANHA, 1993b, p. 87, 96-97 (Transexuais II); ALEMANHA, 1997, p. 316-317 (Dívidas antigas); (MEBERSCHMIDT, 2016, p. 224).

⁵ “Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit hängt allerdings davon ab, dass das Gesetz auf einer fehlerhaften Tatsachenfeststellung des Gesetzgebers beruht, dass also nicht etwa andere, zutreffende Erwägungen zu seiner Begründung herangezogen werden können” (ALEMANHA, 2002, p. 150).

⁶ “Dabei kann sich die Forderung nach möglichst “vollständigen” Ermittlungen vernünftigerweise nur auf Tatsachen beziehen, die für den jeweiligen Regelungsbereich gewichtig sind (vgl. Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 954 ff.), und dem Gesetzgeber muss in gewissen Grenzen überlassen sein, auf welche Weise er die” (ALEMANHA, 2002, p. 151).

⁷ “Also muss auch dem Gesetzgeber innerhalb gewisser Grenzen zugestanden werden, dass er dieses Risiko eingeht, ohne eine negative verfassungsrechtliche Beurteilung befürchten zu müssen” (ALEMANHA, 2002, p. 152).

incertezas puderem ser eliminadas por meio de dados empíricos e normativos, não há margem de previsão insindicável⁸.

Como se viu no modelo de estágio da avaliação judicial, a margem de prognóstico só pode ser determinada em cada caso, levando-se em conta a particularidades dos fatos e a dificuldade da previsão, segundo uma “uma visão geral” tanto relacionada ao sujeito, quanto aos interesses a serem protegidos, não podendo “negligenciar a extensão da objetividade e a racionalização das expectativas subjacentes à lei”⁹. Equívocos provocados por fatores que poderiam ser controlados pelo legislador, como falta de tempo ou aconselhamento insuficiente, devem ser corrigidos, pois escapam da margem discricionária de previsão¹⁰. De qualquer sorte, a prognose se deve basear em “suposições factuais cuidadosamente determinadas (...), que, em qualquer caso, podem ser confirmadas no curso da revisão judicial”¹¹.

A metódica na prática: entre a conveniência e a imprevisibilidade

O emprego desses processos e modelo nem sempre é muito coerente ou previsível¹². A jurisprudência do Tribunal deixa muitas perguntas sem resposta, além de contradições (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 218). Em geral, ele ocorre no âmbito do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) e dos princípios da igualdade e da não discriminação (*Willkürverbot*). O Tribunal tem

8 “Soweit hingegen Unsicherheiten der Prognose durch gesicherte empirische Daten und verlässliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden können, scheidet ein Prognosespielraum aus” (ALEMANHA, 2002, p. 151).

9 “Der Prognosespielraum kann nur im Wege einer Gesamtbetrachtung ermittelt werden, die sowohl sachbereichsbezogen ist als auch die zu schützenden Interessen berücksichtigt und dabei das Ausmaß der Objektivierbarkeit und Rationalisierbarkeit der dem Gesetz zu Grunde liegenden Erwartungen nicht außer Acht lässt” (ALEMANHA, 2002, p. 152). Ainda: os legisladores têm direito a uma prerrogativa de avaliação a esse respeito. No entanto, o controle de constitucionalidade não se limita a um mero controle de defensibilidade [verificação limitada de adequação] (...). A avaliação constitucional depende da justificativa objetiva da avaliação do legislador (...): “Dem Gesetzgeber steht insoweit zwar eine Einschätzungsprerogative zu; die verfassungsgerichtliche Kontrolle ist hier jedoch nicht auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränkt (vgl. BVerfGE 106, 62 <148>; 110, 141 <174 f.>; 125, 141 <153>). Die verfassungsgerichtliche Beurteilung hängt von der objektiven Rechtfertigungsfähigkeit der Einschätzung des Gesetzgebers ab (vgl. BVerfGE 106, 62 <150, 152>)” (ALEMANHA, 2014, par. 115).

10 “äußere oder vom Gesetzgeber zu vertretende Umstände wie Zeitnot oder unzureichende Beratung sind nicht geeignet, den Prognosespielraum zu erweitern” (ALEMANHA, 2002, p. 152).

11 “Der Prognose müssen Sachverhaltsannahmen zu Grunde liegen, die sorgfältig ermittelt sind oder sich jedenfalls im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen” (ALEMANHA, 2002, par. 347).

12 Não se sabem exatamente em que modelo se quadram muitas das decisões. Vejam-se, por exemplo, a constitucionalidade da Lei de Assistência Geriátrica com providências vigor e execução (ALEMANHA, 2002); inconstitucionalidade da Lei sobre Professor Junior) (ALEMANHA, 2004b; constitucionalidade de lei que estipulava cobrança de taxa sobre filme (exibição, alugel, etc.). (ALEMANHA, 2014, par. 115). (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 224, n. 82).

afirmado que o “conteúdo e os limites [do princípio da proporcionalidade] não são abstratos, mas só podem ser determinados com base em fatos [cuja avaliação se modifica de acordo com] as áreas de regulamentação afetadas em cada caso” (ALEMANHA, 2011, p. 69)¹³. A mesma ordem de ideia é aplicada ao princípio da igualdade (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 218).

As limitações institucionais do Tribunal para realizar uma “meta-avaliação” dos “fatos legislativos”¹⁴, e o princípio da separação dos poderes, terminam por fazê-lo reconhecer um amplo espaço de conformação legislativa imune à fiscalização. Em princípio, as regulamentações econômicas, como as políticas fiscais, as legislações sobre o mercado de trabalho ou para promoção da justiça social, situam-se no juízo discricionário do legislador (BICKENBACH, 2016, p. 248; MEßERSCHMIDT, 2016, p. 224). Mas não somente isso: também estão em seu âmbito leis sobre o aborto¹⁵, o uso de *cannabis sativa*¹⁶, a engenharia genética,¹⁷ energia nuclear¹⁸ e incesto entre irmãos¹⁹.

13 “Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfGE 75, 108 [157f]; 93, 319 [348f]; 107, 27 [46]; 126, 400 [416] m.w.N.)”

14 A expressão “fatos legislativos” contempla causas e efeitos das questões sociais, culturais, econômicas e políticas que são considerados pela legislação. Os “fatos legislativos” são premissas teóricas e/ou empíricas utilizadas pelo legislador na elaboração das leis. Incluem tanto os fatos históricos, quanto os contemporâneos e os eventos futuros: KEETON, 1988.

15 A revisão constitucional avalia se o legislador levou em consideração suficientemente as peculiaridades da área regulada, as possibilidades de se fazer um julgamento adequadamente correto, em especial sobre os desdobramentos futuros e a importância dos interesses jurídicos em jogo, lidando com sua discricionariedade “de maneira razoável” (ALEMANHA, 1993a, p. 262).

16 A dúvida e estudos inconclusivos davam respaldo às prognoses legislativas: não se tinha ainda encerrado o debate sobre política criminal para se conseguir uma redução no uso de Cannabis, se pelo efeito preventivo geral do direito penal ou por meio de sua liberação. Tampouco o conhecimento cientificamente sobre o assunto permitia uma conclusão sólida, por ainda não estar completo (ALEMANHA, 1994, p. 181-182).

17 Em vista de uma ampla controvérsia social e científica sobre o uso da engenharia genética nas lavouras, particularmente quanto às relações causais e às consequências a longo prazo desse uso da engenharia genética, “os legisladores nessa área têm um dever particular de cuidado”. E, ao legislar, o legislador deve considerar não apenas os interesses econômicos e a liberdade científica, mas também o direito à vida e à integridade física, bem como a ordem constitucional para proteger os fundamentos naturais da vida na perspectiva de uma responsabilidade pelas gerações futuras. (ALEMANHA, 1994). Com base nessa obrigação, reconheceu-se a constitucionalidade de um conceito alargado de organismo geneticamente modificado; não se vislumbrou violação do direito de propriedade dos agricultores afetados, por terem de obter autorização para a colocação no mercado de produtos contaminados com os OGMs; nem atentado à liberdade de ciência, pela imposição de certas restrições a sua manipulação; nem se constitui atentado ilegítimo ao direito básico à autodeterminação informacional o dever de comunicar à autoridade competente o cultivo ou liberação de OGM. (ALEMANHA, 2010).

18 “Em uma situação que é necessariamente repleta de incertezas, é primeira e principalmente, responsabilidade política do legislador e do governo tomar as decisões que considerem apropriadas, dentro do escopo de suas respectivas competências. Nessa situação, não é tarefa dos tribunais substituir os órgãos políticos designados para fazê-lo. Porque, a esse respeito, há uma falta de padrões jurídicos” (In einer notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe). (ALEMANHA, 1978, item 4).

19 A criminalização de incesto foi considerada constitucional O Tribunal se baseou em estudos do Instituto Max Planck que demonstraram uma série de problemas psicológicos (redução autoestima, individualização inibida, falha no ambiente de trabalho, insatisfação geral com a vida, fortes sentimentos de culpa, etc.), embora os dados empíricos fossem considerados “não representativos”. O legislador também se baseou em considerações eugênicas e assumiu que o risco de dano hereditário não poderia ser descartado, devido à maior possibilidade de acúmulo de genes recessivos, descartando as objeções de falta de validade empírica desse raciocínio. Foi levada em conta também, pelo Tribunal, que a literatura médica e antropológica apontava para o risco particular de dano à herança. Enfim, concluiu-se que, no processo legislativo, esses aspectos tinham sido discutidos, tendo os legisladores enfatizado expressamente que não desejariam quebrar a tradição da proibição do incesto. Essa argumentação deu sustentação ao Tribunal a entender que a lei penal era proporcional. (ALEMANHA, 2008a).

Para justificar essa deferência, o Tribunal recorre à *Einschätzungsprärogative* (prerrogativa de avaliação), por tais temas envolverem incerteza epistêmica (VERMEULE, 2006; FLÜCKINGER, 2016), serem muito complexos, dividirem opiniões de especialistas (ALEMANHA, 2008b)²⁰, ou não comportarem uma discussão judicial em virtude das limitações do tempo processual (STEINBACH, 2016, p. 281-282). A deferência é ainda verificada com o emprego das técnicas de declaração intermediária de inconstitucionalidade (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 229), quase sempre acompanhada de uma ordem de monitoramento (*Beobachtungspflicht*)²¹ e de correção (*Nachbesserungspflicht*)²². Se se pode ver nesse expediente um instrumento dilatatório para evitar conflito interinstitucional deve-se ter em conta que o descumprimento dos deveres impostos leva o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade²³.

Como se pode notar, o Tribunal apenas excepcionalmente realiza um exame mais completo das bases empíricas que levaram a uma determinada opção legislativa. O controle mais rigoroso, em geral, ocorre quando há indicativos sérios de desvios de avaliação ou de erro manifesto de apreciação, embora predomine um grau elevado de discricionariedade dos juízes para definir quando tais indicativos ocorrem e, portanto, podem sindicá-los de modo mais profundo as razões e os elementos fáticos que levaram à aprovação da lei (MEßERSCHMIDT, 2016).

Alguns casos servem melhor à compreensão do trabalho do Tribunal. Uma lei da Baviera condicionava a instalação de novas farmácias a uma autorização administrativa que deveria ter em conta o interesse público e o impacto econômico de novas unidades sobre as farmácias já instaladas. Com base nessa Lei, o governo da Alta Baviera indeferiu o pedido para o estabelecimento de uma nova farmácia, argumentando que já havia uma unidade na cidade, então, com 6.000 habitantes, o que seria suficiente para atender à demanda de medicamentos à população.

20 Veja-se, porém, o caso de incesto (ALEMANHA, 2008a)

21 Nos casos de aborto (ALEMANHA, 1993a) e maconha (ALEMANHA, 1994)

22 Nos casos do julgamento universitário (ALEMANHA, 1973) aborto (ALEMANHA, 1993a) e sobre a Universidade de Brandeburgo (ALEMANHA, 2004a).

23 Citem-se, dentre outros, ALEMANHA, 1963 (Werkfernverkehr); 1964 (Pensionszusage); 1972 (Honorarverteilung); 1974 (Bonus-Malus-Regelung); 1977 (Numerus clausus II); 1980 (Kapazitätsausnutzung); 1981 (Fluglärm); 1989a (Multiple-Choice-Verfahren); 1993a (Schwangerschaftsabbruch II); 1997, (Altschulden). (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 229).

O assunto chegou ao Tribunal que teve de enfrentar, entre outros assuntos, a questão de saber se poderia analisar os prognósticos feitos pelo legislador, ao estabelecer as restrições à liberdade profissional. Tais restrições visavam impedir que o aumento ilimitado no número de farmácias gerasse uma competição predatória entre elas e gerasse riscos à saúde pública. No entender do Primeiro Senado, infirmou-se a previsão de que a instalação de novas farmácias prejudicaria a saúde da população. Para tanto, examinou a situação de outros países com o mesmo nível civilizatório da Alemanha e não identificou os problemas que deram base à decisão do legislador.

A liberdade de instalação, na Suíça, por exemplo, não constituía qualquer ameaça à saúde pública. Também lhe parecera equivocada a suposição legislativa de que a liberdade de estabelecimento de farmácias levaria a uma multiplicação ilimitada de unidades, pois desconsiderava o cálculo mercadológico do empreendimento. Nem lhe convencera o argumento de que a queda da renda dos farmacêuticos promoveria o descumprimento de seus deveres legais: “não se pode dizer, em geral, que o farmacêutico que trabalha sozinho não seja objetivamente capaz de exercer suas obrigações legais com consciência”²⁴. Tampouco a possibilidade de o aumento da concorrência, com impacto na renda, acarretar alguma tentação de contornar regulamentações, poderia justificar uma espécie de garantia de renda mínima aos profissionais: “as violações de deveres profissionais nem sempre são o resultado de dificuldades econômicas (...). Casos desse tipo devem ser punidos individualmente”²⁵.

Finalmente, o alegado temor de que o aumento de farmácia levaria necessariamente à maior procura de medicamentos decor-

24 “... sich auch nicht allgemein sagen, daß dem allein arbeitenden Apotheker die gewissenhafte Wahrnehmung seiner gesetzlichen Verpflichtungen objektiv nicht möglich sei. (ALEMANHA, 1958, p. 425).

25 “Das Bundesverfassungsgericht ist nicht davon überzeugt, daß die Niederlassungsfreiheit die Berufsmoral der Apotheker allgemein so gefährden werde, wie das von der Verwaltung befürchtet wird. Verschärfter Konkurrenzkampf mag eine gewisse Versuchung mit sich bringen, Vorschriften zu umgehen, die sich auf den Umsatz hemmend auswirken. Dadurch wird aber der Staat, wenn er einem Beruf im öffentlichen Interesse kostenverursachende Auflagen macht, nicht “Schuldner” des Berufsstandes in dem Sinne, daß er den Berufsangehörigen ein Mindesteinkommen gewährleisten müsse. Auflagen solcher Art gibt es bei vielen Berufen; sie müssen von jedem, der den Beruf ergreift, in die allgemeine wirtschaftliche Kalkulation seiner Berufschancen mit einbezogen werden. (...) Verstöße gegen Berufspflichten sind durchaus nicht immer die Folge wirtschaftlicher Notlage; häufig werden sie von Berufsangehörigen in gesicherter Position aus Gewinnsucht begangen. Fälle dieser Art müssen zu individueller Ahndung, u. U. zum Ausschluß des Schuldigen aus dem Beruf, führen; sie können nicht als Begründung dafür verwendet werden, moralisch einwandfreien Bewerbern den Zugang zum Beruf zu verschließen. (ALEMANHA, 1958, p. 428, 430).

reria de um erro de avaliação. A opinião dos experts, no processo, mostraram outras razões que tenderiam a induzir mais o consumo de remédios do que o número de estabelecimentos²⁶.

No caso “Transexuais II”, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um artigo do Código Civil, que negava aos transexuais menores de 25 anos a mudança do primeiro nome, o que era permitido aos mais velhos (ALEMANHA, 1993b). Entendeu-se que a diferença de tratamento se baseava em características pessoais e produzia um impacto significativo nos direitos da esfera pessoal, particularmente a vida íntima e sexual, campo em que se deveria aplicar um escrutínio mais rigoroso na apreciação da prognose legislativa²⁷. O Tribunal identificou-a na prevenção de as pessoas adotarem uma medida tão importante numa idade mais propensa a decisões precipitadas. Se essa suposição poderia ter alguma justificativa ao tempo da aprovação legislativa, ela já não mais subsistia. “Pelo contrário, a lei não protege os jovens contra o risco de erro, mas sim menos”²⁸. Dois especialistas, ouvidos pelo Tribunal, chegaram à conclusão de que, nessa faixa etária, existiria uma alta probabilidade de a transexualidade ser irreversível²⁹. A permissão que a lei dava ao transexual para mudança de nome tinha como objetivo possibilitar-lhe um período de experiência no novo papel sexual antes de decidir submeter-

26 “Die Gefahr, daß die bei Niederlassungsfreiheit zu erwartende Vermehrung der Apotheken zu einem Überangebot an Arzneimitteln führen werde, das die Volksgesundheit schädige, ist nicht mit Tatsachen belegt worden. Der Verbrauch an Arzneimitteln hat nach dem Kriege überall zugenommen. Die Sachverständigen führen das auf die Veränderung der allgemeinen Lebensgewohnheiten, die Hebung des Lebensstandards breiter Schichten, wohl auch auf gewisse Wandlungen der ärztlichen Therapie im Zusammenhang mit dem überaus großen Angebot von Heilmitteln durch die pharmazeutische Industrie zurück. Trotzdem gibt es in Deutschland keine “Tablettensucht” in gefährlichem Ausmaß. Für die Schweiz, wo man Anzeichen für einen übermäßigen Verbrauch von Arzneimitteln feststellen zu können glaubt, hat der Sachverständige Dr. Sauter ausdrücklich bekundet, daß diese Erscheinung ihre Ursache nicht in der Niederlassungsfreiheit der Apotheker habe. Wenn er weiter annimmt, daß sie immerhin durch die zu große Zahl der Verkaufsstellen (Apotheken, Drogerien und gewisse andere Geschäfte) gefördert werde, so müßte es näherliegen, die Zahl der anderen Verkaufsstellen zu beschränken als die der Apotheken, denen das natürliche Monopol für die Abgabe von Arzneimitteln zukommt (vgl. dazu den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 21. März 1958 - II StR 393/57 - PharmZtg. 1958, 509). (ALEMANHA, 1993b, p. 431).

27 “... in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 55, 72 [88]). Diese Bindung ist um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt” (par. 35). “Bei der Altersgrenze für die Vornamensänderung handelt es sich um eine Differenzierung, die an personenbezogene Merkmale anknüpft und sich erheblich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht auswirkt. Art. 2 Abs. 1 schützt in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die engere persönliche Lebenssphäre, insbesondere auch den Intim- und Sexualbereich (vgl. BVerfGE 47, 46 [73]; 60, 123 [134]). (ALEMANHA, 1993b, par. 38).

28 “Gegen das Risiko eines Irrtums werden jüngere Menschen vielmehr durch das geltende Recht nicht besser, sondern schlechter geschützt.” (ALEMANHA, 1993, par.43).

29 “Die Altersgrenze führt zu einer empfindlichen Benachteiligung von Personen unter 25 Jahren, bei denen zwei Sachverständige zu dem Ergebnis gelangt sind, daß eine mit hoher Wahrscheinlichkeit irreversible Transsexualität vorliegt”. (ALEMANHA, 1993b, p. 98).

-se ao procedimento médico tão grave³⁰. Negar essa opção aos transexuais mais jovens poderia ser particularmente sensível, comprometendo o esforço de garantir-lhes uma “vida [que] realmente corresponda aos seus sentimentos”³¹

Um último exemplo mostra a tendência mais frequente de o Tribunal, ao analisar os fatos legislativos, reconhecer o espaço discricionário do legislador para conformação normativa. Trata-se de um caso julgado em 1975, em que se debatia a legislação sobre moinhos e limites de moagem (*Mühlenstrukturgesetz*). O *Bundesverfassungsgericht* valeu-se das transcrições dos debates nas comissões parlamentares, para concluir que a lei que interferia na liberdade profissional não resultara das pressões de grandes empresas, mas da perseguição do interesse geral, no caso, a política agrícola, social, industrial e de suprimentos alimentícios³². Em seu julgamento, o Tribunal aferiu os dados empíricos – e não apenas os que constaram dos registros parlamentares – que demonstravam a crise na indústria de moagem e a adequação das medidas adotadas pelo legislador. Esses elementos convenceram-no de que o legislador usara os meios de informação e conhecimento disponíveis à época da aprovação da lei para consecução de um fim constitucionalmente legítimo³³.

30 “Darüber hinaus soll die rechtliche Absicherung des Rollenwechsels es ihnen ermöglichen, das Leben in der anderen Geschlechtsrolle vor der Entscheidung über weitgehend irreversible medizinische Maßnahmen über längere Zeit zu erfahren und sich so zu vergewissern, ob dieses Leben wirklich ihrem Empfinden entspricht und sie auch nicht überfordert. Auf diese Weise soll also sowohl eine zusätzliche Absicherung der Diagnose erreicht als auch das Einleben in die neue Rolle schon vor erheblichen operativen Eingriffen erleichtert werden” (ALEMANHA, 1993b, p. 99).

31 “Die Versagung dieser Möglichkeiten kann sich bei jüngeren Transsexuellen besonders empfindlich auswirken”. (ALEMANHA, 1993b, p. 99).

32 “Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß, wie einige Klägerinnen meinen, nicht diese versorgungs- und strukturpolitischen, agrar- und sozialpolitischen Erwägungen, sondern unsachliche (BVerfGE 39, 210 (227); BVerfGE 39, 210 (228)), auf Druck von Interessenten zurückzuführende Einflüsse den Gesetzgeber bestimmt hätten. Die genannten Erwägungen sind vielmehr in den Beratungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Ausschüsse wiederholt zum Ausdruck gekommen”. (ALEMANHA, 1975, p. 228)

33 “Die verfassungsrechtliche Prüfung erstreckt sich zunächst darauf, ob der Gesetzgeber sich die Kenntnis von der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bestehenden tatsächlichen Ausgangslage in korrekter und ausreichender Weise verschafft hat. (...). Dabei ist grundsätzlich von der Beurteilung der Verhältnisse auszugehen, die dem Gesetzgeber bei der Vorbereitung des Gesetzes möglich war (BVerfGE 25, 1 [12 f.]). Sofern er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel benutzt hat... ” (ALEMANHA, 1975, p. 226). Esse entendimento também foi exposto no caso da Lei de Participação (BVerfGE 50, 290): os relatórios da comissão parlamentar e as audiências públicas: “Darüber hinaus hat die Mitbestimmungskommission in ihrem Bericht die Gesamtproblematik einer qualifizierten Mitbestimmung unter politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der umfassenden politischen und der Fachdiskussion eingehend untersucht; sie ist sich dabei des begrenzten Erkenntniswertes einzelner Faktoren durchaus bewußt gewesen (vgl. namentlich a.a.O., S. 17). Die Empfehlungen, zu denen sie auf dieser Grundlage gelangt ist, sprechen sich für die Einführung einer qualifizierten Mitbestimmung aus; sie stimmen mit der Gesetz gewordenen Regelung nicht voll, aber doch in wesentlichen Zügen überein (a.a.O., S. 96 ff.). Schließlich sind die voraussichtlichen Auswirkungen des Regierungsentwurfs Gegenstand umfassender Anhörungen im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren gewesen (Deutscher Bundestag, 7. Wp, StenProt der 51., 52., 55. und 62. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung). Auf Grund des Eindrucks dieser Anhörung ist der Regierungsentwurf in der zum Gesetz gewordenen Fassung geändert worden”. (ALEMANHA, 1979, p. 335).

Segundo o Tribunal, a incerteza sobre os efeitos de uma lei não pode inibir a sua aprovação, mesmo que seja capaz de produzir grandes consequências. Toda previsão sobre essas consequências sempre contém um juízo de probabilidade, que, no entanto, deve ser devidamente fundamentado no processo legislativo. Se a previsão em si (e seus eventuais erros) podem escapar à fiscalização judicial, o juízo de probabilidade, não. A sindicabilidade da previsão se dá, na verdade, sobre o cálculo das probabilidades, que leva em conta as informações disponíveis e o conhecimento sobre a matéria num ambiente participativo. E será maior ou menor, de acordo com vários fatores, mas, principalmente, os interesses em jogo: "...a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (...) usou padrões diferenciados ao avaliar previsões legislativas [em domínios distintos], com base no controle de evidências..."³⁴. Quando estiverem em discussão direitos como a vida e a liberdade individual, aumenta-se a exigência de previsibilidade ou até a presença de "certezas suficientes"³⁵. No âmbito da política econômica, no entanto, o controle é muito mais deferente ao legislador, pela suposição de que a Lei Fundamental dá a ele maior espaço de avaliação. Ainda assim ele deve demonstrar que se baseou correta e suficientemente no conhecimento disponível à época em que a lei fora promulgada³⁶.

34 "Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle (etwa BVerfGE 36, 1 [17] - Grundvertrag; 37, 1 [20] - Stabilisierungsfonds; 40, 196 [223] - Güterkraftverkehrsgesetz) über eine Vertretbarkeitskontrolle (etwa BVerfGE 25, 1 [12f, 17] - Mühlengesetz; 30, 250 [263] - Absicherungsgesetz; 39, 210 [225f] - Mühlenstrukturgesetz) bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (etwa BVerfGE 7, 377 [415] - Apotheken; 11, 30 [45] - Kassenärzte; 17, 269 [276 ff.] - Arzneimittelgesetz; 39, 1 [46, 51 ff.] - § 218 StGB; 45, 187 [238] - Lebenslange Freiheitsstrafe)". (ALEMANHA, 1979, p. 332-333).

35 "Bei dieser Sachlage kann jedenfalls nicht gefordert werden, daß die Auswirkungen des Gesetzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit übersehbar sein müßten, zumal Rechtsgüter wie das des Lebens oder der Freiheit der Person nicht auf dem Spiele stehen". (ALEMANHA, 1979, p. 333).

36 "Bei der Prüfung von Berufsausübungsregelungen im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung ist davon auszugehen, daß das Grundgesetz dem Gesetzgeber in der Bestimmung wirtschaftspolitischer Ziele und der zu ihrer Verfolgung geeigneten Maßnahmen einen Beurteilungs- und Handlungsspielraum läßt (vgl. BVerfGE 4, 7[15ff] -- Investitionshilfe; 14, 263 [275] -- Feldmühle; 30, 250 [262 f.]) und daß der Gesetzgeber auch durch wirtschaftspolitische Lenkungsmaßnahmen das freie Spiel der Kräfte korrigieren darf (vgl. BVerfGE 19, 101 [114] -- Zweigstellensteuer; 21, 292 [299] -- Rabattgesetz; 23, 50 [59 f.] -- Nachtbackverbot). Die verfassungsrechtliche Prüfung erstreckt sich zunächst darauf, ob der Gesetzgeber sich die Kenntnis von der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bestehenden tatsächlichen Ausgangslage in korrekter und ausreichender Weise verschafft hat. Bei der Einschätzung der für die Allgemeinheit drohenden Gefahren hat der Gesetzgeber einen größeren Beurteilungsspielraum. Auch wenn im Augenblick des gesetzgeberischen Tätigwerdens die Möglichkeit des Eintritts von Gefahren für ein Gemeinschaftsgut als fernliegend erscheint, ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, rechtzeitig vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen, sofern seine Vorstellungen über die im Falle seiner Untätigkeit mögliche gefahrbringende Entwicklung nicht in dem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können (BVerfGE 25, 1 [17]; 38, 61 [87]). Dabei ist grundsätzlich von der Beurteilung der Verhältnisse auszugehen, die dem Gesetzgeber bei der Vorbereitung des Gesetzes möglich war (BVerfGE 25, 1 [12 f])" (ALEMANHA, 1975, p. 225-226).

Se os estudos parlamentares forem suficientes à conclusão de que o parlamento adotara uma política legislativa justificável, não será possível exigir que os resultados obtidos pela legislação sejam inteiramente obtidos: “erros no curso do desenvolvimento econômico devem ser aceitos”.³⁷ Entretanto, como afirmou no caso da Lei de Participação (ou Co-Determinação), “a avaliação associada dos efeitos da lei pode ser considerada justificável, mesmo que posteriormente mostre-se parcial ou totalmente equivocada”. Hipótese em que, “o legislador é obrigado a corrigi-la”.³⁸ Isso porque, ao aprovar uma lei, a “maioria parlamentar assume a responsabilidade” não apenas pelo resultado promulgado, mas também “por sua justificativa”³⁹.

Considerações finais

O legislador, em seu trabalho de feitura das leis, lida, ou pelo menos deveria lidar, com elementos empíricos que sustentariam as suas prognoses e conclusões. Também as cortes, notadamente da jurisdição constitucional, trabalham com esses elementos, ainda que na forma de enunciações formais e pressupostos teleológicos. Essa metanarrativa judicial para não parecer um exercício ficcional haveria de levar mais a sério os elementos reais que inspiraram o legislador. É certo que não se encontra de modo expresso um dever constitucional de o Legislativo apresentar as cartas de suas razões de convencimento. Nem seria de supor que se encontrasse na Constituição um dever de as cortes promoverem uma cobrança de apresentação dessas cartas, para, baseadas elas também em evidências e prognoses, fiscalizar o trabalho legislativo.

37. “...müssen Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung in Kauf genommen werden”. (ALEMANHA, 1975, p. 226).

38. “Insgesamt hat der Gesetzgeber sich mithin an dem derzeitigen Stand der Erfahrungen und Einsichten orientiert. Wenn er sich auf dieser Grundlage für die Lösung des Mitbestimmungsgesetzes entschieden hat, so ist die damit verbundene Beurteilung der Auswirkungen des Gesetzes als vertretbar anzusehen, mag sie sich später auch teilweise oder gänzlich als Irrtum erweisen, so daß der Gesetzgeber zur Korrektur verpflichtet ist (BVerfGE 25, 1 [13]; Beschluß vom 8. August 1978 - 2 BvL 8/77 - unter B II 2c [EuGRZ 1978, S. 564]). (...). Das Mitbestimmungsgesetz technisch zu verbessern, offengebliebene Fragen zu regeln und etwaige Friktionen abzumildern, obliegt dem Gesetzgeber”. (ALEMANHA, 1979, p. 335-336).

39. “daß die parlamentarische Mehrheit mit der Verabschiedung des Haushaltsgesetzes die Verantwortung auch für die Begründung der erhöhten Kreditaufnahme übernimmt.” (ALEMANHA, 1989b, p. 345).

Essa dupla pressuposição e requerimentos implícitos de racionalidade legislativa, baseada em evidências – do legislador e das cortes –, têm conduzido a um processo silencioso de diálogo institucional que, ao fim, está a criar um dever de justificação e correção de um devido processo legislativo que vai além do mero cumprimento de iniciativas e ritos procedimentais pré-estabelecidos. A análise que se fez da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha bem revela essa ocorrência. Os diversos testes que criam como instrumentos de aferição da racionalidade legislativa escondem as incursões nos trabalhos dos legisladores com requerimentos de conclusões e prognósticos fundada em evidências. Às vezes, sequer escondem tanto assim. Há, por certo, nos dois casos, uma tendência à deferência às opções do legislador, sobretudo em ambiente de incertezas científicas ou técnicas.

Presume-se que o legislador detém as credenciais democráticas, que faltam às cortes, para fazer as seleções de alternativas e estabelecer os prognósticos determinantes em cenários de risco e dúvida. Mas, ainda assim, é também arriscado prever que qualquer uma das cortes venham amanhã a validar uma decisão legislativa, mesmo tomada nas quadras que antes pareça território único dos representantes eleitos. Essa imprevisibilidade talvez seja decorrência de uma subteorização da matéria e da assunção de que a democracia se basta com o estabelecimento estanque de caixas de competências exclusivas. A fundamentação das decisões dos órgãos constitucionais parece ser uma decorrência do próprio sentido republicano de governo. Como é o poder de rever essa fundamentação. Não qualquer fundamentação, mas aquela que sustenta a lei e a decisão judicial. Não qualquer fundamentação, mas uma que revele que o legislador e as cortes, os legisladores até mais do que as cortes, basearam-se em evidências no curso de um processo aberto à participação da sociedade.

Referências

ALEMANHA. **Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal** “Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG”, 12/3²1951.

Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html> . Acesso em 25 mar. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 7, 377** (Apotheken-Urteil), julgamento 11/6/1958. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv007377.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 16, 147** (Werkfernverkehr), de 22/05/1963. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016147.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 18, 224** (Pensionszusage), de 11/11/1964. Disponível em: <https://www.rechtsportal.de/Rechtsprechung/Rechtsprechung/1964/BVerfG/Steuerrechtliche-Beurteilung-der-Rueckstellung-fuer-Pensionszusagen-an-Gesellschafter-Geschaeftsfuehrer-einer-Kapitalgesellschaft>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 33, 171** (Honorarverteilung), de 10/3/1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv033171.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 35, 79** (Hochschulurteil), de 29/5/1973. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 37, 104** (Bonus-Malus-Regelung), de 3/4/1974. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037104.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 39, 210**, de 19/3/1975 (Mühlenstrukturgesetz). Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039210.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 43, 291** (Numerus clausus II), de 8/2/1977. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv043291.html>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 49, 89** (Kalkar I), de 8/8/1978. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>. Acesso em 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 50, 290** (Mitbestimmung). julgado em 1/3/1979. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html>. Acesso em 12 dez. 2019.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 54, 173** (Kapazitätsausnutzung), de 3/6/1980. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=03.06.1980&Aktenzeichen=1%20BvR%20967%2F78>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 56, 54** (Fluglärm), de 14/1/1981. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv056054.html>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 79, 311** (Staatsverschuldung), de 18/4/1989a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079311.html>. Acesso em 19 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 80, 1** (Multiple-Choice-Verfahren), de 14/3/1989b. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=14.03.1989&Aktenzeichen=1%20BvR%201033%2F82>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 86, 148** (Finanzausgleich II), de 27/5/1992 . Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv086148.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 88, 87** (Transsexuelle II), julgamento 26/01/1993b. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088087.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 88, 203** (Schwangerschaftsabbruch II), de 28/5/1993a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 90, 145** (Cannabis), de 9/3/1994. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 95, 267** (Altschulden), de 8/4/1997. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095267.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 101, 158** (Finanzausgleich III), de 11/11/1999. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv101158.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 106, 62** (Altenpflegegesetz), de 24/10/2002. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv106062.html>. Acesso em 11/12/2019.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 111, 226** (Juniorprofessur), de 27/7/2004b. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111226.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 111, 333** (Brandenburgisches Hochschulgesetz), de 26/10/2004a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111333.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 115, 97** (Halbteilungsgrundsatz), de 18/1/2006. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115097.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 120, 224** (Geschwisterbeischlaf), de 26/2/2008a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html>. Acesso em: 15 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 121, 317** (Rauchverbot in Gaststätten), de 30/7/2008b. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv121317.html>

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 128, 1** (Gentechnikgesetz), de 24/11/2010. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv128001.html>. Acesso em 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 129, 49** (Mediziner-BAföG), para 65, de 21/7/2011. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv129049.html>. Acesso em 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 155, 135** (Filmabgabe), de 28/1/2014. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/01/rs20140128_2bvr156112.html. Acesso em 11 fev. 2020.

BICKENBACH, Christian. Legislative Margins of Appreciation as the Result of Rational Lawmaking. In MEßERSCHMID, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel (eds). **Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court**. Zurich: Springer, 2016.

BUZBEE, William W.; SCHAPIRO, Robert A. Legislative Record Review. **Stanford Law Review**, v. 54, n. 1, p. 87-161, 98 n. 31, 2001.

CHENG, Edward K. Independent Judicial Research in the Daubert Age. **Duke Law Journal**, v.56, p. 1263-1318, 2007.

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch

Dialogue. **William and Mary Law Review**, v. 42, n. 5, p. 1575-1870, 2001

FLÜCKINGER, Alexandre. Case-law sources for evaluating the impact of legislation: an application of the precautionary principle to fundamental rights. **Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2 (Evidence-based Review of Legislation), p. 263-277, 2016.

FRICKEY; Philip P. Frickey; SMITH, Steve S. Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique. **Yale Law Journal**, v. 111, p. 1706-1756, 2002.

GEIGER, Willil. Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht. in BERBERICH, Thomas; HOLL, Wolfgang; MAAß Kurt-Jürgen (Hrsg). **Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht**. Berlin; Köln; Mainz: Verlag W. Kohlhammer, p. 131-142, 1979

GUSY, Christoph. **Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

KEETON, Robert E. Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts. **Minnesota Law Review**, v. 3, p. 1- 22, 1988

KISCHEL, Uwe. **Die Begründung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003

LARSEN, Allison O. Confronting Supreme Court Fact Finding. **Virginia Law Review**, v. 98, p. 1255-1312, 2012.

MEAZELL, Emily H. Scientific Avoidance: Toward More Principled Judicial Review of Legislative Science. **Indiana Law Journal**, v. 84, n. 1, p. 239- 283 2009.

MENDES, Gilmar F. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 8, 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1063/1047>. Acesso em: 11 fev. 2020.

MEßERSCHMIDT, Klaus. Evidence-based review of legislation in Germany. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, p. 209-235, 2016.

OSSENBÜHL, Fritz. Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen. In STARCK, Christian **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts**. Bd. I (Verfassungsgerichtsbarkeit). Tübingen: Mohr Siebeck, 1976

OSSENBÜHL, Fritz. Gesetz und Recht - Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat. In ISENSEE, Josef; KRICHHOF, Paul. **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Bd. V (Rechtsquelle; Organisation; Finanzen). Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, p. 135-181, 2007.

PHILIPPI, Klaus J. **Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts**. Köln: Heymanns, 1971.

ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. **Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and European Union**. New York: Cambridge University Press 2015.

ROSS, Bertrall L., The State as Witness: Windsor, Shelby County, and Judicial Distrust of the Legislative Record. **New York University Law Review**, v. 89, p. 2027-2105, 2014.

SAUL, Matthew. Structuring evaluations of parliamentary processes by the European Court of Human Rights. **The International Journal of Human Rights**, v. 20, p. 1077-1096, 2016.

SAUL, Matthew. The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 4, p. 745-774, 2015

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge; London: Harvard University Press 2006.

WALDHOFF, Christian. On Constitutional Duties to Give Reasons for Legislative Acts. In MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel (eds). **Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court.**, p. 129-151, 2016

ZHANG, Qingbo. **Juristische Argumentation durch Folgenorientierung. Bedeutung der juristischen Argumentation für China**. Baden-Baden: Nomos, 2010.