

# **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO: UM OLHAR SOBRE AS PROGNOSES DO LEGISLADOR**

JUDICIAL REVIEW AND DUE LEGISLATIVE PROCESS:  
A LOOK AT THE LEGISLATOR'S PROGNOSES

REVISIÓN JUDICIAL Y DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO:  
UNA MIRADA A LOS PRONÓSTICOS DEL LEGISLADOR

## **SUMÁRIO:**

1. Introdução; 2. A legística em pauta; 3. O Judiciário: Guardião da Legística e do devido processo legislativo?; Considerações finais; Referências.

## **RESUMO:**

A legitimidade das cortes para avaliar as prognoses legislativas é objeto de polêmica. A disfuncionalidade do processo decisório político está a exigir, porém, que algum nível de intervenção judicial deve ser feito para corrigi-la, de modo a garantir que as decisões sejam tomadas no curso de um devido processo legislativo. A tomada de decisão, no processo, deve-se dar sobre bases empíricas confiáveis, considerando-se as alternativas regulatórias existentes e abrir-se à pluralidade de vozes sociais. Os prognósticos realizados para a tomada de decisão devem resultar desse processo devido, submetendo-se ao controle judicial, quando houver falhas no processo e, excepcionalmente, quando se mostrarem equívocos.

Como citar este artigo:

SAMPAIO, José.

Controle de  
constitucionalidade  
e devido processo  
legislativo: um olhar  
sobre as prognoses  
do legislador.

Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 40, 2023,  
p. 347-379

Data da submissão:

17/05/2021

Data da aprovação:

25/07/2023

**ABSTRACT:**

The legitimacy of the courts to assess legislative prognoses is subject of controversy. The dysfunctionality of the political decision-making process, however, requires that some level of judicial intervention is supposed to be done to correct it, in order to ensure that decisions are taken in the course of due legislative process. Decision-making must be done on reliable empirical bases, considering the existing regulatory alternatives and open itself to the plurality of social voices. The prognoses made for decision-making must result from this due process, submitting to judicial control, when there are failures in the process and, exceptionally, when they prove to be flawed.

**RESUMEN:**

La legitimidad de los tribunales para evaluar pronósticos legislativos es objeto de controversia. Sin embargo, la disfuncionalidad del proceso de toma de decisiones políticas requiere que se realice cierto nivel de intervención judicial para corregirla, a fin de garantizar que las decisiones se tomen en el curso del debido proceso legislativo. La toma de decisiones debe basarse en bases empíricas confiables, considerando las alternativas regulatorias existentes y estando abierta a la pluralidad de voces sociales. Los pronósticos que se realicen en el curso de la toma de decisiones deben resultar de este debido proceso, sometiéndose a revisión judicial, cuando existan fallas en el proceso y, excepcionalmente, cuando resulten viciados o engañosos.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Devido Processo Legislativo; Controle Judicial das Prognoses Legislativas; Controle Judicial Baseado em Evidências.

**KEYWORDS:**

Due Legislative Process; Judicial Control of Legislative Prognoses; Evidence-based Judicial Control.

**PALABRAS CLAVE:**

Debido Proceso Legislativo; Control Judicial de Pronósticos Legislativos; Revisión judicial basada en evidencia.

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão em torno da possibilidade de controle judicial dos prognósticos legislativos tem dividido opiniões na literatura especializada. Embora ainda seja um tema relativamente pouco explorado, é possível identificá-lo em debates acadêmicos e mesmo no âmbito das decisões de cortes nacionais e transnacionais. Há, de um lado, uma preocupação legítima de que o reconhecimento dessa competência judicial embaralhe um pouco mais as já tênues fronteiras entre o direito e a política, judiciário e legislativo. O comprometimento do sistema de legitimidade da ordem constitucional se alia à incapacidade de o judiciário realizar tamanha empreitada. Do outro lado da margem, há quem defenda, como derivação de princípios do constitucionalismo democrático, o poder de, pelo menos, as supremas cortes e tribunais constitucionais poderem examinar, em maior ou menor extensão, a regularidade do devido processo legislativo, por mais que a definição do que seja “devido”, nesse caso, dê margem a diversos entendimentos que se refletirão nos espaços de sindicância judicial. O controle de constitucionalidade passaria, de toda forma, a incorporar uma investigação sobre o proceder legislativo, suas motivações e a integridade dos elementos teóricos e factuais que conduziram ao prognóstico que se materializou numa dada lei ou política.

O presente artigo se detém, ainda que sucintamente, sobre essa discussão, valendo-se de sua indispensável revisão bibliográfica e da argumentação dialética, que conduz à orientação de um reposicionamento da jurisdição constitucional no sentido de avaliar o processo legislativo em circunstâncias específicas, que procura equilibrar-se entre a margem livre de discricionariedade do legislador e os limites funcionais das cortes.

## 2 A LEGÍSTICA EM PAUTA

Na “Ciência” ou “Teoria da Legislação”<sup>1</sup>, há um campo específico que, mais que descritivo e analítico, serve a estabelecer orientações e guias para elaboração de boas e legítimas leis. Cuida-se da “avaliação da legislação” ou “avaliação legislativa” que examina uma dada lei (ou a legislação em abstrato) segundo padrões mínimos de pesquisa científica e jurídica, incluindo a análise de seus impactos sociais e econômicos, a probabilidade de ser efetiva e eficaz, atingindo os objetivos propostos (VAN AEKEN, 2018, p. 274). As avaliações podem ser ex ante (ou “avaliação de impacto”)

ou ex post (ou “avaliação de impacto regulatório”) a elaboração da lei, incidindo em diferentes momentos no ciclo regulatório e com diferença de protagonismo dos atores envolvidos (MEßERSCHMIDT, 2016). A avaliação legislativa prospectiva ou ex ante averigua a capacidade de os possíveis efeitos da legislação promoverem os fins legislativos pretendidos; enquanto a avaliação retrospectiva ou ex post apura se efeitos práticos produzidos pela legislação correspondem àqueles fins (SALINAS, 2013, p. 234-235)<sup>2</sup>.

Há duas principais orientações que as informam: a avaliação democrática, que analisa o grau de abertura do processo deliberativo à efetiva participação popular e social; e a “avaliação racional-analítica” que é realizada principalmente para melhorar o caráter científico e baseado em evidências da legislação (VAN AEKEN, 2018, p. 274)<sup>3</sup>. Embora haja leituras que enfatizem um ou outro aspecto (GUBA; LINCOLN 1989), a combinação delas parece indicar o melhor critério da avaliação. Se os estudos teóricos e empíricos fornecem elementos objetivos e cálculos técnicos de efeitos das alternativas de regulação, o enriquecimento do debate público que forneça informações sobre os interesses em pauta, sobretudo (mas não apenas) no curso do processo legislativo, mais que atribuir legitimidade ao debate, contribui para avaliação crítica de argumentos e contra-argumentos, das técnicas e dos interesses, é preciso reconhecer, imprimindo probabilidade maior de acerto na tomada de decisão (FUNG; WRIGHT, 2003; VAN AEKEN, 2018, p. 280)<sup>4</sup>.

O Judiciário, na tarefa de guardião da constitucionalidade, entraria nessa análise em duplo sentido: por meio do escrutínio superador do formalismo, invocando um exame empírico e finalístico da norma e das decisões. E por abertura do processo de controle da constitucionalidade à participação social. Esse último elemento aparece com mais frequência como exigência de legitimidade da decisão tanto na literatura, quanto na positivação e reconhecimento judicial (HÄBERLE, 1997; ABOUD, 2016, p. 119). O primeiro, no entanto, ainda é polêmico (VAN GESTEL; DE POORTER, 2016).

### **3. O JUDICIÁRIO: Guardião da Legística e do devido processo legislativo?**

O exame judicial da correção legislativa, baseada em evidências,

tem encontrado resistências teóricas e práticas em alguns países (COENEN, 2009, p. 2853 ss; VAN GESTEL; DE POORTER, 2016). Noutros, sua aceitação teórica, embora menos problemática, não é imune a críticas (MEßERSCHMIDT, 2012). A carência de um debate mais aprofundado sobre o tema (MCGINNIS; MULANEY, 2008; ISMER; MEßERSCHMIDT, 2016) é acompanhada de uma jurisprudência pouco coerente e, portanto, imprevisível (ELLIOTT, 2003, p. 61; BERGER, 2012, p. 465 ss; KING, 2008, p. 411; POPELIER; DE JAEGERE, 2016; GERARDS, 2017). É, no mínimo, paradoxal – e talvez, contrariamente, deliberado – que esse quadro se mantenha num ambiente cada vez mais exigente de transparência e fundamentação<sup>5</sup>. Percebe-se, mas, em geral, pouco se fala que toda interpretação normativa termina por considerar os elementos empíricos ou factuais envolvidos e visualiza em perspectiva, nem sempre de forma explícita, os efeitos da decisão (HASHIMOTO, 1997, p. 116ss<sup>6</sup>; DORF, 1998, p. 38<sup>7</sup>; MCGINNIS; MULANEY, 2008, p. 6<sup>8</sup>). Toda interpretação é aplicação (FAIGMAN, 2008; BORGMANN, 2013; SAMPAIO, 2013; STRECK, 2014). A consideração expressa de elementos empíricos e de fatos sociais (BORGMANN, 2013, p. 1187), além das consequências das decisões, é genericamente refutada como utilitarismo consequencialista pouco recomendável ao labor judicial, sendo-lhe mais prudente, se não exigível, a deferência ao legislador e ao formulador de políticas públicas (DORF, 1998; FAIGMAN, 2008). É preciso trazer à luz a crítica e diferenciar situações que são comumente analisadas indistintamente<sup>9</sup>.

A deferência judicial tem como premissa duas razões principais, muitas vezes cruzadas: as credenciais democráticas dos legisladores e a capacidade institucional dos agentes políticos. Parece indiscutível que a investidura das urnas confere aos agentes políticos, notadamente no legislativo e, em menor escala, na chefia do executivo, uma força legitimante à adoção das políticas públicas, que falta, a não ser por uma leitura indireta e dogmática, aos juízes (SAMPAIO, 2002, p. 100). Pela segunda razão de deferência, advoga-se a maior capacidade de acerto nas escolhas das alternativas regulatórias das instituições políticas, pelos recursos de que dispõem, pela pluralidade de informações e conhecimento especializado (VANDENBRUWAENE, 2012, p. 341; OLIVER-LALANA, 2019, p. 196). O legislativo teria habilidade e sofisticação nos embates políticos e sobre mundividências ou necessidades públicas, bem como na realização de

análise de contextos sociais e de elementos empírico-científicos, de que, em grande medida, careceria o judiciário (COLKER; BRUDNEY, 2002, p. 118; BANKS, 2003, p. 469; POST; SIEGAL, 2003).

Em verdade, a combinação dos dois elementos formulados acima pode levar a, pelo menos, três diferentes orientações sobre o controle judicial das razões e, quando for o caso, das prognoses realizadas pelo legislador: a) deferência absoluta; b) deferência relativa e c) deferência alguma. A última delas esbarra nos limites mínimos de exatidão funcional do Judiciário, mesmo numa governança democrático-constitucional, e no reclame, minimalista que também seja, da legitimidade das urnas. Alguma deferência deve existir. A questão é se total ou parcial.

No primeiro caso, não caberia ao Judiciário qualquer poder para examinar as razões usadas pelo legislador na aprovação de uma lei ou na adoção de uma política pública. Nos Estados Unidos, por exemplo, a versão mais afiada, para não dizer, caricatural, pode ser encontrada na crítica do ex-juiz da Suprema Corte, Antonin Scalia, a dizer que a correção constitucional das leis não pode ser fundamentada nos trabalhos das comissões parlamentares nem nos debates, mas “apenas na votação”<sup>10</sup>. “Francamente”, ele escreveu, “não me importo com o objetivo dos legisladores além do que consta do texto devidamente promulgado”. E segue: “Então nossos delegados ao Congresso não são meticulosos? Não, temos que assumir o contrário. Essa é a suposição da democracia”. Indo mais longe, ele afirma: “Como não sabemos o que está na mente de 436 legisladores (contando com o Presidente), tudo o que sabemos é que eles votaram um texto”; para, ironicamente, como era seu estilo, concluir: “De fato, não importa se eles estavam bêbados quando votaram a favor. Se eles votaram, esse texto é a lei”<sup>11</sup>. As motivações e fundamentos empíricos que são considerados pelo legislador e formulador de políticas públicas encontram-se, nessa perspectiva, em um “território sagrado” e “proibido” aos juízes (KAVANAGH, 2014). Comumente a literatura denomina essa orientação teórica (e prática) de substancialista (ALEMANNO, 2013; BAR-SIMANTOR, 2016), encontrando aplicação, pelo menos, maioritária em países como a Bélgica (POPELIER; JAEGERE, 2016) e Países Baixos (VAN GESTEL; DE POORTER, 2016)<sup>12</sup>.

Oposto a essa ideia está o pensamento dos que admitem que não há uma espécie de espaço vazio de Constituição, em que não caiba aos juízes

analisarem os fundamentos das decisões públicas. O texto constitucional estaria a exigir um exercício de investigação profunda para se saber se as suas normas foram atendidas pelo legislativo e administração, superando a tendência formalista e excessivamente deferente das cortes (DORF, 1998; FAIGMANN, 2008; BERGER, 2012). A decisão pública seria sempre um processo complexo de repartição de responsabilidades diferenciais que envolveria os três poderes. Aos legisladores como à Administração caberiam as escolhas dos instrumentos de promoção constitucional, por meio das leis e políticas (MEAZELL, 2009). O princípio democrático, a separação de poderes e a capacidade institucional lhes dariam essa primazia. Os juízes, no entanto, deveriam analisar esse trabalho em seu processo, em suas razões e em seu resultado como “auditores da Constituição” formal e materialmente. Caso contrário, eles poderiam terminar por referendar ajustes não equânimes de interesses e políticas fragmentárias, fundadas em colcha de retalhos teóricos ou em meras especulações sem fundamento científico (BERGER, 2012). Nesse trabalho de investigação, eles não se podem fundar em “suposições de senso comum”, em suas “intuições” ou em suas próprias “experiências pessoais”, mas têm de desenvolver uma abordagem coerente, ancorada em argumentos empiricamente sólidos, até para definir, na dúvida, mas também na convicção assim firmada, a hipótese de deferência ou de dar razão ao legislador<sup>13</sup>. Essa corrente, chamada de procedimentalista, comporta graus entre os que requerem um exame profundo – e quase substitutivo – do processo de tomada de decisões legislativas e administrativas, e os que procuram reduzi-lo a princípios “objetivos” de aferição como a razoabilidade e a proporcionalidade do procedimento (LENAERTS, 2012; VAN GESTEL; DE POORTER, 2016)<sup>14</sup>.

Na versão “pura”, os trabalhos investigativos se concentram exclusivamente no processo decisório e de formação das leis, considerando-se irrelevante o conteúdo da legislação. Em versões “mitigadas”, “intermediárias”, “mistas” ou “semiprocedimentais”, o resultado também precisa ser examinado. O exame da correção do processo legislativo complementam os “testes substantivos tradicionais”, como o juízo de proporcionalidade, para determinar a constitucionalidade de uma lei (BAR-SIMANTOR, 2016, p. 17-18). Em última instância, embora não exista consenso quanto a este ponto, o controle de constitucionalidade só poderia ser iniciado

quando e se o conteúdo da lei violar a Constituição. O modelo intermediário parece mais adequado ao exigir, no controle de constitucionalidade, uma dupla avaliação de evidência: do processo legislativo e do processo judicial. No juízo de constitucionalidade, o tribunal pode considerar as evidências que embasaram o processo legislativo e aquela que forem produzidas nos autos. A exigência de considerações empíricas no processo de controle, por certo, agrega substância e, em princípio, efetividade ao trabalho judicial, mas se torna complicado se autorizar um julgamento ex post do acerto das prognoses das políticas, a menos que, pelo exame procedimental, não tenha havido prognose alguma ou ela se tenha mostrado negligente (BAR-SIMAN-TOR, 2016, p. 18). A esse ponto se pode avançar um pouco: se, na análise de constitucionalidade, ficar-se demonstrado que as projeções e cálculos se revelaram equivocados, provocando efeitos até contrários aos pretendidos? Toda prognose está envolta em incerteza, por mais cuidadoso que seja o legislador, o futuro tem suas surpresas. O imponderável sempre parece à espreita para infirmar os prognósticos. Em casos assim, as cortes nada poderiam fazer?. Seria muito invasivo, para alguns. Os limites funcionais da jurisdição constitucional deixariam de fora o mérito das “soluções legislativas inadequadas ou erradas”, cabendo ao legislador corrigir o prognóstico frustrado (CANOTILHO, 2003, p. 1316; MENDES, 2006, p. 480). Um ponto que está a merecer maior atenção, tratada mais tarde. Antes há uma interrogação mais premente: por que o procedimentalismo intermediário parece preferível ao substancialismo?

Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que as urnas, no entanto, não conferem um cheque em branco aos vencedores. As minorias devem ter seus direitos resguardados, inclusive o de conhecer as razões deliberativas e sobre elas discutir (DWORKIN, 1984; PREECE, 2008). A cultura democrática de justificação exige dos legisladores a apresentação, ao eleitorado e num “fórum político” abrangente, das “razões políticas” e “jurídicas” das leis aprovadas (STEELE, 2017, p. 10). Não se trata somente de justificar “por que uma política é melhor do que outra”, mas também de “demonstrar” que ela é compatível com os direitos constitucionais. Nesse caso, a justificativa não se dirige apenas aos cidadãos, mas também aos juízes (DYZENHAUS, 2015, p. 425-426). A clínica das razões justificantes requer atenção a um “devido” processo legislativo e está intimamente relacionada aos direitos fundamentais e aos valores democráticos (ROSE-AC-



KERMAN et al; 2015, p. 185-186). Ou, como assinala Dyzenhaus, não se pode distinguir o controle do conteúdo da norma ou decisão, do controle da correção do processo deliberativo (DYZENHAUS, 1998, p. 35), um processo legislativo (ou decisório) “devido”.

A definição do que seja um “devido” processo legislativo pode assumir uma vertente débil, de cumprimento aos ritos previstos em regimentos parlamentares, independentemente do exame de correção das normas regimentais; ou outra mais forte e rica, a exigir-lhe razões democráticas e empírico-finalísticas. Entre os requerimentos processuais democráticos estariam a transparência ou publicidade legislativas, que, por sua vez, são aliadas à responsabilidade e representatividade políticas; a autenticidade legislativa, vis-à-vis a captura dos legisladores e a presença de interesses particulares não equânimes ou mesmo ilícitos, assim como a flexibilidade dos parlamentares para mudar de opinião e o esforço dedicado ao debate das alternativas; bem como a inclusão legislativa, com abertura do processo à sociedade e à voz das minorias e ao pluralismo de ideias (OLIVER-LALANA, 2019, p. 180)<sup>15</sup>. As discussões inclusivas devem contar com informações e dados factuais e teóricos confiáveis e consistentes que possam fundamentar os prognósticos e alternativa adotada (SATHANAPALLY, 2017).

Os juízes constitucionais teriam que se sensibilizar com os princípios informadores do devido processo legislativo, não se atendo à negativa de prestação jurisdicional, por apelo às exigências democráticas. Os trabalhos parlamentares não exercem uma delegação plena do eleitorado para aprovarem suas leis como lhes aprouverem, atentos apenas a um possível controle formalista do produto desse trabalho. A graduação da deferência seria definida pelo grau de atendimento das requisições de um devido processo legislativo, o que, como visto, seria também manifestação da democracia. Mas como estabelecer parâmetros interpretativos que possam conduzir o “devido” processo constitucional a aferir o “devido” processo legislativo no sentido mais substantivo do termo? A pergunta é central no procedimentalismo e deve ser respondida, para não se correr o risco de, ao se defender o controle judicial, sucumbir-se à tese de fungibilidade da discrição entre legisladores e juízes. Parâmetros abertos tanto quanto a sua falta aprofundam o problema, ampliando a discricionariedade judicial e o jogo casuístico de conveniência, o que é ainda mais gravoso à demo-

cracia (KING, 2008).

O único conselho útil, para alguns, seria haver a intervenção judicial apenas em situações extremas em que se identificam falhas grosseiras no processo deliberativo (GOLDFELD, 2004, p. 370, 387-388). Para outros, seria estimular os juízes a usarem as “ferramentas” argumentativas com as quais estão mais familiarizados como a proporcionalidade e a elas serem associados requerimentos processuais (ROACH, 2015, p. 418). Uma justificativa estatutária “notavelmente deficiente” tem servido, por exemplo, como elemento de convencimento de que a norma é desarrazoada ou desproporcional (JOSEPH, 2010, p. 590-591). Um ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha chegou a admitir que era mais fácil o Tribunal considerar uma lei como desproporcional ou arbitrária, quando ficava demonstrado que o Bundestag se apressara na sua aprovação ou não havia oferecido justificativas plausíveis para aprová-la (OLIVER-LALANA, 2019, p. 190). Ao avaliar a proporcionalidade da lei, por exemplo, o tribunal deve basear suas decisões, além dos requerimentos democráticos de publicidade e inclusão, em evidências empíricas que possam apoiar suas conclusões sobre adequação, necessidade e ponderação. Para tanto, deve verificar se existem evidências nos registros legislativos de que o legislador considerou os diversos aspectos envolvidos na questão constitucional e se valeu de pesquisas e estudos confiáveis para avaliar as alternativas existentes e as probabilidades dos impactos pertinentes, num processo discursivo suficientemente informado, inclusivo e maduro para a tomada de decisão (COENEN, 2001, 1834 ss, 1858-1859; PETERSEN, 2013, p. 318; OLIVER-LALANA, 2019, p. 180, 187)<sup>16</sup>.

A resposta judicial pode variar consideravelmente, de acordo com a matéria em pauta. Estudos feitos com a jurisprudência constitucional comparada demonstraram que quanto mais se esteja a lidar com um assunto que o judiciário se sinta confortável em analisá-lo, pela constância em seu repertório de decisões ou por não envolverem assuntos que dependam de considerações científicas, menos tende a ser reconhecida a deferência legislativa. Mesmo tendo o legislador algum espaço de conformação para tornar mais efetivo um direito fundamental, seu trabalho é frequentemente submetido a exame judicial, pois as cortes tendem a reconhecer sua legitimidade para controlar eventual restrição ou limites indevidos (SAMPAIO, 2002, p. 722 ss). Entre os direitos fundamentais,

pode haver graduação na margem de apreciação legislativa. Discriminações com base em gênero, raça, religião ou orientação sexual assim como atentado à liberdade individual quase sempre envolvem um nível maior de fiscalização judicial (BORGSMANN, 2009, p. 35 ss; ARAIZA, 2013, p. 910-911). É claro que quanto mais os direitos envolverem prestações estatais ou forem dependentes de ações e gastos públicos menos intensa tenderá a ser a intervenção judicial, embaralhando um pouco as fronteiras entre questões “estritamente” jurídicas e questões de fato ou de política (FAIGMAN, 1991; FAIGMAN, 2008, p. 52). Assim, quando a discussão envolve os direitos socioeconômicos, escolhas complexas na política social ou econômica e dilemas ético-morais sensíveis, há uma propensão a deixar-se mais livre o legislador (GERARDS, 2017, p. 146 ss.)<sup>17</sup>

Se, todavia, o legislador já tiver, nas contas da jurisdição, um histórico de falhas na apreciação dos meios e fins, sem apresentar soluções adequadas para conflitos constitucionais (ARAIZA, 2013, p. 920); ou se tentarem rever orientações jurisprudenciais consolidadas, os juízes costumam ser mais exigentes com as escolhas feitas (SAMPAIO, 2020a); sucedendo a mesma coisa com decisões legislativas que se baseiem em dados empíricos sem muita relevância, conflitantes ou sem maiores explicações. Em sentido oposto, quando as cortes encontrarem dificuldades para elas mesmas identificarem os fatos relevantes, costuma-se deixar ao legislador maior protagonismo (ARAIZA, 2013, p. 922 ss). Há ainda uma tendência de exame das razões e do processo genético da lei, quando é possível identificar nos debates parlamentares argumentos que reafirmem a sua constitucionalidade ou quando a razão normativa, vale dizer, o exercício mais formalista de comparação entre linguagens normativas, faz-se presente. O controle se aquieta com o statu quo. (KAVANAGH, 2014, p. 456). Mas volta-se aqui ao círculo da deferência casuística e imprevisível. E para superá-lo é preciso estabelecer linhas definidoras de critérios que possam orientar uma fiscalização das prognoses legislativas e decisórias.

Uma questão que não parece suficientemente respondida pela literatura, levando a confusões, é: a decisão de controle de constitucionalidade deve ser ela mesma baseada em evidências ou se basta em verificar se a decisão do legislador foi baseada em evidência (BAR-SIMAN-TOV, 2016, p. 6-7)? Se for acolhida a segunda versão da alternativa, a corte deve analisar o processo decisório e os suportes empíricos que levaram à aprovação

a lei, bastando ao requerente trazer aos autos os argumentos que possibilitem o juízo sobre a prognose legislativa. Na primeira delas, requer-se que os argumentos apresentados sejam fundados em provas que possibilitem a corte a realizar um juízo de evidência e correção dos prognósticos. Se não for pela distribuição do ônus da prova, a questão fica prejudicada, a se pensar que devem os juízes possibilitar uma reapreciação dos elementos teóricos e empíricos da decisão legislativa nos dois casos. Esse é um ponto relevante a se analisar diante da presunção de constitucionalidade das leis e, reflexamente, dos atos administrativos. No controle concreto, o tema é mais sensível, pois a carga probatória, em geral, recai sobre quem infirma a presunção; no controle abstrato, nem tanto. Entretanto, pela natureza do controle nos dois casos, os argumentos jurídicos se confundem com os argumentos fáticos. Não há como analisar o processo legislativo (ou decisório), baseado em evidência, sem investigar os elementos empíricos envolvidos. Parece uma obviedade. É verdade que as cortes muitas vezes tendem a recorrer a fórmulas do tipo “os arguentes não demonstraram que...” para declarem a constitucionalidade da lei sem apreciar as prognoses legislativas envolvidas. Exceto em casos de pedidos absolutamente infundados, trata-se de um recurso linguístico para evitar o enfrentamento do problema ou para autoconterem-se, que tangenciam a negativa de jurisdição. Imaginem-se temas em que se tem por assente a inversão do ônus da prova como o direito ambiental; ou mesmo de políticas públicas que interfiram diretamente com os direitos fundamentais. Em assuntos assim, argumentos substantivos deveriam despertar o reexame do devido processo legislativo (MCGINNIS; MULANEY, 2008, p. 36).

Dois exemplos da jurisprudência constitucional tendem a exemplificar o problema. Tome-se, por primeiro, o julgamento pela Suprema Corte de Israel sobre o direito a viver com dignidade, assegurado por políticas públicas que a todos garantiam um mínimo de subsistência (ISRAEL, 2005). Havia indícios de que o legislador não promovera um juízo de evidência para reformar a legislação social, mas os requerentes saíram frustrados em sua demanda, porque, segundo a Corte, não haviam demonstrado que os benefícios foram rebaixados a ponto de afetar o direito de subsistência. Já o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao examinar os estatutos sobre desempregos que garantiriam benefícios de subsistência a adultos e crianças até 14 anos, partiu do pressuposto de

que não poderia determinar os requisitos quantificáveis para garantir um mínimo de subsistência, o que estaria dentro da margem de apreciação do legislador (ALEMANHA, 2010). No entanto, o legislador, no exercício desse espaço de apreciação, deveria ter considerado realisticamente todas as despesas necessárias à existência humana no curso de um processo transparente e capaz de permitir a conclusão de que o estabelecimento dos benefícios fora realizado com base em “valores confiáveis e métodos de cálculo coerentes”<sup>18</sup>. O legislador, no caso, não passou no teste de evidências, de modo que as disposições sobre benefícios-padrão para adultos e crianças foram consideradas inconstitucionais.

O exame judicial das prognoses legislativas (ou decisórias), baseado em evidências, tem o grande mérito de identificar e corrigir eventuais excessos de politização e da predominância dos jogos de interesses nas avaliações das bases e dos impactos regulatórios (BRESSMAN, 2007; MUNDAY, 2008). Mas permanece a dúvida sobre a capacidade de os juízes conduzirem um processo dessa natureza. A falta de preparo institucional, a inexistência de apoio técnico, o limite funcional à realização de prognósticos, a formação inadequada<sup>19</sup> ou generalista e o tempo exíguo da prestação jurisdicional estão sempre no horizonte de críticas contra as competências judiciais (BERNSTEIN, 2005, p. 553; JACSON JR, 2015, p. 15). Tampouco seria útil a combater desvios e capturas dos processos deliberativos e parlamentares. A força dos grupos de pressão sobre o parlamento (e agências administrativas) seria muito mais reduzida se fossem adotadas outras formas de controle institucional e pela sociedade, do que pela transferência de competência fiscalizatória às cortes. Essa transferência tenderia a agravar ainda mais a disfuncionalidade da política e a contagiar as instâncias judiciais com as contingências da política (ELHAUGE, 1990, p. 78). Esse risco de politização do processo se aprofundaria mais ainda com a incorporação de dados empíricos e prognósticos, ao estilo dos parlamentos e das agências reguladoras. Ao fim, abalaria o pilar da imparcialidade, tão cara à função judicante (MCGARITY, 2003, p. 156; BERSTEIN, 2005, p. 553). Nem se pode desconsiderar que eventuais parâmetros que venham a ser desenvolvido pelas cortes para definir o procedimento adequado de escolhas técnicas possam levar tanto à “ossificação” do trabalho decisório, quanto pode ser manipulado pelos decisores, por meio do uso de uma linguagem técnica de difícil controle, prejudicando a

qualidade das decisões (JORDAN, 2000, p. 395).

Há, no entanto, razões que contrariam esse ceticismo. Talvez o grande problema seja como as cortes se podem valer de elementos empíricos para analisar os prognósticos legislativos (e das políticas públicas). A literatura se tem valido do “teste de Daubert”, elaborado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, como um guia inicial para o trabalho dos juízes. Em “Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals”, a Suprema Corte estabeleceu que a admissibilidade e produção de provas por cientistas, peritos e especialistas nos diversos campos de conhecimento, inclusive em estudos sociológicos e econômicos<sup>20</sup> em processos judiciais, devem-se pautar em premissas e metodologia que atendam aos seguintes requisitos: (a) aceitabilidade - devem ser aceitas pela comunidade científica; (b) testabilidade - podem ser testadas e (c) - devem ter sido submetidas à publicação e revisão pelos pares; e (d) erros dentro da margem de segurança - têm de apresentar um índice de erro conhecido ou potencial aceitável<sup>21</sup>. Embora não se trate de requisitos exaustivos, visa-se com o teste garantir-se minimamente que as evidências científicas e/ou empíricas apresentadas aos tribunais atendam aos mesmos padrões de confiabilidade exigidos pelos cientistas. É uma espécie de garantia contra a “junk science” (IMWIN-KELRIED, 1994, p. 2273; CHENG; YOON, 2005, 503).

Embora o teste não se aplique, nos Estados Unidos, para controle de correção do processo legislativo, muitos autores defendem o seu emprego para esse fim<sup>22</sup>. A exigência de “boa ciência”, afirmam Raul e Dwyer “também deve ser aplicada à revisão judicial da ciência subjacente [pelo menos] à tomada de decisão regulatória” (RAUL; DWYER, 2003, p. 7. MILLER; REIN, 2000, p. 298)<sup>23</sup>. Não se pode, todavia, esperar que haja sempre uma solução científica para cada problema apresentado. A ciência trabalha com maior ou menor grau de incerteza, variando as leituras e até assunções metodológicas, mas mesmo esse ambiente de dúvida é preferível – pela maior probabilidade de acerto – ao mundo idiossincrático das opiniões fundadas no senso comum ou à saída fácil de negação de jurisdição (BREYER, 1998, p. 538). Além do mais, a incerteza ou a divisão de pontos de vista científico também estão presentes no processo decisório administrativo e legislativo (DOREMUS, 2008). No primeiro, fica ainda mais fácil afirmar que o escrutínio judicial traria a um público mais amplo a discussão restrita ao mundo técnico, quando não aos gabinetes fechados

de uma elite tecnocrática (WAGNER, 1995, p. 1661-1662; BERGER, 2012, p. 522-523)<sup>24</sup>. Essa ordem de ideia também se poderia aplicar ao legislador, embora em menor grau, pela maior abertura do processo legislativo ao debate público. Seja como for, quando a corte examina o processo decisório e os fundamentos que levaram a opções por uma dada alternativa científica, ela torna ainda mais transparentes as divergências, os níveis de consenso possíveis e o inafastável escrutínio público das deliberações, reduzindo (ou revelando) a força de interesses corporativos ou econômicos sobre as escolhas feitas (JASANOFF, 1990, p. 20; WADDELL, 1990, p. 127-128; FRIEDMAN, 1993, p. 637; RAUL; DWYER, 2003, p. 8 ss; ENDRESS, 2009)<sup>25</sup>. Por mais que as cortes estejam num ambiente de tensão e pressões sociais e econômicas, parece razoável afirmar que os grupos de interesse exercem menos influência sobre elas. O processo contraditório também disciplina bem mais o viés de confirmação e limita os efeitos de outras heurísticas, tornando a avaliação das evidências, pelos parlamentares, relativamente menos precisa (MCGINNIS; MULANEY, 2008, p. 17). A ampliação do fórum de debate, por meio das audiências públicas e *amici curiae*, imprimem ao contexto um grau de legitimidade democrática adicional, pela oportunização a vozes vencidas ou extraviadas no processo legislativo (ABBOUD, 2016, p. 119; HÄBERLE, 1997, p. 30-31) A renovação da capacidade de participação ainda é chamada em defesa do fato de os juízes, necessariamente pela sua formação generalista e pelo próprio curso do processo judicial, traduzirem as informações altamente técnicas numa linguagem mais acessível ao público em geral (MEAZELL, 2011, p. 778-779). Nem se pode desconsiderar que um controle responsável do devido processo legislativo traz como consequência um aperfeiçoamento do trabalho legislativo e dos formuladores de políticas públicas, inclusive ou principalmente no âmbito das agências administrativas. No mínimo, tornam-se mais cuidadosos (BERGER, 2012, p. 520; DUDLEY, 2015, p. 1055)<sup>26</sup>.

Ainda que não seja muito da província dos juízes a consideração das consequências e do futuro (ou não seja deliberadamente), essa questão deve ser discutida com maior profundidade, especialmente no âmbito dos tribunais constitucionais e supremas cortes, pois, nesse caso, o estabelecimento de precedentes transcendem o litígio e o tempo, tendo de lidar com problemas que se podem apresentar no futuro. Trata-se, portanto, de

uma responsabilidade menos do que um mero capricho da conveniência judicial. Num sistema de governança constitucional ou, mesmo, na visão clássica do “governo constitucional”, as cortes não possuem uma “carta branca” para estabelecerem novas orientações vinculantes (VAN GESTEL; DE POORTER, 2016, p. 181). A dúvida sobre a capacidade judicial de condução de uma investigação científica pode esconder um pré-conceito e a desconsideração de que também os legisladores não são muito afeitos a formular prognose com base em evidências técnicas e científicas ou por análises empíricas em geral, guiando-se por suas visões de mundo, afora outros interesses nem sempre publicizáveis (MCGINNIS; MULANEY, 2008, p. 17; MEAZELL, 2009, p. 242). O ponto está mais em como prepará-los para enfrentar o desafio do que em mantê-los sob suspeição de capacidade institucional ou funcional. Certamente que legisladores e juízes não se tornarão cientistas tampouco parlamento e cortes serão laboratórios, mas as leis como as decisões judiciais devem repetir tanto que possível o “estado da arte” da ciência e do conhecimento especializado (BREYER, 1998, p. 537)<sup>27</sup>.

Essas observações não concedem, por outro lado, uma autorização plena aos juízes para imporem sua vontade ou visão de mundo sobre aquelas do legislador. No sistema de repartição de competência constitucional, o legislador tem relativa prioridade em realizar as escolhas e definir prioridades diante das alternativas legais existentes. O que se disse é que essa prioridade não importa um poder absoluto ou sem fundamentos constitucionais. Há de ser exercida com bases empíricas que podem e devem ser analisadas pelas cortes. A deferência ao legislativo é dependente de uma série de fatos e varia em graus como se anotou acima (ARAIZA, 2013; SAMPAIO, 2020a)<sup>28</sup>.

No caso de frustração dos prognósticos legislativos, o entendimento corrente é de que nada há por fazer-se no âmbito judicial. Caberia ao legislador e aos formuladores de políticas públicas adotar as providências de correção (MENDES, 2006, p. 480). Essa nota está a merecer uma reflexão: as cortes silenciariam com os resultados desastrosos de uma política legislativa ou pública, por imaginarem que assim estariam obrigadas por seus limites funcionais? Não parece ser a conduta adequada, sobretudo se afetarem direitos fundamentais. É certo que todo exercício de previsão prospectiva está sujeito a erro, mas, uma vez se mostrada realmente equi-



vocada, pela superveniência de evento imprevisto ou pela própria incerteza que cerca o futuro, as cortes devem intervir. A elas caberia recorrer às técnicas de decisões intermediárias, declarando a necessidade de modificação da política pública e legislativa, assinalando prazos, conforme seja o grau de disfuncionalidade dos efeitos produzidos. (SAMPAIO, 2001; MEßERSCHMIDT, 2016, p. 229)

Um exemplo poderia ser extraído da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha com a imposição do dever de correção da lei (“Nachbesserungspflicht, Korrekturpflicht, Anpassungspflicht, Verbesserungspflicht”). Identificado que os objetivos não serão alcançados, o Tribunal determina que o legislador intervenha para corrigir as normas, fazendo-lhes os ajustes necessários. Cabe, portanto, ao legislador remediar a inconstitucionalidade da legislação “sobald als möglich”<sup>29</sup>. Os juízes se podem fundar no fato de que os prognósticos feitos ao tempo do processo legislativo, embora à época fossem razoáveis, revelaram-se equivocados<sup>30</sup>. Essa falha de prognóstico pode bem ser decorrência do erro de apreciação, mais fácil de avaliar retrospectivamente, mas podem também decorrer de mudança dos elementos factuais ou da superveniência de fatos até então imprevisíveis. O assinalamento de um prazo para correção é indicativo de que cabe ao legislador realizar os estudos necessários e monitorar os efeitos da execução da lei (FLÜCKIGER, 2016). É certo que o Tribunal tem sido cuidadoso no emprego desse recurso, empregando-o raramente e, mesmo assim, mais nas razões do que no dispositivo do julgamento (OLIVER-LALLANA, 2016).

É dado à política o ajuste do mérito de seus prognósticos, identificado que, embora atento à racionalidade ao tempo de sua elaboração, eles se mostraram errados. Cabe, portanto, às cortes dar-lhe a oportunidade de correção (MEAZELL, 2009, p. 283)<sup>31</sup>. Na hipótese de nada ser feito, não restaria outra saída a elas que estabelecer as providências necessárias, inclusive com regras provisórias, para impedir a continuidade de uma política desastrosa, ficando sempre ao domínio político promover as adequações necessárias e definitivas aos quadros de desacerto. A solução parece atender aos reclames de uma “governança constitucional” que prima pelo diálogo institucional, sem privar a Constituição de seus efeitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

Em situações assim, a intervenção judicial não é apenas autorizada, mas exigida. É de se admitir, com a excepcionalidade devida, que mesmo em caso de cumprimento do devido processo legislativo (ou de tomada de decisão), as cortes também tenham de intervir. Se as prognoses se mostrarem equivocadas, pela superveniência de fatos imprevisíveis ou mes-

mo pela imponderabilidade de todo prognóstico, não parece adequado que se mantenha uma política ou lei desastrosas. O apelo ao legislador ou formuladores da política pública, para que façam a correção adequada dentro de certo tempo parece o caminho mais adequado para privilegiar o diálogo institucional e a governança constitucional. Mantida a inércia, porém, caberia às cortes por fim ao desatino, estabelecendo, se necessárias, regras de transição até que os inadimplentes cumpram com seu dever constitucional.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 15, 337 (Höfeordnung), julgado em 20/3/1963. Disponível em: < <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1190>>. Acesso em 24 mar. 2020

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 175, 125 (Hartz IV), julgamento em 9/2/2010. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv125175.html>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II), julgado em 28/5/1992, 309; 15, 337, 351. Disponível em: < <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1190>>. Acesso em 24 mar. 2020.

ALEMANNO, 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.

ANDRADE, Aparecida de M.; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 781-798, 2018.

ARAIZA, William D. **Deference to Congressional Fact-Finding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation**. New York University Law Review, v. 88, p. 878-955, 2013

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Ma-

drid: Civitas, 1997.

BANKS, The Constitutional Politics of Interpreting Section 5 of the Fourteenth Amendment. **Akron Law Review**, v. 36, p. 425-471, 2003.

BELL, John. **Policy Arguments in Judicial Decisions**. Oxford: Oxford: University Press, 1983.

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

BERNSTEIN, D. .What to do about Federal Agency Science: Some Doubts about Regulatory Daubert' (2005) George Mason Law Review 553.

BORGMANN, Caitlin E. . **Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases**. California Law Review, v. 101, n. 5, p. 1185-1248, 2013.

BORGMANN, Caitlin E. Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding. **Indiana Law Journal**, v. 84, n. 1, p. 1-56, 2009.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar no 185, de 2016**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125641>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRESSMAN, Lisa S. **Procedures as Politics in Administrative Law**. Columbia Law Review, v. 107, p. 1749-1821, 2007.

BREYER, Stephen. **The Interdependence of Science and Law**. Science; Apr 24, , p. 537-538, 1998.

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.

CANADÁ. Suprema Corte: **R. v. J.L.-J.**, [2000]. Disponível em:< <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1815/index.do>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CHENG Edward K.. YOO, Albert H. Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards. **Virginia Law Review**, v. 91

471-513, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 2, n. 3, p. 183-206, 2015.

COCKER, Ruth; BRUDNEY, James J. Dissing Congress. **Michigan Law Review**, v. 100, n. 1, p. 118-144, 2001

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

COENEN, Dan T. The Pros and Cons of Politically Reversible Semisubstantive Constitutional Rules. **Fordham Law Review**, v. 77, p. 2835-2891, 2009.

DEVYVER, K. Opening the door but keeping the lights off: Kumho Tire Co. v. Carmichael and the applicability of the Daubert test to nonscientific evidence. **Case Western Reserv Law Review**, v. 50, n. 1, p. 177-202, 1999.

DOREMUS, Holly. Scientific and Political Integrity in Environmental Policy. **Texas Law Review**, v. 86, p. 1601-1653, 2008.

DORF, Michael C. The Limits of Socratic Deliberation. **Harvard Law Review**, v 112, p. 4-83, 1998

DRAKE, Elizabeth K.; AOS, Steve; MILLER, Marna G. Evidence-based public policy options to reduce crime and criminal justice costs: Implications in Washington State. **Victims and offenders**, v. 4, n. 2, p. 170-196, 2009.

DUDLEY, Susan. Improving Regulatory Accountability: Lessons from the Past and Prospects for the Future. **Case Western Reserve University Law Review**, v. 65, n. 4, p. 1027-1057, 2015.

DWORKIN. Ronald Rights as Trumps. In WALDRON, Jeremy (ed). **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, p. 153-167, 1984.

DYZENHAUS, David. **Law as Justification**: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture. South African Journal on Human Rights, v. 14, p. 11-37, 1998.

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.

ELAINE, Mak. **Judicial Review of Regulatory Instruments: The Least Imperfect Alternative?**. *Legisprudence*, v.6, n. 3, p. 301-319, 2012.

ELHAUGE, Einer R. Does Interst Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?. **Yale Law Journal**, v. 101, p. 31-110, 1990.

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

ENDRESS, Danielle. **Science and Public Participation: An Analysis of Public Scientific Argument in the Yucca Mountain Controversy**. *Environmental Communication*, v. 3, n. 1, p. 49-75, 2009

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals**, 509 U.S. 579 (1993). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Kumho Tire Co. v. Carmichael**, 526 U.S. 137 (1999). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/137/>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Sable Communications v. FCC**, 492 U.S. 115 (1989). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/115/>>. Acesso em 11 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. **The Federal Rules of Evidence**. Disponível em: < [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/evidence-rules-procedure-dec2017_0.pdf)>. Acesso em 24 mar 2020.

FAIGMAN, David L. **Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FLÜCKIGER, Alexandre. Case-law sources for evaluating the impact of legislation: an application of the precautionary principle to fundamental rights. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, 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.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, p. 577-682, 1993, 1993.

FUNG, Archon; WRIGHT, Eric O. **Deepening Democracy. Institutional**

**Innovations in Empowered Participatory Governance.** London; New York: Verso, 2003.

GERARDS, Janneke H. Procedural Review by the ECtHR: A Typology. In BREMS, Eva; GERARDS, Janneke H. Gerards (eds). **Procedural review in European fundamental rights cases.** Cambridge: Cambridge University Press, p. 127-160, 2017.

GOLDFELD, Victor. Legislative due process and simple interest group politics. **New York University Law Review**, v. 79: p. 367-420, 2004.

GUBA Egon G.; LINCOLN, Yvonna S. **Fourth Generation Evaluation.** Beverly Hills: Sage, 1989.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005

HASHIMOTO, Dean M. Science as Mythology in Constitutional Law. **Oregon Law Review**, v. 76, p. 111-153, 1997.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997

IMWINKELRIED, Edward J. The Next Step After Daubert: Developing a Similarly Epistemological Approach to Ensuring the Reliability of Non-scientific Expert Testimony. **Cardozo Law Review**, v. 15, p. 2271-2294, 1994.

ISMER, Roland; MEßERSCHMIDT, Klaus. Evidence-based judicial review of legislation: some introductory remarks. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, p. 91-106, 2016.

ISRAEL. Suprema Corte. **HCJ 366/03 Commitment to Peace and Social Justice Society v. Minister of Finance** [2005] (2) IsrLR 335. Disponível em: < <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/commitment-peace-and-social-justice-society-v-minister-finance>>. Acesso em: 24 já. 2020

JACKSON JR., Robert J. Cost-Benefit Analysis & the Courts. **Law and**

**Contemporary Problems**, v. 78, p. 55- 64, 2015.

JASANOFF, Sheila. **The Fifth Branch: Science Advisors as Policymakers**. Cambridge:: Harvard University Press, 1990.

JORDAN, III, William S. Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability to Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?. **Northwestern University law review**, v. 94, n. 2, p. 393-450, 2000.

JOSEPH, Phillip A. 2010. Parliament's Attenuated Privilege of Freedom of Speech. **Law Quaterly Review**, v. 126, p. 568-592, 2010.

KAVANAGH, A. 2014. Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 34, n. 3, p. 443-479, 2014.

KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 3, p. 409-441, 2008.

LENAERTS, Koen. The European Court of Justice and Process-Oriented Review. **Yearbook of European Law**, v. 31, n. 1, p. 3-16, 2012.

LESSIG, Lawrence. **Republic, Lost: How Money Corrupts Congress – And a Plan to Stop It**. New York: Twelve, 2011.

MAcCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MACEY, Jonathan R. Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model. **Columbia Law Review**, v. 86, n. 2, p. 223-268, 1986.

MADER; Luzius; KARPEN, Ulrich (eds.). **The Participation of Civil Society in the Legislative Process**. Baden-Baden: Nomos, 2006.

McGARITY, Thomas. On the Prospect of “Daubertizing” Judicial Review of Risk Assessment. **Law and Contemporary Problems**, v. 66, p. 155-226, 2003.

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.

MEAZELL, Emily H. Scientific Avoidance: Toward More Principled Judi-



cial Review of Legislative Science. **Indiana Law Journal**, v. 84, p. 239-283, 2009.

MEAZELL, Emily H. Super deference, the science obsession, and judicial review as translation of agency science. **Michigan Law Review**, p. 733-784, 2011.

MENDES, Conrado H. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

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.

MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENEGUIN, Fernando B. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. 2010. Disponível em: <<https://escholarship.org/content/qt8ts831r2/qt8ts831r2.pdf>>. Acesso em: 12 dez 2019.

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.

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

MILLER, Paul S.; REIN, Bert W. “Gatekeeping” Agency Reliance on Science and Technical Materials After Daubert: Ensuring Relevance and Ability in the Administrative Process. **Touro Law Review**, v. 17, n. 1, p. 297-334, 2001.

MUNDAY, R. In the Wake of ‘Good Governance’: Impact Assessments and the Politicisation of Statutory Interpretation. **The Modern Law Review**, v. 71, p. 385-412, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVER-LALANA, A. Daniel; MEßERSCHMIDT, Klaus. On the “Legisprudential Turn” in constitutional review: An introduction. In OLIVER-LALANA, A. Daniel; MEßERSCHMIDT, Klaus (eds). **Rational Lawmaking under Review**. Zurich: Springer, p. 1-16, 2016.

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.

PETERSEN, Niels. Avoiding the Common-Wisdom Fallacy: The Role of Social Sciences in Constitutional Adjudication. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 294-318, 2013

PEPELIER, 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.

POSNER, Richard A. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review**, v. 73, n 1, p. 1-22, 1998.

POSNER, Richard A. Overcoming Law. Cambridge; London: **Harvard University Press**, 1995.

POSNER, Richard A. The Supreme Court, 2004 Term—Foreword: A Political Court. **Harvard Law Review**, v. 119, p. 32-102, 2005.

POST, Robert C.; SIEGAL, Reva B. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. **Yale Law Review**, v. 112, p. 1943-2059, 2003.

PREECE, Jennifer Jackson. Democracy, minority rights and plural societies: plus ça change?. **Sociology compass**, v. 2, n. 2, p. 609-624, 2008.

RACHLINSKI Jeffrey J. Evidence-Based Law. **Cornell Law Review**, v. 96, p. 901-924, 2011.

RAUL, Alan C; DWYER, Julie Z. “Regulatory Daubert”: A Proposal to Enhance Judicial Review of Agency Science by Incorporating Daubert Principles into Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 66, p. 7-44, 2003.

ROACH, Kent. The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection. In HUNT, Murray; HOOPER, Hayler J.; YOWELL, Paul (eds). **Parliaments and human rights: Redressing the Democratic Deficit**. Oxford: Hart, p. 405-421, 2015.

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.

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 Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In SAMPAIO. José Adércio L.; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

SAMPAIO, José Adércio L. **O Controle Judicial Baseado em Evidência na Jurisdição Constitucional e na Fiscalização de Convencionalidade**, 2020a (no prelo).

SAMPAIO, José Adércio L. **O Supremo Tribunal Federal e as Prognoses do Legislador**, 2020b (no prelo).

SATHANAPALLY, Aruna. The modest promise of ‘procedural review’ in fundamental rights cases. In BREMS, Eva; GERARDS, Janneke H. (eds). **Procedural review in European fundamental rights cases**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 40-76, 2017.

SEGALL, Eric J. **Supreme Myths: Why the Supreme Court Is Not a Court and Its Justice Are Not Judges**. Santa Bárbara: Praeger, 2012.

SOARES, Fabiana DE M. **Teoria da legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica**. Curitiba: Fabris Editor, 2004.

SPELMAN, Kate T. Revising Judicial Review of Legislative Findings of Scientific and Medical ‘Fact’: A Modified Due Process Approach. **New York University Annual Survey of American Law**, v. 64, p. 837-886, 2009.

STEELE, Graham. **Who speaks for parliament?** Hansard, the Courts, and Legislative Intent. *Canadian Parliamentary Review*; p. 6–10, 2017. Disponível em: <[https://www.legco.gov.hk/general/english/library/stay\\_informed\\_parliamentary\\_news/who\\_speaks\\_for\\_parliament.pdf](https://www.legco.gov.hk/general/english/library/stay_informed_parliamentary_news/who_speaks_for_parliament.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2020.

STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas**. 5a. ver., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

VAN GESTEL, Rob. Evidence-Based Lawmaking and the Quality of Legislation: Regulatory Impact Assessments in the European Union and the Netherlands. In SHCÄGGER, H.; ILLIOPOULOS-STRANGAS, J. (eds.). **State Modernization in Europe**. Athens; Berlin; Brussels: Ant. N. Sakkoulas, p. 139-165, 2007.

VAN KLINK, Bart. Legislation, Communication, and Authority. How to Account for the Bindingness of Law? In OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed). **Conceptions and Misconceptions of Legislation**. Springer, p. 67-88, 2019.

VANDENBRUWAENE, Werner. Multi-tiered Political Questions : The ECJ's Mandate in Enforcing Subsidiarity. **Legisprudence**, v. 6, n. 3, p. 321-346, 2012.

WADDEL, Craig. The Role of Pathos in the Decision Making Process: A Study of the Rhetoric of Science Policy. **Quarterly Journal of Speech**, v. 76, n. 1, p. 381-400, 1990.

WAGNER, Wendy E. **The Science Charade in Toxic Risk Regulation**. Columbia Law Review, v. 95, n. 7, p. 1613-1723, 1995.

WINTGENS, Luc (ed). **Legisprudence: Practical Reason in Legislation**. Farhan: Ashgate, 2012.

'Notas de fim'

1 Mais recente passou a haver uma preocupação acadêmica tanto no Brasil, quanto no exterior sobre o tema como mostram exemplificativamente: ATIENZA, 1997; SOARES, 2004; WINTGENS, 2012.

2 São integrantes da chamada “Legística Material” (LM). De modo mais detalhado, a LM orienta sete etapas do processo legislativo: (a) identificação e definição de um problema a ser resolvido por meio da lei; (b) determinação dos objetivos a serem alcançados; (c) definição dos meios potencialmente aptos a produzir os efeitos pretendidos; (d) avaliação legislativa prospectiva ou ex ante; (e) escolha da solução legislativa a ser submetida à aprovação; f) aprovação e execução da lei; g) avaliação legislativa retrospectiva ou ex post. (SALINAS, 2013; p. 234-235). Uma aplicação prática em política criminal pode ser encontrada em: DRAKE; MILLER, 2009.

3 MENEGUIN, 2010, p. 5: “não há um modelo sistemático para avaliação das proposições, tampouco o assunto é abordado com frequência na literatura acadêmica, tanto jurídica quanto econômica”. Os órgãos do Executivo, encarregados em elaborar proposições legislativas, não obedecem às regras de Metodica da Legislação (Legística Material), nem costumam instituir equipes interdisciplinares para realização de avaliação legislativa, reduzindo à técnica formal de legislação a cargo de consultores jurídicos (Legística Formal - ou Técnica Legislativa - em parte), não obstante o disposto na LC n. 95/1998 (SALINAS, 2013, p. 247). Há, todavia, um órgão encarregado de avaliar os resultados das políticas públicas: o Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais, instituído pela Portaria Interministerial 102/2016. No Legislativo, especialmente no Senado Federal, iniciou-se, com a edição da Resolução 44/2013, um processo de avaliação de impacto legislativo ainda de modo incipiente. A Assembleia Legislativa de Minas Gerais é considerada precursora nessa matéria. O Tribunal de Contas da União editou a cartilha de orientação sobre avaliações de programas governamentais em 2001 (ANDRADE; SANTANA, 2018, p. 789, 791). Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei Complementar 185, de 2016, que propõe alterar a Lei de Responsabilidade Fiscal para determinar que pelo menos dois programas, projetos ou atividades públicas de elevado impacto fiscal sejam analisados, a cada ano, pela União, pelos estados e municípios, com vistas a aferir a qualidade, a eficiência e a pertinência da sua manutenção, bem como a relação entre custos e benefícios, devendo o resultado da avaliação ser tornado público (BRASIL, 2016).

4 Note-se que o controle de prognose ou baseado em evidências não se restringe à fiscalização da constitucionalidade das leis, mas também ao controle dos atos administrativos. Nesse sentido: ALEMANN, 2013, p. 330, n.9.

5 Talvez, decorra de que “the courts’ efforts at integrating evidence into their scrutiny appears more the result of an instinctive reflex than the product of a deliberate endeavor”. ALEMANN, 2013, p. 335.

6 “Court’s use of scientific facts in its constitutional opinions actually does not mean that scientific factfinding has become an important interpretive method. Facts have not become indistinguishable from law. Instead, facts and the methodology of law continue to be a mythology” (p. 153)

7 “The Court conducts no evidentiary hearings, even though many of the cases it decides turn on either legislative facts that are not readily susceptible to judicial notice or adjudicative facts that were not developed in the trial court. Further, the typical Supreme Court opinion cites dozens of other Supreme Court cases, but scarcely any empirical data.” (p. 38). Veja-se a análise clássica de que as cortes acabam por analisar, ainda que implicitamente, argumentos jurídicos. BELL, 1983.

8 “When the Court strikes down a congressional law, it likewise makes an explicit or implicit determination that Congress got the facts wrong”.

9 Há semelhanças com o pensamento consequencialista, sem dúvida, mas note-se a diferença de ênfase, por exemplo, na perspectiva apresentada por Posner. Para ele, em

vez de tentar adivinhar o objetivo ou finalidade da lei ou de buscar a abstração dos princípios da moralidade ou do direito, os juízes precisariam do conhecimento empírico para a realizar a “tarefa de explorar a operação e as consequências do constitucionalismo” (“task of exploring the operation and consequences of constitutionalism”) (POSNER, 1998, p. 11). Note-se, ademais, que, para Posner, “constitutional cases (...) can be decided only on the basis of a political judgment, and a political judgment cannot be called right or wrong by reference to legal norms.” (POSNER, 2005, p. 40). As ciências sociais e econômicas, por exemplo, teriam muito mais a contribuir do que o direito (POSNER, 1995, p. 207). Não haveria como identificar uma “finalidade” da lei ou um princípio moral ou jurídico que resolvessem os “casos difíceis” ou dilemas morais. O trabalho, então, deveria se deter no conhecimento empírico, de modo a efetivar os objetivos do constitucionalismo (POSNER, 1998, p. 11). Semelhança maior – não igualdade – encontra-se na posição menos extremada de MacCormick: não se justifica uma decisão pela totalidade de suas consequências no âmbito de um cálculo de custo e benefício, tampouco na qualidade intrínseca dela, sem considerar seus efeitos (MACCORMICK, 2008, p. 136). Vejam-se as distinções em: (RACHLINSKI, 2011).

10 Neither due process nor the First Amendment requires legislation to be supported by committee reports, floor debates, or even consideration, but only by a vote”: ESTADOS UNIDOS, 1989, p. 133.

11 “I, frankly, don’t care what the legislators’ purpose is beyond that which is embodied in the duly enacted text. (...) So our delegates to Congress are not meticulous? No, we have to assume the contrary. That is the assumption of democracy (...). Since we can’t know what’s in the minds of 436 legislators (counting the President), all we can know is that they voted for a text (...). In fact, it does not matter whether they were fall-down drunk when they voted for it. So long as they voted for it, that text is the law”

12 O art. 120 da Constituição veda o controle de constitucionalidade das leis. É admitida, porém, a fiscalização da legalidade das normas secundárias, o que, pode, ocasional e reflexivamente, incidir sobre a “justeza” da lei. A situação também se repete na aplicação direta de tratados: VAN GESTEL; DE POORTER, 2016, p. 160.

13 Como salienta Alemanno, “[t]oo often judges prefer - in the name of the principle of *jura novit curia* - to rely on their own personal knowledge and guesswork while adjudicating rather than grounding their evaluations in empirically sound arguments”: (ALEMANNO, 2013, p. 338). Os juízes teriam de superar essa tendência de encastelamento idiossincrático para se abrir às exigências de um controle fundado em evidência: (MEAZELL, 2011; BERGER, 2012; ARAÍZA, 2013).

14 Há quem defenda tratar-se de um modelo substancialista que incorpora, em parte, o exame do processo legislativo: (ALEMANNO, 2013, p.331.)

15 Note-se que para autores como Habermas, a validade da norma estaria associada a elementos normativos e factuais com exigências de moralidade, eticidade e acordo equânimes de interesses: (HABERMAS, 2005, p. 363).

16 “The more inclusive the legislative process is – that is, the more actors are engaged in creating and applying the law and the more its values are shared –, the more the law can legitimately claim to be followed” (VAN KLINK, 2019, p. 75). Veja-se (MADER; KARPEN, 2006). Para Cattoni de Oliveira, esses requisitos há de ser atendidos num processo de autocompreensão parlamentar e não no Judiciário (OLIVEIRA, 2006).

17 Na literatura dos Estados Unidos, tem-se admitido mais facilmente a competência de as Cortes reverem normas de agências reguladoras do que as decisões do Congresso. A separação de poderes se aplicaria de modo diferente. 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 muito mais difusas e abrangentes, inclusive em relação ao Judiciário. 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).

18 “Kontrolle zu gewährleisten, müssen die Festsetzungen der Leistungen auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren tragfähig zu rechtfertigen sein” (ALEMANHA, 2010, par. 142).

19 Para Segall, por exemplo, “[judges] are much more about subjectivity and taste than logic and reason”. (SEGALL, 2012, p. 4).

20 Veja-se o caso decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos: *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, de 1999 (ESTADOS UNIDOS, 1999).

21 De acordo com a Corte “a key question to be answered in determining whether a theory or technique is scientific knowledge that will assist the trier of fact will be whether it can be (and has been) tested. Another pertinent consideration is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication. (...). Additionally, in the case of a particular scientific technique, the court ordinarily should consider the known or potential rate of error (...) Finally, ‘general acceptance’ can yet have a bearing on the inquiry. A ‘reliability assessment does not require, although it does permit, explicit identification of a relevant scientific community and an express determination of a particular degree of acceptance within that community.’ (ESTADOS UNIDOS, 1993, p. 593-594).

22 E não haveria invasão de domínios competenciais: “Daubert” proíbe expressamente os juízes de confiarem em seu senso de razoabilidade ou formação, a ponto de tirarem suas próprias conclusões científicas. Não são cientistas ou especialistas em áreas diferentes do direitos. Em vez disso, os juízes examinam apenas “principles and methodology, not (...) the conclusions that they generate.” (ESTADOS UNIDOS, 1993, p. 595):

23 “...the same “good science” rationale should also apply to judicial review of the science underlying regulatory decisionmaking”. Em verdade, esse teste foi introduzido na legislação federal (Rule 702 of the Federal Rules of Evidence ) em 2000 e em 2011. A redação atual é: “A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) The expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) The testimony is based on sufficient facts or data; (c) The testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) The expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case”. (ESTADOS UNIDOS, 2017). Também passou a ser empregado pela Suprema Corte do Canadá: *R. v. J.L.-J.*, (CANADÁ, 2000).

24 Frickey e Smith defendem uma revisão judicial baseada em evidências que reconstrua empiricamente as razões da lei, em vista de os registros legislativos não serem confiáveis para refletir os reais motivos e fundamentos da decisão tomada. (FRICKEY; SMITH, 2002).

25 Diversos estudos demonstram a forma de captura pelo poder econômico, v.g. MACEY, 1986 (lobbies e incentivos para legislação favorável a grupos de interesses); LES-SING, 211, p. 89 ss (as trocas entre favores legislativos e financiamento de campanha).

26 É certo que haja os que criticam a preocupação comportamental preditiva do juiz. O trabalho judicial deveria levar em conta se as condutas futuras estarão protegidas ou renegadas pelo direito e não se uma dada decisão induzirá esse ou aquele comportamento das pessoas: (MACCORMICK, 2008, p. 152 ss). Na maior parte das vezes, uma coisa implicará a outra.

27 Há uma inclinação humana de evitar investigações teóricas e interpretação da realidade que contrariam seus vieses cognitivos. Entretanto a assunção expressa de uma

competência excepcional, guiada pelo esforço de coerência científica e busca dos fundamentos empíricos, tenderia a reduzir os espaços de subjetividade, segundo uma deontologia judicial de correção (BERGER, 2012, p. 532). Há limitação a essa investigação factual, todavia. Os juízes não são cientistas. Nem das ciências duras, nem das ciências sociais. Isso não os impede de realizar uma investigação com apoio em especialistas.

28 Estar-se-ia a falar de “empirical” ou “legisprudential turn” OLIVER-LALANA; MEßERSCHMIDT, 2016.

29 Veja-se, dentre outros, ALEMANHA, 1993, par. 309; 1963, par. 351.

30 “Sie ist vor allem dann von Bedeutung, wenn ein bei Erlaß verfassungsmäßiges Gesetz nachträglich verfassungswidrig wird, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse, auf die es einwirkt, grundlegend gewandelt haben oder sich die beim Erlaß des Gesetzes verfassungsrechtlich unbedenkliche Einschätzung seiner künftigen Wirkungen später als ganz oder teilweise falsch erweist.” (ALEMANHA, 1993, par. 309-310).

31 Na linha da doutrina do diálogo institucional (FRIEDMAN, 1993; HOGG; BUSHELL, 1997; MENDES, 2008; CLÈVE; LORENZETTO, 2015), “structural”, “second-look” (COENEN, 2001).



