

## O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS PROGNOSES DO LEGISLADOR

## THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE LEGISLATOR'S PROGNOSES

José Adércio Leite Sampaio\*

**RESUMO:** O controle judicial dos fatos legislativos é um tema que divide opiniões na literatura constitucional. A discussão envolve o poder de o Judiciário ter competência para analisar os fundamentos empíricos e científicos e as previsões empregadas nas escolhas legislativas. Como em outros tribunais da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em regra, tem sido muito deferente às escolhas legislativas, especialmente no campo das incertezas técnicas, diante assumidamente de seu déficit de legitimidade democrática e capacidade institucional. Os exames de constitucionalidade se resumem a uma verificação formal ou léxica de compatibilidade da lei à Constituição. Sua jurisprudência, todavia, apresenta exceções importantes que podem revelar uma tendência de rearranjo entre os Poderes constitucionais na definição do devido processo legislativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Devido processo legislativo. Controle dos fatos legislativos. Prognoses do legislador. Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O controle de constitucionalidade baseado em evidências e as prognoses do legislador. 2 Controle de fatos e prognoses legislativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considerações finais. Referências.

**ABSTRACT:** The judicial review of legislative facts is a topic that divides opinions in the constitutional literature. The discussion involves the power of the Judiciary to analyze the empirical and scientific evidences, as well as the prognoses made by the legislator. As in other courts of constitutional jurisdiction, the Brazilian Supreme Federal Court has been very deferential towards legislative choices, especially in the field of technical uncertainties, in the face of its deficit in democratic legitimacy and institutional capacity. Judicial Reviews boil down to a formal or lexical verification that the law is compatible with the Constitution. Its jurisprudence, however, presents important exceptions that may reveal a tendency of rearrangement among the constitutional Powers in the definition of the due legislative process.

**KEYWORDS:** Due legislative process. Control of legislative facts. Legislator prognoses. Brazilian Federal Court of Justice.

282

## INTRODUÇÃO

O controle judicial de constitucionalidade, embora seja um instrumento poderoso de garantia da supremacia constitucional, sofre críticas por violar a separação dos poderes e a democracia. Os juízes, de regra, não eleitos deixariam de aplicar ou anulariam leis aprovadas pelos representantes do povo, investidos no cargo por meio das urnas. Uma forma de reduzir essas críticas seria de admitir o controle de modo muito excepcional, apenas para circunstâncias em que houvesse uma flagrante violação do texto constitucional, jamais sendo autorizado em questões complexas como as que envolvam incertezas científicas e dilemas morais. As disfuncionalidades do sistema representativo, o respeito às minorias e aos direitos fundamentais

\* Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha, na Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em Belo Horizonte, no Brasil. Professor da pós-graduação stricto sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte, no Brasil. Procurador da República.



davam argumentos aos que defendiam uma atuação mais ativa dos juízes na fiscalização de constitucionalidade. O legislador não possuiria uma carta em branco, dada pelas urnas, para tornar sua discricionariedade em arbítrio. Suas decisões, notadamente em matérias de maior complexidade, deveriam ser baseadas em evidências e ancoradas num debate social mais amplo para serem constitucionais. A democracia e a separação dos poderes não refutariam, ao contrário, exigiriam que os juízes analisassem, ainda que sua argumentação convencional e seus testes de racionalidade, a correção do processo legislativo.

Esse entendimento passou a compor, mais recentemente, a preocupação do Supremo Tribunal Federal entre suas atividades de deferência quase total ao legislador e incursões, nem sempre assumidas, no mérito das escolhas legislativas realizadas. Esse é o objetivo do presente trabalho: analisar como o Tribunal tem atuado nesses domínios e quais os principais fundamentos que apresenta, quando o faz. A revisão bibliográfica serve de farol na análise empírico-indutiva do repertório jurisprudencial da Corte.

283

## 1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BASEADO EM EVIDÊNCIAS E AS PROGNOSES DO LEGISLADOR

O devido processo legislativo, para fins de fiscalização de constitucionalidade, pode bastar-se com o atendimento das disposições constitucionais e regimentais que disciplinam ritos, quóruns e iniciativas. Interessa muito mais aos juízes o resultado desse processo, a lei, e sua compatibilidade normativa com a Constituição (ALEMANNO, 2013; VAN GESTEL; DE POORTER, 2016). Há quem, todavia, acrescente-lhe requisitos procedimentais com feição substantiva: as decisões tomadas que se materializam em leis e conformam as políticas públicas, no âmbito mesmo das agências reguladoras, devem ser fundadas em sólidas razões empírico-científicas, a revelarem a correção das previsões que promovem, bem como terem sido fruto de uma discursividade inclusiva o mais amplo possível com os diversos segmentos sociais potencialmente afetados (DYZENHAUS, 2015; VAN AEKEN, 2018). Os elementos técnicos, empíricos, científicos e discursivos passaram a integrar os chamados “fatos legislativos” que podem e devem ser investigados pelas cortes da jurisdição constitucional (OLIVER-LALANA,

2019)<sup>1</sup>. A análise que se faz hoje da jurisprudência comparada mostra que as decisões dessas cortes ainda vacilam na assunção desses novos instrumentos de trabalho (ELLIOTT, 2003; CHENG, 2007; BERGER, 2012; POPELIER; DE JAEGERE, 2016; LARSEN, 2012; ROSS, 2014; SAMPAIO, 2020). Seu repertório de argumentação ainda é demonstrativo do emprego de testes de racionalidade como o da razoabilidade e da proporcionalidade com suas máximas, fazendo apenas de modo episódico averiguações expressas sobre os fatos legislativos. Mesmo na Suprema Corte dos Estados Unidos, em que se identificou a primeira incursão nesses domínios (LARSEN, 2012), e no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (ROSE-ACKERMAN et al, 2015), que mais desenvolveu uma espécie de doutrina de investigação de tais fatos, nota-se um cuidado especial em refutar os prognósticos feitos pelos legisladores (ZHANG, 2010). Não quer dizer que não o façam ou que, na tarefa de aplicação de seus testes argumentativos, não adentrem com relativa frequência as razões do legislador para combater-lhe as prognoses (McGINNIS; MULANEY, 2008; BICKENBACH, 2016; MEßERSCHMIDT, 2016; SAMPAIO, 2020). Uma conclusão possível – e razoável – é a de que se sentem mais à vontade em declarar uma lei inconstitucional por falta de proporcionalidade ou de razoabilidade, sem remexerem explicitamente as evidências e as previsões que eventualmente

284

<sup>1</sup> “Fato legislativo” é polissêmico. Pode indicar, como é feito no texto, o conjunto de elementos teóricos, empíricos, documentais ou orais que informam o processo legislativo, orientados tanto para o passado (fatos-testemunhos ou fatos históricos), quanto para o presente (fatos atuais ou sincrônicos) e para o futuro (fatos diacrônicos, previsões, prognósticos ou prognoses) (veja-se com proximidade: MENDES, 2000). Ou pode, em sentido mais amplo, referir-se aos elementos factuais relevantes ao raciocínio jurídico em geral, incluindo o processo legislativo. Nos Estados Unidos, distinguem-se entre “fatos legislativos” e “fatos adjudicativos”, esses associados aos elementos probatórios de uma dada asserção ou situação no âmbito de um processo judicial específico; aqueles, referidos a fatos que transcendem a disputa, compondo tanto o repertório de argumentação jurídica, quanto integrados por elementos usados no processo legislativo ou como fundamento de uma decisão judicial (DAVIS, 1942). Mais paradigmáticos são aqueles fatos que procuram revelar os impactos a serem produzidos por uma determinada opção legislativa, constituindo-se, portanto, em previsões acerca dessa opção (KARST, 1960, p. 81, 103). As evidências de que a adoção de responsabilidade objetiva leva à alocação eficiente de recursos ou de que a pena de morte não impede a prática do crime são exemplos de fatos legislativos, que é apresentado, respectivamente, para convencer o tribunal a adotar responsabilidade estrita ou derrubar a pena de morte. Sob as circunstâncias do processo legislativo, eles se colocam como verdadeiros ou corretos na perspectiva sincrônica de um “legislador razoável” (FREUND, p. 88). Há quem fale em “fatos constitucionais” - espécie dos fatos legislativos - como elementos factuais relevantes para o estabelecimento de uma norma constitucional e para sua aplicação, inclusive na “judicial review”. Tais fatos se podem dividir em “doutrinários”, com as teorias e interpretações sobre normas pelos juristas; “revisáveis” que se encontram no âmbito do conhecimento especializado e estão sujeitos à ftabilidade e divergências; e “casuísticos” que se referem a um caso específico e que lhe servem à solução. Há fatos históricos e fatos empíricos, aqueles são incapazes de ser cientificamente testados, diferentemente destes últimos. Os primeiros estão situados no âmbito das especulações acadêmicas, enquanto os fatos empíricos estão no labor dos cientistas, inclusivamente sociais: saberem-se, por exemplo, as populações relevantes para determinar o entendimento da palavra “comércio” (FAIGMAN, 1991). Aqueles pressupostos em que se baseiam a doutrina jurídica e as decisões se denominariam fatos legislativos “fundamentais”: “They are distinguishable from judicial values because they are, at least in theory, empirically testable” (SHERRY, 2011, p. 146).

a embasaram, do que avaliarem essas evidências ou prognósticos para fundamentarem a sua declaração, apontando-lhes insuficiência (COENEN, 2001; MEßERSCHMIDT, 2012; ROSS, 2014).

O Supremo Tribunal Federal não foge muito desse esquadro analítico. Ele tem exercido um controle formal do devido processo legislativo. Embora expressamente seja esse o objeto do mandado de segurança que pode ser impetrado por parlamentar diante da tramitação de uma proposição legislativa que viole a Constituição, o exame realizado pelo Tribunal é feito no plano normativo, comparando-se dispositivos da proposição ou eventual vício orgânico ou de rito com enunciados constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 111).<sup>2</sup> Esse também é o método tradicional da fiscalização repressiva. Com um limite e uma potencialidade. O limite é dado pela aplicação da doutrina do “*interna corporis acta*”: não se sindicaliza interpretação que é feita pelas Casas do Congresso de normas regimentais, a menos que elas reproduzam dispositivos constitucionais (SAMPAIO, 2002, p. 309; CARVALHO, 2007, p. 190). Essa doutrina deixa de avaliar eventuais descumprimentos de ritos e dos poucos requisitos de legitimação democrática que se encontram nos regimentos internos como, por exemplo, a convocação ou condução de audiências públicas, em que também se possam apresentar argumentos técnicos e empíricos que poderiam ou deveriam ser considerados para as escolhas legislativas, em linha com as demandas da Legística Material (SALINAS, 2013).

Uma potencialidade de realização de um exame mais profundo do devido processo que se encontra na jurisprudência do Tribunal, por outro lado, é dada pelo emprego de “técnicas de racionalidade” das leis. Essas técnicas se resumem, basicamente, a uma avaliação instrumental dos meios e fins escolhidos pelo legislador. A “razoabilidade” era o nome mais comumente empregado nessa tarefa, sobretudo, quando se discutia desafios à igualdade ou à proibição de não discriminação. Procurava-se identificar se o meio escolhido, geralmente, uma restrição a um direito, era justificado por uma finalidade pública relevante. Essa argumentação permitia que se indagasse a obra legislativa e perquirisse a sua racionalidade, fazendo-se incursão ao que tinha em mente o legislador e em que critério empírico se baseara para aprovar uma determinada norma (ÁVILA, 2004; BARROS; BARROS, 2006). Uma operação de intuição e também de uma dedução que se fazia a partir dos aprendizados da experiência, da “natureza das coisas” e

<sup>2</sup> Veja-se o voto da ministra Rosa Weber: “Pode-se dizer que a tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer embasada nas conclusões da comunidade científica – cuja natureza é descritiva”. (BRASIL, 2019a).



da antiga prática judicial de perquirir a teleologia legislativa, subjetiva ou objetivamente (SAMPAIO, 2003a). Por influência da literatura alemã migrada, especialmente, em estudos de espanhóis, portugueses, italianos e brasileira, a “razoabilidade” começou a conviver com a “proporcionalidade” numa confusão de sentidos e de intercambialidade até que o proporcional passasse a ser preferido ao razoável. (SAMPAIO, 2003a, p. 84 ss). O emprego de suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita parecia atribuir maior rigor técnico na apuração da constitucionalidade das leis e também das políticas públicas. Esse terceiro estágio da avaliação do trabalho legislativo e regulatório ainda se fazia no plano estritamente normativo, sendo raros, para não dizer inexistentes, apelos ao emprego, no processo legislativo, de bases empíricas ou científicas como se verá ao longo deste trabalho. Quando muito, havia referências periférica a um ou outro debate parlamentar ou à exposição de motivos. Mais recentemente, todavia, por influência sobretudo do ministro Gilmar Mendes, passou-se a tratar dos “fatos legislativos” como elemento de convicção e discurso constitucional, como se tratará no tópico seguinte<sup>3</sup>.

286

## 2 CONTROLE DE FATOS E PROGNOSES LEGISLATIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Avaliar a razoabilidade ou proporcionalidade entre meios e fins escolhidos pelo legislador não era, como se viu, uma atividade estranha ao trabalho dos ministros do Supremo Tribunal, mas fazê-lo com a investigação das razões empíricas e das operações cognitivolíticas de prognósticos, baseadas em evidências, era-lhe estranho até que o tema veio expressamente à discussão. Em decisão monocrática, o ministro Gilmar Mendes afirmou, inaugurando o debate, que “a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional”. Se, no seu entender, houvesse uma “vinculação estrita” do Tribunal aos fatos e previsões legislativos, seria uma renúncia ao exercício do controle de constitucionalidade. Assim também sucederia, caso o Tribunal não os examinasse. Para tanto, era preciso dotar o sistema de fiscalização de

<sup>3</sup> Veja-se, academicamente, MENDES, 2000.



mecanismos procedimentais, por meio da “abertura do procedimento”, que permitissem uma “atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional”. (BRASIL, 2007a).

Essas ideias foram exploradas na ação direta de inconstitucionalidade 3112/DF, em que se discutia a validade de diversos dispositivos da Lei 10826/2003, o “Estatuto do Desarmamento”. Em seu voto, Gilmar Mendes fez um longo histórico sobre o emprego da técnica da proporcionalidade, utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Um técnica que não se bastava com o apuro intuitivo (de uma interpretação estritamente normativo-textual), mas que exigia verificar se o legislador considerara conscientemente os fatos e prognoses, segundo três níveis de intensidade: a) controle de evidência (“Evidenzkontrolle”) - a declaração de inconstitucionalidade deveria fundar-se na flagrante inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política adotada, criminal, no caso; b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (“Vertretbarkeitskontrolle”), a se perquirir se a opção legislativa se baseou numa avaliação objetiva e justificável de todos os elementos de conhecimento disponíveis, bem como sobre as consequências da aplicação da norma; e c) controle material de intensidade (“intensivierten inhaltlichen Kontrolle”), em que, por meio da ponderação, avaliar-se-ia se o sacrifício de um direito fora devidamente justificado pela proteção de um bem jurídico constitucionalmente relevante. Nessa operação, o Tribunal poderia desqualificar as “avaliações e valorações fáticas” que fizera o legislador (BRASIL, 2007b).

A enunciação teórica estava posta, mas a sua aplicação prática deixou um pouco a desejar. A investigação dos fatos legislativos se detivera nas informações do Congresso Nacional, que demonstravam o emprego de dados estatísticos “rigorosos”, “pesquisas tanto científicas como de opinião”, assim como “avaliações criteriosas a respeito das medidas adequadas e necessárias para a consecução dos objetivos almejados”, valendo-se de “todos os conhecimentos disponíveis” (BRASIL, 2007b, p. 31). No seu entender, portanto, estava demonstrada a suficiência dos diagnósticos e prognósticos necessária para conferir legitimidade ao Estatuto, não fosse um vezo na ponderação que fizera entre a vedação de liberdade provisória e a presunção de inocência. É verdade que houve, ainda que parcialmente, oportunidade de manifestação de *amici curiae*, mas seus questionamentos sobre os elementos empíricos e, com base neles, as previsões realizadas, não foram expressamente utilizados. As informações parlamentares bastaram por si. Talvez seja pouco, mas já indicava um avanço na consideração explícita dos fatos legislativos na argumentação do Tribunal. Os demais ministros se basearam



num exame de conformidade imediata, sem investigação dos elementos fáticos ou correlacionais da legitimidade ou eficácia da medida. Parecia-lhes intuitivo observar os índices de violência no Brasil, sobretudo entre jovens, para considerar a necessidade das medidas. Foram vistos excessos, pontualmente, na inafiançabilidade e na vedação de prisão provisória de alguns delitos (BRASIL, 2007b).

Em julgados posteriores, ainda, sobre o mesmo tema, o ministro Gilmar Mendes pareceu mais preocupado em detalhar seu entendimento, dedicando maior atenção aos elementos factuais que embasaram os diagnósticos e previsões legislativos, sobretudo na definição de tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta, fundamentando, ainda que sob a perspectiva do minimalismo penal, a opção legislativa de dar-lhe sanção penal e não somente civil ou administrativa. Havia dados empíricos convincentes, designadamente, os indicadores de violência e o fracasso da política criminal até então em vigor. A dinâmica dos fatos verificados no cotidiano”, escreveu, “tem demonstrado que a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são o bastante para coibir o uso e o porte da arma de fogo” nem para reduzir os índices de violência. Convencia-lhe ainda mais a “ressonância em estudos” e o “anseio popular” da política pública adotada como razões confirmatórias dos juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade das normas. Há uma nota adicional que se fez no exame do assunto: a injustiça e mesmo ineficácia na aplicação dos tipos penais, em vista da realidade brasileira. “[A] arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (...), tem inerente à sua natureza a característica da lesividade”. A posse justificadamente podia ser considerada crime. Mas e a realidade pluriforme do Brasil? “A questão (...) de possíveis injustiças pontuais [possíveis de ocorrer nos mais diversos rincões deste país], de absoluta ausência de significado lesivo”, afirmou, “deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa”. Tomava-se partido de um exame judicial prospectivo, porém, não empiricamente consequencialista, mais afeito à correlação entre os meios, a criminalização, e os fins, redução da violência, como resultado de um cálculo parlamentar que dispunha para a generalidade dos casos (BRASIL, 2012). Eventuais problemas de aplicação da norma – incluindo desvios de finalidade e, portanto, de eficácia – não se incluíam no teste de prognóstico.

Esse entendimento também foi usado em recurso extraordinário que discutia a violação dos princípios de essencialidade, seletividade e isonomia de uma lei que aumentava a alíquota do imposto sobre produtos industrializados às usinas de álcool em diferentes áreas do País. O recorrente, dentre outros argumentos, apontava o desvio de finalidade do tributo. Todos os



ministros foram contrários à tese, por uma deferência ao legislador. O argumento do ministro Edson Fachin volvia as letras do pensamento do ministro Gilmar Mendes. Embora fosse possível ao Tribunal o controle de prognoses legislativas, pareceu-lhe ir “além das possibilidades hermenêuticas de um ‘processo de indagação’ (*Befragungsverfahren*)” perquirir “a intenção dos partícipes envolvidos no processo legislativo, à luz do contexto fático-normativo haurido dos autos do feito posto em juízo”. Observe-se bem: o recurso extraordinário, pela sua peculiaridade processual, não admitiria produção de prova, embora, em se tratando de repercussão geral, seria de se permitir a manifestação de experts. Mas o caso era de baixa relevância, talvez. Como não havia “nos autos elementos suficientes para o convencimento do juízo acerca do desvio de finalidade alegado”, não havia como acolher a alegação (BRASIL, 2017a).

A situação voltou a ser discutida, sem todavia apelo exposto aos testes de prognósticos, desenvolvidos pelo Tribunal alemão, na ação direta que impugnava disposição legal que dividia o IBAMA em dois, criando o Instituto Chico Mendes. Não era dado ao Supremo avançar na opção legislativa, agora, nem em suas bases empíricas, sob alegada afronta à proporcionalidade e a eficiência, pela criação de nova entidade com elevação do gasto público e sem garantia de maior eficácia na execução da atividade administrativa. De acordo com o Tribunal, “não [lhe] cabe[ria] (...) discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto”. (BRASIL, 2012).

O tema também esteve em debate no julgamento da ação direta de constitucionalidade de uma lei que revertia a decisão do próprio Supremo Tribunal, tomada nas ações diretas 4430 e 4795, em que se garantira a novos partidos o direito de antena. Para a maioria dos ministros, o Congresso, no processo de diálogo institucional, poderia reverter uma decisão do Tribunal, mas, nessa hipótese, teria de demonstrar “argumentativamente” a necessidade da reversão, com o emprego “de novos argumentos” a comprovarem que “as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem”. Note-se que os “fatos legislativos” estavam reduzidos a argumentos. É certo que “argumentar” pode pressupor a demonstração dos elementos empíricos, os estudos, a axiologia, as prognoses que embasaram a lei, mas não se chegou a tanto exigir. O relator, ministro Luiz Fux, analisou a exposição de motivos e parecer parlamentar no curso do processo legislativo, um aprofundamento em relação

à suficiência das informações prestadas, mas não deu qualquer indicativo de que o Tribunal poderia rever os fatos legislativos com ajuda de peritos no próprio processo de controle de constitucionalidade. Talvez, pela autoevidência do caso:

[A] justificção do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário. (BRASIL, 2015a)<sup>4</sup>.

Quando há dúvida ou divergência científica, a escolha legislativa por uma ou outra orientação não pode ser censurada. A jurisprudência é reiterada: “Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população”. Está na ementa da ADI 2396 de 2003. O Tribunal não descartou que pudesse haver mudanças de entendimento científico com as pesquisas em andamento, mas não lhe caberia decidir a matéria: “Os estudos (...) prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias”. A ementa revelava claramente, além da deferência ao legislador, um apego formalista no controle de constitucionalidade: “Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional.” (BRASIL, 2003a)<sup>5</sup>. Esse exame formal, todavia, parece vir sendo arranhado pela adoção da doutrina de exame de fatos e prognoses legislativas, ainda que a partir de informações colhidas

290

<sup>4</sup> Note-se a diferença de perspectiva. Num longo voto concorrente, o ministro Dias Toffoli recorreu à história partidária brasileira, para mostrar os problemas que adviriam da legislação, enfatizando a relevância e a importância do pluripartidarismo, inclusive contra o poder das elites partidárias, para a democracia. Para os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que ficaram vencidos, a democracia brasileira careceria de partidos sólidos, criados com representatividade de movimentos sociais com identidade clara, e não para atender a eventuais insatisfeitos dentro das legendas partidárias. Para a minoria, o Judiciário não poderia sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo. (BRASIL, 2015).

<sup>5</sup> Encontra-se a mesma ordem de ideia no caso de transposição do rio São Francisco, em meio a questionamentos de irreversíveis danos ambientais e a direitos de povos tradicionais, se fosse concedida licença de instalação na pendência de condicionantes da licença prévia. O IBAMA estava a acompanhar o processo, não havia como o Tribunal interferir: “Se não é possível considerar o projeto, como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal (...). Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente”. (BRASIL, 2007c). Veja-se também ADI 4874/DF: “não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei (...), desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição”. (BRASIL, 2018b).

nos registros legislativos e em eventuais manifestações de *amicus curiae* ou experts no estreito espaço da jurisdição constitucional<sup>6</sup>.

Em matéria ambiental, as incertezas são tema do princípio da precaução. Há, por certo, aceções variadas sobre o princípio, que vão da paralisia a toda intervenção sobre o ambiente a um juízo de proporcionalidade, de fato, de custo e benefício da intervenção (SAMPAIO, 2003b). Esse princípio esteve em pauta na discussão sobre eventuais efeitos nocivos à saúde humana, da exposição de pessoas a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica. O Tribunal, pela relatoria do ministro Dias Toffoli, definiu a precaução como “critério de gestão de risco” a ser aplicado quando “existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos”. O princípio foi reduzido a um cálculo de custo e benefício, pois exige que “o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais”. Embora o Tribunal pudesse exercer o controle das políticas públicas, não seria o espaço adequado para uma discussão técnica muito aprofundada da correção do cálculo que sustentaria as políticas: “a decisão judicial não se [pode] afast[ar] da análise formal dos limites desses parâmetros e [deve] privilegi[ar] a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública” (BRASIL, 2016a).

291

Dois casos demandaram a resolução de conflito de competência federativa e, ao mesmo tempo, a de comparação de modelos de política pública a ser adotada, diante das opções legislativas feitas e de um ambiente de incerteza científica sobre a melhor forma de proteção ao meio ambiente e à saúde. O primeiro, para registro, tratou de conflito de leis dos Estados e da União, em torno do emprego do amianto pela indústria. Havia dúvidas se a sua utilização controlada causaria, realmente, impactos significativos ao ambiente e à saúde humana. As legislações estaduais começaram a impor restrições mais amplas do que aquelas previstas em lei federal, que permitia o uso da espécie de asbesto crisotila. O Tribunal, inicialmente,

<sup>6</sup> No caso sobre células-tronco, a incerteza sobre a melhor técnica para pesquisas científicas e eventuais usos terapêuticos, se com células adultas ou embrionárias, militou a favor da opção legislativa. Nesse caso, houve um amplo debate sobre o papel e limite da ciência, sendo de se lembrar o voto do ex-ministro Menezes Direito, de que se estava a discutir não a opção religiosa ou científica, mas uma questão jurídica. Outro aspecto relevante pode ser encontrado na previsão de benefícios do emprego das células-tronco, ainda que envolto em polêmica, para tratamento de doenças crônicas, incapacitantes ou fatais. Se tais benefícios eram incertos, como salientou em seu voto a ministra Cármen Lúcia, proibir a pesquisa era certeza da ausência de resultados. (BRASIL, 2008).

suspendera as iniciativas dos Estados, ao argumento de violação da competência federal (BRASIL, 2003a; 2003b); mas, depois, viu razão de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma federal, mantendo as disposições normativas dos Estados. “À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas”, fundamentou, “a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado” (BRASIL, 2017b).<sup>7</sup> Os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Gilmar Mendes lembravam da necessidade de respeitar a opção do legislador federal, em virtude das dúvidas científicas em torno da matéria e da capacidade institucional limitada do Judiciário em avançar sobre a polêmica (BRASIL, 2017b).

Essa orientação deferencial pautara, em grande medida, a solução do segundo conflito, agora, entre lei estadual e lei municipal, sobre corte da cana de açúcar, estabelecendo a segunda vedação plena, e a primeira, vedação relativa e gradual no tempo. A ideia motriz, no dois casos, era o fim de uma prática que degradava o ambiente e a perspectiva de sua substituição por técnica mais avançada com o uso de colheitadeira, a gerar menos impacto ambiental e maior produtividade econômica. Não havia incerteza sobre os efeitos negativos produzidos ao ambiente pelo corte da cana, especialmente com produção de Metano, mas ela, a incerteza, rondava as prognoses econômicas, além de existirem outros interesses em jogo. O legislador municipal, atento à interrupção imediata da prática, fiava-se no retorno de produtividade gerada pela mecanização da atividade. O legislador estadual procurara estabelecer uma redução gradual e, segundo o Tribunal, planejada. Alguns elementos empíricos pesaram na conclusão da maioria dos ministros. Havia suspeita séria de que a política municipal era menos eficiente do que a estadual, por não ter promovido de modo proporcional os interesses envolvidos. Duas coisas pareciam certas: o “desemprego em massa” e o impacto econômico da perda de fatia da geração de renda. Simultaneamente, os “dados técnicos apresentados” não geravam certeza quanto à “efetiva e plena implantação do maquinário em todas as áreas destinadas (...) ao cultivo de cana”. A realidade fundiária, a cultura local e a qualidade da mão de obra colocavam em dúvida a previsão de aumento da produtividade. Boa parte das áreas de cultivo da cana era

<sup>7</sup> Na ADI 4066 (2017b), faltou quórum para declarar a inconstitucionalidade, que terminou por se fazer na ADI 3356 (2017c).



formada por minifúndios, inapropriados para uso de máquinas, o que obrigaria diversos agricultores a arrendarem suas terras e deixarem a atividade. A baixa escolaridade dos trabalhadores do cultivo da cana de açúcar também tenderia a prejudicar, pelo menos, de início, o retorno esperado (e almejado) pelo legislador municipal. (BRASIL, 2015b).

A tudo considerar, o Tribunal entendeu que a solução trazida pela legislação municipal esbarrava nas máximas da necessidade e da ponderação, tendo o Estado trazido uma alternativa “menos gravosa pelo ordenamento que equilibra[va] de maneira mais correta a relação custo-benefício”. Vejam-se as incursões no plano empírico realizado pelo Tribunal, pressupondo fatos legislativos que teriam dado margem às escolhas das normas, delas se valendo para optar por aquela que parecia mais corresponder a meios menos invasivos e prognósticos mais exatos. A proporcionalidade fora a senha para ingressar no mérito da opção legislativa, é certo, num ambiente de conflito normativo que exigia solução. Não deixa, porém, de ser digna de nota a incursão (BRASIL, 2015b).

Na discussão sobre o novo Código Florestal, Lei n. 12.651/2012, o papel da Corte no controle dos fatos legislativos e das decisões sobre políticas públicas foi, novamente, enfrentado. Repisou-se a doutrina da deferência, em vista da limitação funcional do Judiciário. Lê-se, logo, na ementa que “a capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas” (BRASIL, 2018a). A deferência se fazia necessária, não apenas, pelas incertezas técnicas, que segundo o Tribunal existiam em relação a uma série de assuntos em debate, mas também, a seu ver, em virtude da abertura do procedimento de elaboração da lei à sociedade. Enfatizou-se que mais de setenta audiências públicas foram realizadas, o que conferia maior transparência e adicional legitimidade às decisões legislativas, reforçando a “discrecionabilidade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição”. Sob essas premissas, o argumento de atentado ao princípio [constitucional] da vedação do retrocesso não poderia se sobrepor ao princípio democrático, nem justificar o afastamento de “arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo”. Tampouco poderia ser aplicada a “tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve[ria] sempre prevalecer”, associada de maneira apressada, no julgamento, ao “in dubio pro natura”, pois caberia ao agente “regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos”. (BRASIL, 2018a).



O Tribunal parecia, portanto, disposto a deixar na mão do Congresso a definição da política pública ambiental e, de arrasto, o conteúdo do direito fundamental pertinente, o que pareceria uma contradição com a definição de fundamentalidade de um direito (SAMPAIO, 2013). É certo que os ministros chegaram a declarar quatro dispositivos inconstitucionais e a outros seis deram interpretação conforme a Constituição. Por outro lado, declararam a constitucionalidade de trinta e três deles. O que chama a atenção é a delegação plena da competência de disposição de vários institutos ambientais aos legisladores, sem exigência de razões técnicas para justificar as escolhas feitas. O reconhecimento de que o legislador poderia alterar a extensão das áreas de proteção permanente sequer atentara para o significado de tais áreas. Reduzir sua dimensão em 10 ou 50% causaria algum impacto nos fluxos gênicos ou migratórios? Promoveria maior ou menor assoreamento de rios e lagos? Por que motivo se alterou o marco para a medição da área de preservação ambiental ao longo de rios e cursos d'água, passando a ser o leito regular respectivo, e não mais o seu nível mais alto? Que critério técnico se teria valido para admitir o cômputo das APPS no percentual da reserva legal? Aliás, qual a função ecológica da reserva legal que pudesse autorizar a lei a dispensar sua existência na exploração de potencial de energia hidráulica e construção ou ampliação de rodovias e ferrovias? Não bastaria estabelecer um juízo de aplicação formal de interesses contrapostos mais soberanos como a propriedade ou a prestação de serviços de energia elétrica, de atendimento do direito ao transporte e de integração das regiões do país.

Tais vetores de “policy” poderiam perfeitamente justificar a medida legislativa, mas a tanto era preciso se saberem os efeitos ecossistêmicos que teriam e, assim, realizar-se um sopesamento mais apurado. Dá-se a impressão de que os institutos ambientais são “ornamentos biológicos” (e “retóricos”) sem funções ecológicas e que estão à disposição do legislador como lhe aprouver. É bem interessante que, na discussão sobre a possibilidade de introdução de espécies exóticas para recomposição de reservas legais, preocupou-se com elementos empíricos e técnicos, ao dizer que inexistiam “provas científicas de que utilização de espécies exóticas para o reflorestamento de biomas sempre prejudica as espécies nativas ou causa desequilíbrio no habitat”. Valem, portanto, num caso; não interessam noutros. Numa autocontenção anticonsequencialista, validou ainda a anistia àqueles que causaram danos anteriores a 22 de agosto de 2008. No entender da Corte, cabe ao legislador “estabelecer uma espécie de marco zero na gestão ambiental do país”, como se as normas até então em vigor não existissem. Sério? Em matéria ambiental? Nem se cogitou dos sinais que se emitiam à criação

de expectativas de novos perdões como se, indiretamente, fosse criada uma licença a desmatar. (BRASIL, 2018a). O controle dos fatos legislativos ficou a dever, tão inconstante quanto discricionário.

Noutro caso, envolvendo políticas públicas de combate do vírus da dengue, chikungunya e da zika, o Tribunal foi mais atencioso às bases técnicas de certas práticas permitidas pelo legislador. Cuidava-se de lei federal que dispunha sobre adoção de medidas de vigilância sanitária para o combate ao mosquito transmissor dos vírus, por meio de pulverização aérea de produtos químicos. Discutia-se a eficácia do procedimento e os riscos que poderiam causar à saúde humana. O Tribunal demonstrou cuidado aos suportes técnicos e empíricos que teriam balizados o legislador. “O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica”, afirmou, “revela-se no reconhecimento de que a lei, se ausentes os estudos prévios que atestariam a segurança ambiental e sanitária, pode contrariar os dispositivos constitucionais...”. Diferentemente do caso anterior, buscaram-se, em vão, os fatos legislativos que indicassem a suficiência técnica da opção legislativa, mas ainda assim se tentou salvar a lei, ao dar-lhe interpretação conforme a Constituição, ao condicionar a incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves à aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes e à comprovação científica da eficácia da medida (BRASIL, 2019a).<sup>8</sup>

295

<sup>8</sup> Merecem ênfase, nos votos dissidentes, os seguintes excertos: “A mera existência de risco não interdita a atuação do Estado em prol de determinada atividade (...). [A] inércia do Estado no combate ao *aedes aegypti* também implica a exasperação de risco à saúde da população (Voto do Min. Alexandre de Moraes). O ministro Luiz Fux, atento a votos anteriores de deferência legislativa, viu na legislação razoabilidade. “Não cabe ao Judiciário (...) vedar prospectivamente a adoção de uma medida emergencial e excepcional que pode, em determinadas circunstâncias, se mostrar necessária para a tutela da saúde pública e, em especial, para a proteção de populações vulneráveis”. Para o ministro Gilmar Mendes, além de reconhecer proporcionalidade na medida, sem muito exame, é verdade, atentou-se aos efeitos da decisão: “E se amanhã se colocar um quadro em que, cientificamente, se diz que o último apelo, a última *ratio* é essa: nós precisamos fazer isto. “Ah, mas o Supremo declarou inconstitucional graças à iniciativa da Procuradoria-Geral”. Então, não pode fazer. E que morram todas as pessoas. Não pode ser assim”. No voto da ministra Rosa Weber, embora concorrente, afirmou-se que a deferência ao legislador prescindia de um exato dos fatos legislativos (descritivos, segundo ela): “Impende, todavia, ressaltar que não é papel desse Supremo Tribunal Federal (...) decidir sobre a nocividade ou o nível de nocividade da exposição à pulverização aérea, tampouco sobre a certa efetividade da medida em deliberação no combate ao vetor *Aedes aegypti*. Pertencentes ao campo da realidade empírica, as respostas a tais questões são acessíveis pela investigação técnica e científica. Na mesma linha, também não cabe a essa Suprema Corte avaliar se este ou aquele estudo apresentado está correto, do ponto de vista científico e técnico, residindo fora da sua alçada os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato. Pode-se dizer que a tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer embasada nas conclusões da comunidade científica – cuja natureza é descritiva.” (BRASIL, 2019a)

O tema de controle judicial da política pública de saúde tem despertado a atenção da literatura jurídica e, claro, da jurisprudência do STF, movendo-se também nos domínios da fiscalização dos fatos legislativos (DALLARI, 2008; MARQUES, 2016). O caso da Fosfoetanolamina sintética é bem esclarecedor. O Congresso havia liberado o uso da droga para tratamento do câncer sem que houvesse estudos técnicos comprovadores de sua eficiência e tampouco registro na ANVISA. O Tribunal censurou a opção legislativa. “É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes”, escreveu o relator, “em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano” (BRASIL, 2016b). O devido processo legislativo, embora não dito com essas letras, falhara a não se basear em evidência. O tema também é recorrente em relação à política de dispensação de medicamentos<sup>9</sup>.

Em um caso recente, a maioria dos ministros entendeu que havia de ser feito um esclarecimento e distinção sobre esse controle. Em voto revisor, que terminou por triunfar, o ministro Roberto Barroso estabeleceu as balizas de intervenção judicial na matéria. Em regra, deveria haver deferência aos outros Poderes em questões técnicas ou científicas complexas ou que envolvessem a formulação e a execução de políticas públicas, por faltar ao Judiciário “capacidade institucional e a *expertise* para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões” (BRASIL, 2019b, p. 11-12). O direito à saúde, todavia, interpelava uma atuação judicial em certas situações, que exigiam o estabelecimento de marcos interpretativos. E assim se fizeram. No caso de medicamentos experimentais, ainda em fase de pesquisas e testes, não pode haver interferência judicial, de modo a obrigar o Estado a fornecê-los.<sup>10</sup> Nos fármacos com testes de

<sup>9</sup> A evolução da ciência também serve como um elemento hermenêutico de correção da obsolescência (não necessariamente de caducidade) da norma, permitindo que o Tribunal possa, na medida do possível, salvá-la como fez no caso dos anencéfalos. Um trecho do voto do relator merece transcrição: “ Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltai na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.” Com o relator, a maioria dos ministros declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal (BRASIL, 2012d).

<sup>10</sup> Observe-se o recurso consequencialista, empregado pelo ministro, sobre intervenção judicial nessa política pública: “A autorização judicial de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa possui, ainda, inúmeras consequências indesejadas. *Primeiro*, ela produz profunda desorganização financeira e administrativa dos entes federativos, já que, como os valores envolvidos no fornecimento desses fármacos não constam do orçamento, devem ser realizados contingenciamentos para o cumprimento das decisões. *Segundo*, em um cenário de escassez de recursos, os gastos para a compra de medicamentos não registrados na Agência são efetuados em



eficácia e segurança comprovadas, mas pendente de registro na Anvisa, é possível, excepcionalmente, o seu fornecimento por decisão judicial na hipótese de mora injustificável da Anvisa, devendo haver prova de: (a) pedido de registro do medicamento no Brasil; (b) existência de registro em renomadas agências de regulação no exterior; e (c) inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Também poderia ser ordenada a dispensação de medicamentos sem registro, no caso de doenças raras e ultrarraras, pois, nesses casos, o laboratório costumava não ter interesse comercial em pedir o registro (BRASIL, 2019b). O voto do ministro Fachin apresentou significativos avanços no exame dos fatos legislativos, pelas exigências seja de bases técnicas, seja de participação social no processo de regulação (BRASIL, 2016c). É bem verdade que ele se ateuve à deliberação de agência reguladora, extraíndo essas exigências dos princípios constitucionais da Administração Pública, mas, como razão maior, dever-se-iam aplicar ao processo formativo das leis<sup>11</sup>. Escreveu o ministro que o controle da publicidade obrigaria a “indicação compreensível das razões de decidir e que não [houvesse] erro manifesto na apreciação dos fatos”. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, estaria a demandar a existência de “provas suficientes para o exame de uma situação complexa”, obrigando “que as razões de decidir [fossem] expostas com precisão, confiança e consistência dos fatos”. Mais: “A transparência deveria, ainda, atingir a todos os que fossem afetados pela decisão”, que deveria “ter fundamentos verificáveis” (p. 18-19). É dizer, permitir “a aferição do critério científico pelo qual o medicamento é liberado deve envolver amplo

297

---

prejuízo do atendimento de outras demandas prioritárias, afetando a própria saúde da população. Por vezes, o valor que é utilizado para custear o tratamento de um único paciente poderia ser aplicado para conferir atendimento de saúde a centenas e até milhares de pessoas. *Terceiro*, ela cria incentivos para atuações oportunistas das empresas farmacêuticas. Tais empresas podem, especialmente no caso de doenças raras, concluir ser mais vantajoso instituir um mercado paralelo para o fornecimento de medicamento no Brasil (pela via judicial), já que, nesse caso, ficam isentas dos elevados custos envolvidos no processo de registro, bem como do controle dos preços praticados. Afinal, quando condenado a fornecer o fármaco ao paciente, o Estado terá que cumprir a decisão imediatamente pelo preço definido unilateralmente pelo fornecedor.” (BRASIL, 2019b, p 15).

<sup>11</sup> Tem-se admitido mais facilmente, porém, a competência de as Cortes reverem normas de agências reguladoras do que as decisões parlamentares. A separação de poderes demandaria requisitos distintos. As cortes revisam as decisões das agências para garantir a supremacia legislativa, mas o Congresso teria acesso direto à Constituição tanto ou mais do que as cortes (“Nothing in the Constitution requires that legislative process be ‘on the record,’ and prior to the recent legislative record review cases, no such requirement had ever been imposed on Congress”). Além do mais, os membros do Congresso, diferentemente dos integrantes das agências, têm acesso a fontes de informação mais amplas e um diálogo democrático, pela sua investidura, mas pela representatividade de diferentes setores da sociedade que se expressam (ou deveriam se expressar) no processo legislativo. Enfim, haveria, no controle das bases factuais do processo legislativo, uma inversão da presunção de legitimidade dos motivos que movem as decisões do Congresso. (BUZBEE; SCHAPIRO, 2001, p. 125; 134-135; 139). Veja-se também (BRYANT; SIMEONE, 2001).



debate na ambiência da comunidade científica, por meio de uma racionalidade que lhe é própria [ciência com base em evidência]” (p. 25).

O STF haveria de fixar parâmetros de mediações entre o exercício da racionalidade jurídica e das demais esferas de saber. O Judiciário teria de realizar, em cada caso e de modo não cumulativo: (a) controle de legalidade para evitar erro manifesto na aplicação da lei ou abuso de poder; (b) controle da motivação, por meio da pesquisa das razões do ato regulatório, quanto à sua clareza, correção e vinculação lógica com a conclusão; (c) controle da instrução probatória da política pública regulatória, a fiscalizar não apenas a existência, mas também a exaustividade de produção de provas, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e (d) controle da resposta em tempo razoável, corolário do devido processo regulatório (BRASIL, 2016c, p. 28-29). Esse último exame parece não seja aplicável ao legislador, ainda que a inércia possa vir a ser censurada por inconstitucionalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

298

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

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

Especialmente por influência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ele tem avançado, em algumas oportunidades, no exame dos fatos legislativos, empregando, no exame das bases empírico-científicas e prognoses legislativas, os testes de evidência, justificabilidade e grau de intensidade. Nem sempre de modo expresso, as ideias presentes nesses testes têm



estimulado incursões no trabalho investigativo dos legisladores. Essa jurisprudência, todavia, é cercada de dúvidas, inconstância e baixo desenvolvimento, tornando sua predição um exercício arriscado a ser feito.

## REFERÊNCIAS

ALEMANNI, Alberto. The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov's Semiprocedural Review. *The Theory and Practice of Legislation The Theory and Practice of Legislation*, v. 1, n. 2, p. 327-340, 2013.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de direito administrativo*, v. 236, p. 369-384, 2004.

BARROS, Wellington P.; BARROS, Wellington G. Z. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

BERGER, Eric. Deference Determinations and Stealth Constitutional Decision Making. *Iowa Law Review*, v. 98, p. 465-533, 2012.

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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 2396/MS*. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 08/05/2003a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=375387>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 2656/SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento 8/5/2003b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266877>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Rcl 4979/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/04/2007a, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000067720&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 3112/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/05/2007b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ACO-MC-AgRg 876/DF*. Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 19/12/2007c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 11 dez. 2019.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 3510/DF*. Rel. Min. Carlos Ayres, julgamento em: 29/5/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 12 dez.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 102087/MG**. Rel. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629960>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC 104.410 / RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 06/03/2012b . Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em 11 fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC 96759/CE*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. julgamento 28/02/2012c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629956>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 4029/AM*. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento 8/3/2012c. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADPF 54/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 12/4/2012d. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 5105/DF*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 01/10/2015a, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 586224/SP*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado 05/03/2015b. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 627189/SP*. Rel. Min. Dias Toffoli, Repercussão Geral (Tema 479 da Gestão por Temas), julgado em 8/6/2016a, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>>. Acesso em: 31/3/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno *ADI-MC 5501/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 19/5/2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 657718/MG*. Rel. Min. (voto do Ministro Edson Fachin em 28/9/2016c). Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 592145/SP*. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 05/04/2017a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14274800>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI4066/DF*. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 24/8/2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=1445223>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 3356/PE*. Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 30/11/2017c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=749053935>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADC 42/DF*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/02/2018a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4874/DF*. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 01/02/2018b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=749049101>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 5592/DF*. Rel. p/acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 11/09/2019a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=752184165>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 657718/MG*. Rel. p/acórdão Min. Luis Roberto Barroso (ementa e voto), julgamento 22/5/2019b. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versão-final.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2020.

BRYANT; A. Christopher; SIMEONE, Timothy J. Remanding to Congress: The Supreme Court's New "On the Record" Constitutional Review of Statutes. *Cornell Law Review*, v. 86, p. 328-396, 2001.

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

CARVALHO, Kildare G. *Técnica Legislativa*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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.



CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de direito sanitário*, v. 9, n. 3, p. 9-34, 2008.

DAVIS, Kenneth C. An approach to problems of evidence in the administrative process. *Harvard Law Review*, v. 55, p. p. 364-425, 1942.

DYZENHAUS, David. What is 'a democratic culture of justification'? In HUNT, Murray; HOOPER, Hayler J.; YOWELL, Paul (eds). *Parliaments and human rights: Redressing the Democratic Deficit*. Oxford: Hart, p. 425-445, 2015.

ELLIOTT, E. Donald. Strengthening Science's Voice at EPA. *Law and Contemporary Problems*, v. 66, p. 45-62, 2003.

FAIGMAN, David L. *Normative Constitutional Fact-Finding: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretatio*. University of Pennsylvania Law Review, v. 139, 541-613, 1991.

FREUND, Paul A. *On Understanding the Supreme Court*. Boston: Little, Brown and Company, 1949.

KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. *The Supreme Court Review*. v. 1960, p. 75-112, 1960.

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

MARQUES, Silvia Badim. O controle judicial das políticas e ações de saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 17, n. 1, p. 100-105, 2016.

McGINNIS, John O.; MULANEY, Charles W. *Judging Facts Like Law*, 2008: Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1061502\\_code337501.pdf?abstractid=1061502&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1061502_code337501.pdf?abstractid=1061502&mirid=1)>. Acesso em 15 dez. 2019.

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.

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

MEßERSCHMIDT, Klaus. The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court. *Legisprudence*, v. 6, n. 3, p. 347-378, 2012.



OLIVER-LALANA, A. Daniel. Legislative deliberation and judicial review: between respect and disrespect for elected lawmakers. In OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed). *Conceptions and Misconceptions of Legislation*. Springer, p. 207-241, 2019.

POPELIER, Patricia; DE JAEGERE, Josephine. Evidence-based judicial review of legislation in divided states: the Belgian case. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 4, n. 2, p. 187-208, 2016.

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.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

SAMPAIO, José Adércio L. Constituição e Meio Ambiente. In SAMPAIO, J.A.L.; WOLD, C.; NARDY, A. *Princípios do Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

303

SAMPAIO, José Adércio L. *O Controle das Prognoses Legislativas na Jurisprudência Constitucional Comparada*. Belo Horizonte, 2020 (no prelo).

SAMPAIO, José Adércio L. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 45-101, 2003a.

SAMPAIO, José Adércio L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SHERRY, Suzanna. Foundational Facts and Doctrinal Change. *University of Illinois Law Review*, v. 211, n. 1, p. 145-186, 2011.

VAN AEKEN, Koen. Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement. *Diritto e Questioni Pubbliche*, v. 1, p. 271-289, 2018.

VAN GESTEL, Rob; DE POORTER, Jurgen. Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 4, n. 2, p. 155-185, 2016.

Submissão: 02/06/2020

Aceito para Publicação: 24/08/2020

