

José Adércio Leite Sampaio

Christiane Costa Assis

**CONTROLE
JUDICIAL DE
PROGNOSE
LEGISLATIVA
E MUDANÇAS
INFORMAIS DA
CONSTITUIÇÃO**

editora



A obra examina como as cortes lidam, de um lado, com a revisão dos fundamentos empíricos e prognósticos que sustentam a produção legislativa e, de outro, com as mudanças interpretativas que alteram o sentido da Constituição sem que haja de fato uma modificação formal do texto. A partir da experiência comparada e da jurisprudência brasileira, o livro problematiza os limites do controle judicial, a legitimidade democrática das decisões e as tensões entre estabilidade e transformação constitucional.

**Controle judicial de
prognose legislativa e mudanças
informais da Constituição**

Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG)

Lavínia Rosa Rodrigues

Reitora

Thiago Torres Costa Pereira

Vice-reitor

Raoni Bonato da Rocha

Chefe de Gabinete

Silvia Cunha Capanema

Pró-reitora de Planejamento, Gestão e Finanças

Vanesca Korasaki

Pró-reitora de Pesquisa e Pós-graduação

Patrícia Maria Caetano de Araújo

Pró-reitora de Graduação

Moacyr Laterza Filho

Pró-reitor de Extensão

Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais (EdUEMG)

Conselho Editorial

Thiago Torres Costa Pereira | UEMG

Amanda Tolomelli Brescia | UEMG

Ana Elisa Ribeiro | CEFET-MG

Fuad Kyrillos Neto | UFSJ

Matheus Tymburibá Elian | UFMG

Moacir Henrique Júnior | UEMG

Ynaê Lopes dos Santos | UFF

Thiago Torres Costa Pereira

Editor-chefe

Gabriella Nair Figueiredo Noronha Pinto

Coordenadora administrativa e editorial

Controle judicial de prognose legislativa e mudanças informais da Constituição

José Adércio Leite Sampaio
Christiane Costa Assis

editora | 
UEMG

Belo Horizonte, 2026

Expediente

**Antônio de Andrade, Amanda Rabelo Chaves,
Caroliny Procopio Lima e Trindade Monografias & Edições**

Revisão

Sofia Carvalho e Thales Santos

Projeto gráfico

Thales Santos

Capa

Sofia Carvalho

Diagramação





Este livro foi submetido à avaliação por duplo parecer às cegas, feita por pesquisadores(as) doutores(as), e à aprovação pelo Conselho Editorial.



Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença pública Creative Commons 4.0 Atribuição – Não Comercial – Sem Derivações. Direitos desta edição reservados à Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais.

Rodovia Papa João Paulo II, 4143. Ed. Minas, 8º andar, Cidade Administrativa, bairro Serra Verde, BH-MG, CEP: 31630-900.

(31) 3916-9080 | E-mail: editora@uemg.br | editora.uemg.br

 [@EditoraUEMG](#)  [@editora_uemg](#)  [EditoraUemg](#)  [Editora UEMG](#)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C764 Controle judicial de prognose legislativa e mudanças informais da Constituição [recurso eletrônico] / Organizadores José Adércio Leite Sampaio, Christiane Costa Assis - Belo Horizonte : EduEMG, 2026.

1 recurso online (251 p.)

Modo de acesso: WWW

Publicação digital (e-book) no formato PDF.

ISBN 978-65-86832-52-5

1. Prognose legislativa. 2. Constituição. 3. Direito constitucional. 4. Federalismo. 5. Jurisprudência. I. Sampaio, José Adércio Leite. II. Assis, Christiane Costa. III. Título.

CDU 34

Bibliotecária responsável: Andréia Alves Fonseca - CRB6-003656

Prefácio

Jose Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis brindam-nos com este instigante livro, *Controle judicial de prognose legislativa e mudanças informais da Constituição*. É fácil antecipar o sucesso editorial do livro, que será de grande utilidade para os estudiosos da jurisdição constitucional, em especial do controle de constitucionalidade em abstrato. A amplitude do debate a respeito do tema teve início nos tribunais constitucionais europeus, destacadamente no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Quanto aos tradicionalistas do controle difuso – sistema em que o tribunal constitucional, responsável pelo controle concentrado, tem como modelo a Suprema Corte americana – trata-se de um misto, pois, de tribunal de direito comum e de Corte Constitucional. Acho que a eles, tradicionalistas do controle difuso, a extensão desse tipo de investigação judicial pareceria puro ativismo judicial.

Sabemos que há ativismo judicial bom e ativismo judicial ruim. Para mim, trata-se, no caso, de ativismo judicial bom, desde que considerado como a Suprema Corte americana o considera: o que deve ser verificado é se há um nexo entre a disposição legislativa, ou seja, a lei, e a situação fática regulada. Não existente esse nexo, certamente que não haveria razoabilidade ou proporcionalidade na aplicação do ato normativo à situação prevista, e terá falhado o legislador. Na verificação desse nexo, é claro que o exame dos fatos legislativos, em certa medida, terá ocorrido. E chega-se a isso, sem dúvida, com ativismo judicial, ativismo benfazejo e inevitável, em termos de interpretação judicial, conforme anota Mauro

Cappelletti, ao escrever sobre as “Causas do fenômeno moderno do crescimento da (inevitável) criatividade da interpretação judiciária: a revolta contra o formalismo”.¹

No caso Muller *versus* Oregon, de 1908, o tema foi examinado e decidido pela Suprema Corte americana. O advogado Louis D. Brandeis, que se tornou conhecido pelos seus trabalhos e por suas ideias progressistas – bem por isso cognominado o “advogado do povo” – e que, depois, na Suprema Corte, foi um dos seus maiores juízes, apresentou ao Tribunal o famoso memorial *Brandeis-Brief*. Cuidava-se da limitação de horas de trabalho da mulher, caso da maior importância, é fácil perceber, isto no início do século XX, em que o exame dos fatos legislativos teria que ser feito, justamente para concluir-se pela existência ou não do nexo entre a disposição legislativa e a situação fática sobre a qual a medida legislativa deveria incidir. O Brandeis-Brief, contam os historiadores da Suprema Corte americana, continha cerca de duas páginas contemplando a questão jurídica e mais de cem páginas com denso material sociológico e fático. Nem por isso a questão deixou de ser considerada “questão jurídica de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição”, lembra o Ministro André Mendonça, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal.²

Com esse sentido, o “controle da prognose legislativa”, inclusive no controle difuso, é legítimo. Numa corte que não é puramente Corte Constitucional, mas um misto de Corte Constitucional e corte de direito comum, que acumula os dois controles e é cúpula do Poder Judiciário, o que não me parece adequado, ênfase, é a adoção de uma criatividade extensiva da prognose legislativa, confundindo-se a Corte Constitucional com o Parlamento.

1 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 31.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 81, Distrito Federal**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 20 jun. 2022. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.187, Distrito Federal**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 26 abr. 2023.

No parlamentarismo, em que a separação dos poderes, principalmente quanto ao Executivo e ao Legislativo, ocorre em termos simplesmente de colaboração – dado que a chefia do governo é do Parlamento, por meio do gabinete chefiado pelo primeiro-ministro, em que o Parlamento manda muito mais, e em que a Corte Constitucional é formada por indicados, sobretudo, pelo Parlamento –, será adequada a extensão da prognose que acaba, em razão dessa extensão, substituindo a discricionariedade legislativa pela discricionariedade judiciária.

Todavia, num sistema de governo presidencialista, em que a separação de poderes se faz nítida, porque dele é característica, a discricionariedade legislativa há de ser observada como própria do Poder Legislativo, sujeita ao controle judicial em casos claros de desvio da finalidade legislativa. E vale enfatizar, se inexistente um nexo entre a disposição legislativa e a situação fática na qual a lei deve ser aplicada, há de ser invocado o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade para considerar essa lei contrária à Constituição. Nesse caso, ter-se-á, também, abuso da função de legislar, em que não há de se falar em discricionariedade legislativa, mas em arbitrariedade legislativa. E não é preciso lembrar que, se de algum modo a lei causar ofensa à liberdade ou à propriedade, o controle jurisdicional será mais bem exercido no controle difuso, nem sei como poderia ser efetivado em abstrato.

A extensão do controle de prognose legislativa tem origem no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que se compõe de dezesseis juízes. O Tribunal Constitucional põe-se acima dos tribunais judiciários. Na sua composição, apenas seis juízes são oriundos dos tribunais superiores, escolhidos três pelo Parlamento (Bundestag) e três pelo Conselho Federal (Bundesrat). Os demais juízes vêm do Parlamento e do Conselho Federal. Todos têm mandato de doze anos, proibida a reeleição, com limite de 68 anos de idade.³ O Tribunal é tão só Corte Constitucional, praticamente uma extensão do Parlamento.

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, nº 127, p. 241-258, jul./set. 1995.

Num sistema presidencial de governo, em que a separação dos poderes chega a ser cláusula pétrea, os poderes são independentes e harmônicos. Em nome dessa harmonia, expressamente exigida pela Constituição, a autocontenção dos juízes, em casos como este, não é só recomendável, mas, vale enfatizar, é exigida. E nisso não há nenhum demérito para a Corte ou para os seus juízes.

Oliver W. Holmes, dos maiores juízes da Suprema Corte americana, dos grandes líderes da chamada “*sociological jurisprudence*” – e que, bem por isso, não era positivista, além de que, ao contrário, sustentava que a lógica do direito não é uma lógica pura, mas, sobretudo, experiência, na qual se inclui a experiência dos juízes –, anotava que a boa aplicação do direito depende muito da autocontenção por parte dos magistrados (*self-restraint*), em deferência ao Poder Legislativo,⁴ que não precisa “fazer constatações particulares para legislar”, como, aliás, afirma, reiteradamente, a Suprema Corte americana, e como bem apontam os autores do livro que ora prefeciamos.

Com tais observações, diga-se que o Supremo Tribunal Federal sempre, e não é de hoje, assim procedeu. E os professores José Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis, no capítulo “Controle de fatos e prognoses legislativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro”, isso deixam claro, até que

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” (Mendes, 2000, [n. p.]). Se, no seu entender, houvesse uma “vinculação estrita” do Tribunal aos fatos e previsões legislativas, seria uma renúncia ao exercício do controle de constitucionalidade. Assim também sucederia caso o Tribunal não os examinasse (p. 100).

4 NETO, F. E.; WEDY, A. P. M. T. Oliver Wendel Holmes Jr. e a jurisdição constitucional norte-americana. *RJLB*, v. 3, n. 4, p. 405-450, 2017.

Ao Ministro Gilmar Mendes, já declarei por mais de uma vez, ficará o Tribunal devendo muito quanto ao controle concentrado de constitucionalidade. São preciosas as contribuições de Gilmar Mendes à doutrina do controle concentrado em abstrato. Gilmar, que estudou, presencialmente, a doutrina do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no seu período acadêmico no país, trouxe-nos de lá essa doutrina pronta, mas não acabada, que ele tem desenvolvido de forma superior. Estou, numa visão geral da questão, de acordo com o eminente juiz e professor. Mas quero acrescentar que a largueza da visão da matéria, tal como exposta, necessita de autocontrole, justamente porque os juízes não detêm a validação do voto capaz de substituir, com legitimidade, a discricionariedade legislativa pela discricionariedade judicial, nem seria possível afirmar que esta seria melhor do que aquela.

A questão, por outro lado, não pode ser posta, como acontece comumente em trabalhos jornalísticos, simplesmente no argumento de que uma corte liberal decide melhor do que uma corte conservadora. O tribunal deverá sempre e sempre decidir no rumo da justiça, fiel à lei, observados os limites decorrentes do sistema constitucional. Ademais, o que é ser conservador e o que é ser liberal? No rumo certo estarão os que entendem que conservar valores é importante, como tão mais importante é acompanhar as mudanças que decorrem dos tempos novos, porque a realidade é que os tempos mudam, e já Virgílio, que nos legou a *Eneida*, sustentava que os tempos mudam, e nós mudamos com eles. E pobre do homem que não é do seu tempo.

No decorrer dos anos, a partir da década de 1990, em especial da década de 2000, são inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram que a sua interpretação da Constituição tem acompanhado a evolução dos tempos e bem entendido o espírito inovador da Constituição de 1988.

Tudo estaria, no tema de que ora cuidamos, no fazer funcionar bem o sistema constitucional, é dizer, no fazer bem cumprida a Constituição, nos limites impostos por ela, numa interpretação que torne perfeito o seu espírito, que é aquele que encontra base na teoria de Montesquieu, que

revolucionou o século XVIII, e que representou a teorização do *Bill of Rights* de 1689, resultante da Gloriosa Revolução Inglesa de 1688, a da repartição das funções estatais: o Legislativo legisla; o Executivo administra, aplicando de ofício a lei, na bela conceituação do ato administrativo pelo sempre lembrado Seabra Fagundes; e o Judiciário julga com observância da lei e fazendo cumprir, sem arroubos, a Constituição.

O precioso livro que ora prefaciamos não deixa de anotar a trajetória da jurisdição constitucional brasileira, atento a sua jurisprudência. A obra firma-se em sólida bibliografia, de que constam doutrinadores da maior suposição. Na apresentação do tema, os autores esclarecem que a obra é dividida em duas partes, “a primeira se dedica ao controle judicial de prognose legislativa, enquanto a segunda trata das mudanças informais da Constituição”.

Na parte I, José Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis, com engenho e arte, desdobram o seu discurso teórico, abordando o “controle judicial de prognose legislativa”. Inicialmente, busca-se resposta à indagação: “O Poder Judiciário: guardião da legística e do devido processo legislativo?”. Continuam os autores no desenvolvimento do estudo do controle de prognose legislativa, baseado em evidências. Examinam-se decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e de tribunais europeus. Detém-se o livro no estudar a experiência de controle de prognose, na Alemanha, no Canadá e em Portugal, e estende-se na pesquisa do “Controle de fatos e prognose legislativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro”.

A parte II cuida das “mudanças informais da Constituição”, ou das “mutações constitucionais”, que aos autores, baseados em bons doutrinadores, “parecem um fenômeno inevitável, derivado da política”, mas que, “a rigor, elas não poderiam ocorrer, pois violam a rigidez constitucional e, nos Estados federais, a exigência de participação” das unidades federativas (p. 119). “Ainda assim, elas existem”, acrescentam. Seguem-se “Os processos formais de mudança da Constituição Federal”, “Os processos informais de mudança da Constituição ou ‘mutação constitucional’”, “A mutação constitucional como um fenômeno transconstitucional”

e “As dificuldades normativas das mutações constitucionais”. Examina o livro, ainda na parte II, “Mutações constitucionais e federalismo”, “Mutações constitucionais pelo Poder Legislativo” e “Mutações constitucionais pelo Poder Executivo”.

Nas “Considerações finais”, tratam os autores das “prognoses das mudanças informais”, culminando por reconhecer, depois de exaustivamente debatida a questão, que “as mudanças constitucionais silenciosas podem ser legítimas ou ilegítimas, do ponto de vista da Teoria da Constituição” (p. 191). E acrescentam, com a autoridade de doutrinadores do Direito Constitucional, com o que estamos todos de acordo, mas que é mais uma tese, pronta a lhe ser oposta uma antítese, a fim de se chegar a uma síntese, que tais mudanças silenciosas,

Se seguem uma teleologia constitucional, se promovem valores e princípios presentes na Constituição, podem até levar o tecido semântico dos enunciados a fronteiras inimagináveis no início do trabalho constituinte. Se violentam essa teleologia, esses valores e princípios são rupturas que afetam o padrão de formalidade constitucional (p. 191).

E concluem, de forma magnífica, que “a efetividade tem seu peso. E seu preço. Cabe a quem estuda o fenômeno compreendê-lo e sopesá-lo. A realidade é mais vívida e complexa do que toda biblioteca de Direito Constitucional” (p. 191). Esta visão é, na verdade, de quem cuida do Direito com cientificidade, mas sem perder de vista seu caráter idealista.

O livro, vale concluir, examina e discute, está-se a ver, um mundo de questões constitucionais do nosso tempo, fazendo-o com amplo conhecimento do que de mais moderno tem sido veiculado por doutrinadores e tribunais. Vale a pena ser lido e anotado. E não poderá estar ausente da biblioteca dos homens e das mulheres do Direito.

Cumprimento os autores José Adércio Leite Sampaio e Christiane Costa Assis, certo de que o livro que vamos ler, *Controle judicial de prognose*

legislativa e mudanças informais da Constituição, constitui notável contribuição ao desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Brasília, DF, na primavera de 2024.

Carlos Mário da Silva Velloso⁵

5 Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, é advogado e professor emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da PUC Minas, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público.

Sumário

Introdução	15
CONTROLE JUDICIAL DE PROGNÓSE LEGISLATIVA	29
O Poder Judiciário: guardião da legística e do devido processo legislativo?	34
O controle de prognose legislativa baseado em evidências	54
Experiências de controle de prognose	76
Controle de fatos e prognoses legislativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro	98
MUDANÇAS INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO	118
Os processos formais de mudança da Constituição Federal	120
Os processos informais de mudança da Constituição ou “mutação constitucional”	136
Mutação constitucional e federalismo	150
Mutação constitucional pelo Poder Legislativo	163
Mutação constitucional pelo Poder Executivo	175
Considerações finais: as prognoses das mudanças informais	185
Referências	192
Sobre os autores	246

Introdução

A tarefa legislativa exige um exercício de “futuurologia”. Ao elaborar atos gerais e abstratos, os legisladores realizam a prognose legislativa na tentativa de “acertar o(s) alvo(s) desejado(s)”. Na ausência do acerto, o controle de constitucionalidade pode ser acionado.

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, o Judiciário e o 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 os 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, as suas motivações e a

integridade dos elementos teóricos e factuais que conduziram ao prognóstico que se materializou numa dada lei ou política.

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; Gestel; Poorter, 2016).

Há quem, todavia, lhe acrescente 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, do modo mais amplo possível, com os diversos segmentos sociais potencialmente afetados (Aeken, 2018; Dyzenhaus, 2015).

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). “Fato legislativo” é uma expressão polissêmica. Pode indicar, como é feito neste texto, o conjunto de elementos teóricos, empíricos, documentais ou orais que informam o processo legislativo, orientados tanto para o passado (fatos-testemunho ou fatos históricos) quanto para o presente (fatos atuais ou sincrônicos) e para o futuro (fatos diacrônicos, previsões, prognósticos ou prognoses).¹ 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”, estes 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, tanto compondo o repertório de argumentação jurídica quanto integrados por elementos

1 Cf. MENDES, 2000.

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, p. 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, apresentados, 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, 1949, p. 88).

A análise que se faz hoje da jurisprudência comparada mostra que as decisões dessas cortes ainda vacilam na assunção desses novos instrumentos de trabalho (Berger, 2012; Cheng, 2007; Elliott, 2003; Larsen, 2012; Popelier; Jaegere, 2016; Ross, 2014; Sampaio, 2020). Seu repertório de argumentação ainda é demonstrativo do emprego de testes de racionalidade como o da razoabilidade e o 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; Egidy; Fowkes, 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 às razões do legislador para lhe combater as prognoses (Bickenbach, 2016; McGinnis; Mulaney, 2007; Meßerschmidt, 2016; Sampaio, 2020). Uma conclusão possível – e razoável – é a de que se sentem mais inclinados a declarar uma lei inconstitucional por falta de proporcionalidade ou de razoabilidade, sem remexer explicitamente as evidências e as previsões que eventualmente a embasaram, do que a avaliar essas evidências ou

prognósticos para fundamentar a sua declaração, apontando suas insuficiências (Coenen, 2001; Meßerschmidt, 2012; Ross, 2014).

Há muito tempo as cortes têm utilizado argumentos instrumentais para invalidar o trabalho dos legisladores. Basicamente, esses argumentos tentam identificar se há uma relação de causalidade ou de consequência – baseada em regras da experiência ou em correlações lógicas – entre os meios por eles escolhidos e os fins que visam alcançar. A razoabilidade era a expressão mais usual para denominar essa operação (Sampaio, 2003a).

Discutia-se, portanto, a adequação entre meios e fins, a constitucionalidade mesma desses fins e – num exercício de “*balancing*”, ou “*trade-off*”, sob o cálculo do custo-benefício – a eventual vantagem desses meios e fins sobre o comprometimento de interesses concorrentes (Dorf, 1998; Hashimoto, 1997; McGinnis; Mulaney, 2007). A literatura e a jurisprudência alemãs sistematizaram essas tarefas num “algoritmo de proporcionalidade” trifásico: idoneidade entre meios e fins; necessidade de meios menos gravosos; e ponderação (ou proporcionalidade estrita) entre justificativas argumentativas (a pesificação) de prevalência condicionada de um interesse sobre outro (Alexy, 1993; Gestel; Lenaerts, 2012; Porter, 2016).

Nesse sentido, pouco ou nada se investe na razoabilidade ou proporcionalidade típicas, na verificação dos “reais” motivos, nos elementos empíricos que foram (ou deveriam ter sido) empregados pelo legislador. Não é estranho, por exemplo, um ou outro recurso a exposições de motivo ou a pareceres usados em comissões parlamentares. Tampouco é frequente. Esse desapego à racionalidade pragmática talvez se deva à formação jurídica pouco afeita à pesquisa empírica, à investigação da legística material, às fórmulas estatísticas e às formulações de prognósticos (Aeken, 2018). Os juristas estão acostumados com as formas e com o passado. As contas e o futuro parecem assustá-los.

Em uma primeira análise, um processo legislativo e um controle de constitucionalidade baseados em evidências não se implicam necessariamente. Um processo legislativo que se fundamente em evidências

pode não requerer um controle baseado em referenciais empíricos, nem este àquela, mas é quase intuitivo que haja um paralelismo entre eles (Meßerschmidt, 2016).

A grande questão é saber se haveria alguma exigência do constitucionalismo democrático para que esse paralelismo ocorra. Do ponto de vista meramente formal, a resposta pode ser negativa. O legislador não estaria obrigado a apresentar suas razões. Como se mostrará em seguida, assim já entendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. É necessário, no entanto, pensar seriamente sobre o significado do binômio léxico “democracia constitucional” e dele extrair garantias mínimas para que o devido processo legislativo, mais do que o respeito aos quóruns e iniciativas, atenda aos requisitos de decisões baseadas em estudos e dados empíricos, devidamente reconhecidos pela comunidade científica, que justifiquem os prognósticos nelas materializados, dando oportunidade à participação social mais ampla possível (Guba; Lincoln, 1989; Popelier, 2012; Sathanapally, 2017).

Essas exigências permitiriam que as cortes fiscalizassem o compromisso legislativo com as evidências e tornassem mais fundamentadas as suas fiscalizações de constitucionalidade. Esse duplo compromisso com as evidências, do legislador e do juiz, tem sido apresentado como um “*empirical turn*” ou “*legisprudential turn*” (em tradução livre, “virada empírica” e “virada legisprudencial”, respectivamente) no debate acadêmico (Meßerschmidt, 2016; Oliver-Lalana; Meßerschmidt, 2016; Towfigh, 2014). Há limitações a essa investigação factual, todavia. Os juízes não são cientistas, nem das ciências “duras”, nem das ciências sociais. Isso, contudo, não os impede de realizar uma investigação com apoio em especialistas. Note-se, porém, que o pragmatismo tem defendido que, em vista da indeterminação linguística da Constituição, o juiz deveria observar empiricamente como as diferentes áreas de conhecimento (política, econômica ou social) poderiam ajudar a promover os objetivos políticos amplamente compartilhados. 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).²

Além de um fundado receio de que as cortes não tenham capacidade institucional nem legitimidade democrática para revisar, nesse nível, o trabalho legislativo, o processo de feitura das leis requer que existam suspeitas de violação do espaço de conformação legislativa e dos arranjos pragmáticos (Banks, 2003; Colcker; Brudney, 2001; Oliver-Lalana, 2019).

Levadas ao extremo, são suspeitas pertinentes. Deve-se pensar, por outro lado, que um processo legislativo fundado em elementos demonstráveis de convicção reforçaria a presunção de legitimidade da lei (ou, conforme o caso, da política pública), exigindo uma deferência crítica por parte das cortes (Bickenbach, 2016, p. 249-250, p. 254-255), que só atuariam em insuficiência manifesta de provas, inferências e prognoses (Meßerschmidt, 2016, p. 212-213).

A obrigação do legislador (com maior propriedade, a de regulação) de seguir processo decisório fundado em evidências – apesar da resistência de reconhecimento em âmbito jurisprudencial –, decorre do princípio constitucional democrático (e republicano) de fundamentação, transparência e controlabilidade (*accountability*) (Aeken, 2018; Dyzenhaus, 1998; Fung; Wright, 2003). É no mínimo curiosa a observação de Frickey e Smith (2002) de que as cortes não poderiam avaliar os registros parlamentares para declarar a inconstitucionalidade da lei: o Legislativo é “um mercado de influências concorrentes”, de modo que os elementos reproduzidos no processo de feitura das leis não são confiáveis para refletir os reais motivos e fundamentos da decisão legislativa. As cortes deveriam então municiar a si mesmas ao reconstruírem empiricamente as razões da lei (Frickey; Smith, 2002).

Desse modo, se o ato administrativo requer fundamentação, parece também razoável imaginar que atos a todos vinculantes, na forma de lei, requeiram, igualmente, razões que transcendam os protocolares (e

2 Sobre a distinção com o consequencialismo, cf. RACHLINSKI, 2011.

resumidos) pareceres parlamentares que expressam, no mais das vezes, as conveniências políticas de aprovação ou rejeição de uma proposição (McGinnis; Mulaney, 2007, p. 15-16). Essas observações, contudo, podem ser relativizadas. Nos Estados Unidos, admite-se com mais facilidade a competência de as cortes reverem normas de agências reguladoras, em comparação com o Congresso. Em primeiro lugar, a separação de poderes estabeleceria exigências diferentes a um e a outro caso. 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. Ademais, 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).³

A investidura nas urnas não confere um “cheque em branco” ao legislador – de modo que possa se valer de quaisquer meios para justificar os fins que escolhe –, nem autoriza prognósticos que se legitimem por uma mera possibilidade, mas não pela probabilidade de se concretizarem, motivados, antes, em compromissos firmados na invisibilidade de relações nem sempre republicanas, com interesses corporativos (Friedman, 1993, p. 637; Jasanoff, 1998; Raul; Dwyer, 2003, p. 8 *et seq.*; Waddell, 1990, p. 395).

Parecem, assim, de todo louváveis disposições como a que se encontra no artigo 296(2) do *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*, a dizer que: “Os atos jurídicos são fundamentados e fazem referência às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos pelos Tratados” (União Europeia, 2012, [n. p.]).

Essa enunciação impõe aos legisladores (Parlamento, Comissão e agências europeias) uma responsabilidade e um dever de fundamentar seus argumentos e proposições. É preciso analisar como o Tribunal de Justiça da União Europeia tem se dedicado ao tema e como a Corte Europeia de Direitos Humanos tem se orientado.

3 Cf. BRYANT; SIMEONE, 2001.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) não foge muito desse esquadro analítico. Ele tem exercido um controle formal do devido processo legislativo. Embora expressamente seja este 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). Vejamos 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, p. 86).

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 feita pelas Casas do Congresso de normas regimentais, a menos que elas reproduzam dispositivos constitucionais (Carvalho, 2007, p. 190; Sampaio, 2002, p. 309). A doutrina deixa de avaliar eventuais descumprimentos de ritos e dos poucos requisitos de legitimação democrática que se encontram nos regimentos internos, como 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 alinhamento 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 para essa tarefa, sobretudo quando se discutiam desafios à igualdade ou à proibição de 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).

Trata-se de uma operação de intuição e de uma dedução que se fazia a partir dos aprendizados da experiência, da “natureza das coisas” e da antiga prática judicial de perquirir a teleologia legislativa, subjetiva ou objetivamente (Sampaio, 2003a). Especialmente em estudos de espanhóis, portugueses, italianos e brasileiros, por influência da literatura alemã, 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 *et seq.*).

O emprego de suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita parecia atribuir maior rigor técnico à apuração da constitucionalidade das leis e das políticas públicas. No processo legislativo, esse terceiro estágio da avaliação do trabalho legislativo e regulatório ainda se fazia no plano estritamente normativo, sendo raros, para não dizer inexistentes, os apelos ao emprego de bases empíricas ou científicas, como se verá ao longo deste trabalho. Quando muito, havia referências periféricas 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 elementos de convicção e discurso constitucional (Mendes, 2000).

É possível pensar ainda em alternativas para o controle de prognose legislativa. Talvez não controlar, mas contornar os problemas de prognose, por meio da interpretação, seja uma opção, especialmente no caso das normas constitucionais. No Direito Constitucional, o Poder Constituinte (o poder de criar ou modificar uma Constituição) é comumente dividido em Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. Nesta segunda categoria se insere o Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio do qual a Constituição é alterada por um processo solene. Trata-se do processo legislativo das Emendas Constitucionais que consiste na via formal de alteração do texto constitucional. Entretanto, existem alterações de natureza espontânea que modificam a interpretação das

normas constitucionais sem a necessidade de um processo legislativo e sem alterações textuais.

Dá-se, comumente, o nome de mudanças informais ou mutações constitucionais aos processos de alteração que não afetam os textos dos enunciados da Constituição, apenas seus significados. A terminologia do fenômeno é variada. Em um catálogo enumerativo, Anna Cândida Ferraz identificou, nesses processos de alterações, o emprego de expressões como “processos oblíquos”, “processos não formais”, “processos fáticos”, “revisão informal” e “mudança material”, ela mesma preferindo falar em “processos indiretos”, “não formais” ou “informais” (Ferraz, 1986, p. 12). O predomínio no Brasil é, contudo, do emprego da expressão “mutação constitucional” (Barroso, 2009, p. 123; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2012, p. 147). Essas são modificações constitucionais que mantêm o texto intacto, porém expandem ou restringem seu alcance semântico de modo lento, imperceptível e à margem do processo formal de emenda ou revisão (Dau-Lin, 1998, p. 30; Hesse, 1983, p. 91-92; Whittington, 1999, p. 5). Discutível é a distinção, empregada por Whittington (1999), entre interpretação e construção. A primeira busca sentidos identificáveis no texto normativo, desenvolvendo-se de forma evolutiva e permitindo um diálogo entre o Judiciário e os outros poderes, de modo a criar regras para ação governamental. A segunda considera os princípios políticos fundamentais, ocorre no momento de turbulência ou de desentendimentos e opera no interstício dos significados textualmente identificáveis, de modo que estrutura a futura prática política (Whittington, 1999, p. 7).

Esse processo é caracterizado, normalmente, pela falta de uma consciência ou de uma intenção de mudança, devido à sua natureza dinâmica de adaptação às modificações que sucedem gradualmente na realidade subjacente. O referido processo pode ser identificado pelos seguintes critérios principais: em primeiro lugar, a mudança deve funcionar como uma reordenação das normas constitucionais; em segundo lugar, essa mudança há de fornecer um guia ou padrão para a conduta futura dos atores políticos; em terceiro lugar, a mudança, embora operada por processos mais espontâneos que planejados, leva a uma vinculação consciente dos atores políticos; em quarto lugar, por fim, a mudança deve ser compreendida pelos intérpretes – ou pela elite de estudiosos

e aplicadores do Direito Constitucional – como um novo comando da Constituição (Griffin, 2006).

As mutações constitucionais resultam das mudanças nos contextos sociais e políticos promovidas pelas exigências e manifestações da dinâmica do processo existencial de uma comunidade política. Assim, as mutações são viabilizadas, sobretudo, pela especificidade da incompletude e abertura semântica das normas constitucionais (Jellinek, 1991, p. 7-8) e pelo recurso quase inesgotável dos princípios constitucionais que permitem o trânsito de um sentido para outro de um mesmo texto constitucional (Heller, 1981, p. 277).

Embora a literatura costume apontar, na origem, um divórcio entre a norma positivada e a realidade subjacente, entre o Direito Constitucional escrito e o vigente, entre as relações jurídicas na realidade vital do Estado e o sistema constitucional (Barroso, 2009, p. 126; Dau-Lin, 1998; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2012, p. 147), há, na intimidade do processo hermenêutico, releituras dos enunciados normativos que, impulsionadas pelas necessidades fáticas e pelo vigor rejuvenescente dos princípios, revelam sentidos até então não identificados (Dworkin, 1996, p. 225 *et seq.*).

O intérprete é, assim, produto da sua história, do texto que o interpela e do contexto em que vive, e a interpretação é a fusão do horizonte do texto e do contexto do intérprete (Gadamer, 2013, p. 415-416). Há, por isso, quem prefira falar em “desenvolvimento” dos sentidos do texto no tempo e seus novos contextos, em vez de “mutação constitucional”, cuja tradição remonta a rupturas ou hiatos de normatividade da Constituição (Häberle, 1974, p. 111 *et seq.*, 2003, p. 69 *et seq.*, p. 125, p. 141). A leitura de textos clássicos sobre o tema revela esse quadro de possibilidade de negação da capacidade da Constituição de se manter como ordenadora da realidade.

O grande desafio a essa compreensão é dado pela realidade constitucional. Mesmo sem modificações nos seus textos, várias constituições federais passaram por alterações significativas de sentido. As palavras ou orações constitucionais tiveram seu alcance alargado ou reduzido, por meio dos diversos jogos linguísticos de aplicação, tanto da parte

do Judiciário quanto dos atores políticos (Ackerman, 1991; Eskridge Jr.; Ferejohn, 2001).

O processo de mudanças silenciosas e informais é tanto maior quanto mais antiga for a Constituição. Nos Estados Unidos, por exemplo, a “atualização constitucional” tem sido o modo dominante, principalmente mediante a interpretação que os tribunais daquele país – especialmente a sua Suprema Corte – dão ao texto da Constituição (Dixon, 2011, p. 339).

Alguns estudiosos chegam a afirmar que, no caso dos Estados Unidos, o processo formal de emenda, se não for irrelevante (Strauss, 2001, p. 1460), não é a maneira mais importante de mudança constitucional (Dixon, 2011, p. 97; Strauss, 2010, p. 115).

Esses processos informais seriam motivados por exigências que decorreriam de alterações importantes da realidade, dos valores e da compreensão social e política, tanto de aspectos estruturais e de organização política quanto do catálogo de direitos fundamentais (Albert, 2014).

Os obstáculos formais e, por vezes, as “cláusulas de eternidade” cobrariam tempo demasiado para reforma ou gerariam um processo de indecidibilidade que comprometeria a força normativa do texto constitucional e mesmo a confiança que os cidadãos nele depositam. Em razão disso, os agentes públicos, em resposta a reivindicações práticas ou da sociedade, procuram alternativas aos mecanismos formais de alteração, promovendo as mudanças silenciosas (Anderson, 2008, p. 59).

Pode-se ver nesse processo, porém, uma forma de fraudar a ideia de rigidez constitucional e de impedir, no caso dos Estados federais, que as unidades subnacionais participassem do processo de mudança, ferindo, a um só tempo, o significado de Constituição formal e o pacto federativo. O império dos fatos ou valores sobre esses compromissos constitucionais é ambíguo, contraditório e complexo (Vega, 1985, p. 182). É preciso, portanto, examinar com atenção esse problema.

A presente obra é dividida em duas partes: a primeira se dedica ao controle judicial de prognose legislativa, enquanto a segunda trata das mudanças informais da Constituição. Em ambas, pretende-se apresentar as experiências nacionais e estrangeiras promovendo uma sistematização doutrinária e jurisprudencial na temática pesquisada. No aspecto metodológico foram adotadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Espera-se que a obra forneça um panorama das técnicas de controle de prognose legislativa das cortes constitucionais em suas respectivas relações com os poderes legislativos de cada país, enquanto as alterações difusas da reforma informal das constituições seguem seu curso. Os fenômenos são correlatos, e o estudo conjunto mostra as transformações pelas quais têm passado os sistemas constitucionais desde o final do século XX.

**CONTROLE JUDICIAL DE
PROGNOSE LEGISLATIVA**

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

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

Na “Ciência”, ou “Teoria da Legislação”, há um campo específico que, mais que descritivo e analítico, serve para 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, além da probabilidade de ser efetiva e eficaz, atingindo os objetivos propostos (Aeken, 2018, p. 274). Mais recentemente passou a existir, tanto no Brasil quanto no exterior, uma preocupação acadêmica sobre o tema.

As avaliações podem ser *ex ante* (“avaliação de impacto”) ou *ex post* (“avaliação de impacto regulatório”) à 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 os efeitos práticos produzidos pela legislação correspondem àqueles fins (Salinas, 2013, p. 234-235). Ambas são integrantes da chamada “legística material” (LM). De modo mais detalhado, a LM orienta sete etapas do processo legislativo: (i) identificação e definição de um problema a ser resolvido por meio da lei; (ii) determinação dos objetivos a serem alcançados; (iii) definição dos meios potencialmente aptos a produzir os efeitos pretendidos; (iv) avaliação legislativa prospectiva ou *ex ante*; (v) escolha da solução legislativa a ser submetida à aprovação; (vi) aprovação e execução da lei; (vii) avaliação legislativa retrospectiva ou *ex post* (Salinas, 2013, p. 234-235).

Há duas principais orientações que informam as propostas legislativas: 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 (Aeken, 2018, p. 274). Embora haja leituras que enfatizem um ou outro aspecto (Guba; Lincoln, 1989), a combinação da avaliação democrática com a racional-analítica parece formar o melhor critério. Segundo Meneguín (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 de elaborar proposições legislativas, não obedecem às regras de metódica da legislação (legística material), nem costumam instituir equipes interdisciplinares para realização de avaliação legislativa, reduzindo a elaboração de proposições à técnica formal de legislação a cargo de consultores jurídicos (legística formal – ou técnica legislativa – em parte), não obstante o disposto na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (Brasil, 1998; Salinas, 2013, p. 247). Há, todavia, um órgão encarregado de avaliar os resultados das políticas públicas: o Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas, instituído pelo Decreto nº 9.834, de 12 de junho de 2019 (Brasil, 2019b). No Legislativo, especialmente no Senado Federal, iniciou-se, com a edição da Resolução nº 44, de 17 de setembro de 2013, um processo de avaliação de impacto legislativo ainda de modo incipiente (Brasil, 2013).⁴ Destaca-se ainda, o Projeto de Lei Complementar nº 185, de 2016, que tramitou e foi arquivado no Senado Federal, cuja proposta consistia em 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, 2016a).

Se os estudos teóricos e empíricos fornecem elementos objetivos e cálculos técnicos de efeitos das alternativas de regulação, é preciso reconhecer que 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, imprimindo probabilidade maior de acerto na tomada de decisão (Aeken, 2018, p. 280; Fung; Wright, 2003). Note-se que o controle de prognose baseado em evidências não se restringe à

4 A Assembleia Legislativa de Minas Gerais é considerada precursora nessa matéria.

fiscalização da constitucionalidade das leis, mas também ao controle dos atos administrativos.⁵

O Poder 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. Este último elemento aparece com mais frequência como exigência de legitimidade da decisão, tanto na literatura quanto na positivação e reconhecimento judicial (Abboud, 2016, p. 119; Häberle, 1997). O primeiro, no entanto, ainda é polêmico (Gestel; Poorter, 2016).

5 Cf. ALEMANN, 2013, p. 330.

**O Poder 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, 2001; Gestel; Poorter, 2016). Noutros, sua aceitação teórica, embora menos problemática, não é imune a críticas (Meßerschmidt, 2012). A falta de um debate mais aprofundado sobre o tema (McGinnis; Mulaney, 2007; Meßerschmidt, 2016) é acompanhada de uma jurisprudência pouco coerente e, portanto, imprevisível (Berger, 2012, p. 465 *et seq.*; Elliott, 2003, p. 61; Gerards, 2017; Popelier; Jaegere, 2016).

É, no mínimo, paradoxal que esse quadro se mantenha num ambiente cada vez mais exigente de transparência e fundamentação – o que nos faz pensar se não se trata, talvez, de uma escolha, contraditoriamente, feita de modo intencional. Possivelmente, isso decorre de que “os esforços dos tribunais para integrar provas no seu escrutínio parecem mais o resultado de um reflexo instintivo do que o produto de um esforço deliberado” (Alemanno, 2013, p. 335, tradução nossa).⁶ 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 (Dorf, 1998, p. 38; Hashimoto, 1997, p. 116 *et seq.*; McGinnis; Mulaney, 2007, p. 6). Toda interpretação é aplicação (Borgmann, 2009; Faigman, 2008; Sampaio, 2013).

A consideração expressa de elementos empíricos e de fatos sociais (Borgmann, 2009), além das consequências das decisões, é genericamente

6 “[...] *the courts’ efforts at integrating evidence into their scrutiny appears more the result of instinctive reflex than the product of a deliberate endeavor.*”

refutada como um utilitarismo consequencialista, visto como pouco recomendável para o trabalho judicial. Nesse sentido, seria 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 de forma indiscriminada. Há semelhanças com o pensamento consequencialista, sem dúvida, mas note-se a diferença de ênfase, por exemplo, na perspectiva apresentada por Posner (1998). 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 realizar a “tarefa de explorar a operação e as consequências do constitucionalismo” (Posner, 1998, p. 11, tradução nossa).⁷ Note-se, ademais, que, para Posner, “casos constitucionais [...] podem ser decididos apenas com base num julgamento político, e um julgamento político não pode ser considerado certo ou errado por referência a normas legais” (Posner, 1995, p. 40, tradução nossa).⁸ Nesse sentido, como explicitado anteriormente, na introdução deste trabalho, as ciências sociais e econômicas, por exemplo, teriam muito mais a contribuir para o tema do que o Direito (Posner, 1995, p. 207). Não haveria como identificar uma “finalidade” da lei ou um princípio moral ou jurídico que resolvesse 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). Equilíbrio 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).⁹

Assim, 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

7 “[...] *task of exploring the operation and consequences of constitutionalism.*”

8 “[...] *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.*”

9 Cf. RACHLINKSKI, 2011.

legislativo e, em menor escala, na chefia do executivo, uma força legítima 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 pelo conhecimento especializado (Oliver-Lalana, 2019, p. 196). O Poder 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 (Banks, 2003, p. 469; Colcker; Brudney, 2001, p. 118; Post; Siegel, 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: (i) deferência absoluta; (ii) deferência relativa; e (iii) deferência alguma. A última delas esbarra nos limites mínimos de exatidão funcional do Judiciário – mesmo numa governança democrático-constitucional – e na reivindicação, minimalista que seja, da legitimidade das urnas. Alguma deferência deve existir, a questão é se total ou parcial.

No primeiro caso, não caberia ao Poder Judiciário qualquer autoridade 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” (Estados Unidos, 1989a).

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, 2009). Comumente, a literatura denomina essa orientação teórica (e prática) de “substancialista” (Alemanno, 2013; Bar-Siman-Tov, 2016), encontrando

aplicação majoritária em Estados como a Bélgica (Popelier; Jaegere, 2016) e Países Baixos (Gestel; Poorter, 2016). O art. 120 da Constituição Federal do Brasil veda o controle de constitucionalidade das leis (Brasil, 1988). É admitida, porém, a fiscalização da legalidade das normas secundárias, o que pode, ocasional e reflexamente, incidir sobre a “justeza” da lei. A situação também se repete na aplicação direta de tratados (Gestel; Poorter, 2016).

Oposto a essa ideia de que é admitida a fiscalização da legalidade das normas secundárias, há o pensamento dos que argumentam que não há uma espécie de espaço “vazio de Constituição”, não cabendo aos juízes, portanto, analisar os fundamentos das decisões públicas. Nesse sentido, o texto constitucional demandaria um exercício de investigação profunda para saber se as suas normas foram atendidas pelo Legislativo e pela administração, superando a tendência formalista e excessivamente deferente das cortes (Berger, 2012; Dorf, 1998; Faigman, 2008).

A decisão pública seria sempre um processo complexo de repartição de responsabilidades diferenciais que envolveria os três poderes. Aos legisladores, como à administração pública, 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, formal e materialmente, como “auditores da Constituição”. Caso contrário, poderiam referendar ajustes não equânimes de interesses e políticas fragmentárias fundadas em “colchas de retalhos” teóricos ou em meras especulações sem fundamento científico (Berger, 2012). Nesse trabalho de investigação, eles não podem se fundamentar 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. Como salienta Alemanno:

Muitas vezes os juízes preferem – em nome do princípio *jura novit curia* – confiar no seu próprio conhecimento pessoal e conjecturas enquanto julgam, em vez de basear as suas avaliações em argumentos empiricamente sólidos (Alemanno, 2013, p. 338, tradução nossa).¹⁰

Os juízes teriam de superar essa tendência de encastelamento idiossincrático para se abrir às exigências de um controle fundado em evidência (Araiza, 2013; Berger, 2012).

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 (Gestel; Poorter, 2016; Lenaerts, 2012). Há quem defenda tratar-se de um modelo substancialista que incorpora, em parte, o exame do processo legislativo (Alemanno, 2013, p. 331).

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 complementa os “testes substantivos tradicionais”, como o juízo de proporcionalidade, para determinar a constitucionalidade de uma lei (Bar-Siman-Tov, 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

10 *“Too 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.”*

pode considerar as evidências que embasaram o processo legislativo e aquelas 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. Contudo, torna-se complicado 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-Tov, 2016). A esse ponto é possível avançar um pouco: e se, na análise de constitucionalidade, ficar 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 aparece à espreita para enfraquecer ou questionar os prognósticos. Em casos assim, as cortes nada poderiam fazer? Para alguns seria muito invasivo. 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, 2000). Esse é um ponto que merece maior atenção, mas será tratado mais adiante. Antes, há uma interrogação mais urgente: 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, 1996). A cultura democrática de justificação exige dos legisladores a apresentação, ao eleitorado e a um “fórum político” abrangente, das “razões políticas” e “jurídicas” das leis aprovadas (Steel, 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).

A clínica das razões justificantes requer atenção a um “devido” processo legislativo e está intimamente relacionada aos direitos fundamentais e aos valores democráticos (Rose-Ackerman; Egidy; Fowkes, 2015, p. 185-186). Ou, como assinala Dyzenhaus (1998, p. 35), não se pode distinguir o controle do conteúdo da norma ou decisão do controle da correção do processo deliberativo, seguindo um processo legislativo (ou decisório) “devido”.

A definição do que seja um “devido” processo legislativo pode assumir uma vertente débil – limitando-o ao 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. Estas, por sua vez, são aliadas à responsabilidade e representatividade políticas; à autenticidade legislativa, tendo em vista a flexibilidade de opinião dos legisladores, a sua captura por interesses particulares não equânimes ou mesmo ilícitos e o esforço dedicado ao debate das alternativas; e à inclusão legislativa, com a abertura do processo à sociedade, à voz das minorias e ao pluralismo de ideias (Oliver-Lalana, 2019, p. 222). 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 equânime de interesses (Habermas, 2003, p. 363). As discussões inclusivas devem contar com informações e dados factuais e teóricos confiáveis e consistentes, que possam fundamentar os prognósticos e a alternativa adotada (Sathanapally, 2017).

Os juízes constitucionais teriam que se sensibilizar com os princípios informadores do devido processo legislativo por apelo às exigências democráticas, não se atendo à negativa de prestação jurisdicional. Os trabalhos parlamentares não exercem uma delegação plena do eleito-rado para aprovarem suas leis como lhes convém, atentos apenas a um possível controle formalista do produto desse trabalho.

A gradação da deferência seria definida pelo nível de atendimento das requisições de um devido processo legislativo, o que, como visto, seria

também uma 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 discricção entre legisladores e juizes. A existência de 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 danoso à democracia.

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, p. 387-388). Para outros, seria estimular os juizes a usarem as “ferramentas” argumentativas com as quais estão mais familiarizados, como a proporcionalidade, e a elas serem associados requerimentos processuais.

Uma justificativa estatutária “notavelmente deficiente” tem servido, por exemplo, como elemento de convencimento de que a norma é desarrazoada ou desproporcional. 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 Bundestag¹¹ se apressara na sua aprovação ou não havia oferecido justificativas plausíveis para aprová-la (Oliver-Lalana, 2019, p. 225). Ao avaliar a proporcionalidade da lei, por exemplo, além dos requerimentos democráticos de publicidade e inclusão, o tribunal deve basear suas decisões 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 parlamentar considerou os diversos aspectos envolvidos na questão constitucional e se valeu de pesquisas confiáveis para avaliar as alternativas existentes

11 Bundestag é o nome dado ao Parlamento Federal da Alemanha, formado por representantes diretamente eleitos pelo povo alemão, que corresponde à Câmara Baixa do Poder Legislativo. Em contrapartida, o Bundesrat é o nome dado ao outro órgão legislativo de nível federal da Alemanha, formado por representantes escolhidos pelos governos dos dezesseis estados federados do país, que corresponderia à Câmara Alta do Poder Legislativo.

e as probabilidades dos impactos pertinentes, num processo discursivo suficientemente informado, inclusivo e maduro para a tomada de decisão (Coenen, 2001, p. 1834 *et seq.*; Petersen, 2011; Oliver-Lalana, 2019). Segundo Klink (2018, p. 12, tradução nossa),¹² “Quanto mais inclusivo for o processo legislativo – ou seja, quanto mais atores estiverem envolvidos na criação e aplicação da lei e quanto mais seus valores forem compartilhados –, mais a lei poderá ser legitimamente seguida”.¹³ Para Cattoni de Oliveira, esses requisitos hão de ser atendidos num processo de autocompreensão parlamentar, e não no Judiciário (Oliveira, 2006).

A resposta judicial pode variar consideravelmente conforme a matéria em pauta. Estudos feitos com a jurisprudência constitucional comparada demonstraram que quanto mais o Judiciário esteja lidando com um assunto com o qual se sinta confortável em analisar, seja pela constância em seu repertório de decisões ou por não envolver 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 *et seq.*).

Entre os direitos fundamentais, pode haver gradação na margem de apreciação legislativa. Discriminações com base em gênero, raça, religião ou orientação sexual, assim como atentados às liberdades individuais, quase sempre envolvem um nível maior de fiscalização judicial (Araiza, 2013, p. 910-911; Borgman, 2009, p. 35 *et seq.*). 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 fatos ou de política (Faigman, 1991, 2008, p. 52). Assim, quando a discussão envolve direitos socioeconômicos, escolhas

12 “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.”

13 Cf. MADER; KARPEN, 2006.

complexas na política social ou econômica e dilemas ético-morais sensíveis, há uma propensão a deixar o legislador mais livre (Gerards, 2017, p. 146 *et seq.*). Conforme explicitado na introdução, a literatura dos Estados Unidos tende a admitir com maior facilidade a revisão judicial, pelas cortes, de atos de agências reguladoras, diferentemente do que ocorre em relação às decisões do Congresso. Atribuem-se, assim, exigências distintas a cada um desses atores devido à separação de poderes. As cortes revisam as decisões das agências visando garantir a supremacia legislativa, enquanto o Congresso teria acesso direto à Constituição tanto ou mais do que as cortes, uma vez que “[não] há nada na Constituição que exija que o processo legislativo seja ‘registrado’ e, antes dos recentes casos de revisão de registros legislativos, nenhuma exigência desse tipo havia sido imposta ao Congresso” (Buzbee; Schapiro, 2001, p. 11, tradução nossa).¹⁴ Além do mais, os parlamentares do Congresso têm acesso a fontes de informações consideravelmente mais difusas e abrangentes, quando em comparação aos integrantes das agências e, inclusive, ao Judiciário. Portanto, há uma inversão da presunção de legitimidade dos motivos que movem as decisões do Congresso no controle das bases factuais do processo legislativo (Buzbee; Schapiro, 2001).¹⁵

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 tentar rever orientações jurisprudenciais consolidadas, os juízes costumam ser mais exigentes com as escolhas feitas (Sampaio, 2020), ocorrendo o mesmo com decisões legislativas que se baseiem em dados empíricos sem muita relevância, conflitantes ou sem maiores explicações. Em sentido oposto, quando as cortes encontram dificuldades para elas mesmas identificarem os fatos relevantes, costuma-se deixar ao legislador maior protagonismo (Araiza, 2013, p. 922 *et seq.*).

14 “*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.*”

15 Cf. BRYANT; SIMONE, 2001.

Há ainda uma tendência de exame das razões e do processo de gênese 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 *status quo*. Mas volta-se aqui ao círculo da deferência casuística e imprevisível. 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 basta verificar se a decisão do legislador foi baseada em evidências (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 da lei, bastando ao requerente trazer aos autos os argumentos que possibilitam o juízo sobre a prognose legislativa. Na primeira delas, requer-se que os argumentos apresentados sejam amparados em provas que possibilitem à corte realizar um juízo de evidência e correção dos prognósticos. Se não for pela distribuição do ônus da prova, a questão fica prejudicada, considerando que os juízes devem 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 questiona 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 declarar 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 se autoconter, que tangencia a negativa de jurisdição.

Imaginemos temas em que se tem por fundamento 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, 2007, p. 36).

Dois exemplos da jurisprudência constitucional tendem a exemplificar o problema. Tome-se, primeiramente, o julgamento da 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 desemprego 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 (Alemanha, 2010). 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 de predominância dos jogos de interesses nas avaliações das bases e dos impactos regulatórios (Bressman, 2007). 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 ou generalista e o tempo exíguo da prestação jurisdicional estão sempre no horizonte de críticas contra as competências judiciais. Para Segall, por exemplo, “[juízes] estão muito mais ligados à subjetividade e ao gosto do que à lógica e à razão” (Segall, 2012, p. 4, tradução nossa).¹⁶ Assim, essas limitações fariam com que sua capacidade de combater desvios e capturas dos processos deliberativos e parlamentares fosse pouco útil.

A força dos grupos de pressão sobre o Parlamento (e agências administrativas) seria consideravelmente reduzida se fossem adotadas outras formas de controle institucional e social, em alternativa à 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 políticas (Elhauge, 1991, 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 e, ao fim, abalaria o pilar da imparcialidade, tão caro à função judicante (Seidenfeld, 1997). Também não se pode desconsiderar que eventuais parâmetros que venham a ser desenvolvidos pelas cortes para definir o procedimento adequado de escolhas técnicas possam tanto levar à “ossificação” do trabalho decisório quanto ser manipulados pelos decisores, por meio do uso de uma linguagem técnica de difícil controle, prejudicando a qualidade das decisões.

Há, no entanto, razões que contrariam esse ceticismo. Talvez o grande problema seja como as cortes podem se valer de elementos empíricos para analisar os prognósticos legislativos (e das políticas públicas). A literatura tem se 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” (Estados Unidos, 1993), a Suprema Corte estabeleceu que a admissibilidade e produção de provas por cientistas, peritos e especialistas nos diversos campos de

16 “[judges] are much more about subjectivity and taste than logic and reason.”

conhecimento, inclusive em estudos sociológicos e econômicos,¹⁷ em processos judiciais, deve se pautar em premissas e metodologias que atendam aos seguintes requisitos: (i) aceitabilidade – devem ser aceitas pela comunidade científica; (ii) testabilidade – podem ser testadas; (iii) devem ter sido submetidas à publicação e à revisão pelos pares; e (iv) erros dentro da margem de segurança – têm de apresentar um índice de erro conhecido ou potencial aceitável (Estados Unidos, 1993).

Embora não se trate de requisitos exaustivos, objetiva-se, com a tese, garantir 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* (“ciência de má qualidade”, em tradução livre) (Cheng; Yoon, 2005, p. 503; Imwinkelried, 1994, p. 2273).

Nos Estados Unidos, embora o teste não se aplique para o controle de correção do processo legislativo, muitos autores defendem o seu emprego para esse fim. E não haveria invasão de domínios de competência: o “teste de Daubert” proíbe expressamente os juízes de confiarem em seus sentidos de razoabilidade ou formação a ponto de tirarem suas próprias conclusões científicas, uma vez que não são cientistas ou especialistas em áreas diferentes do Direito. Em vez disso, os juízes examinam apenas “princípios e metodologias, não [...] as conclusões que eles geram” (Estados Unidos, 1993, p. 595, tradução nossa).¹⁸ 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” (Miller; Rein, 2000, p. 298; Raul; Dwyer, 2003, p. 7, tradução nossa).¹⁹ Em verdade, esse teste foi introduzido na legislação federal dos Estados Unidos (Federal Rules of Evidence. Rule 702. Testimony by Expert Witnesses) em 2000 e em 2011. A redação atual é:

17 Cf. ESTADOS UNIDOS, 1999a.

18 “[...] *principles and methodology, not [...] the conclusions that they generate.*”

19 “[...] *should also apply to judicial review of the science underlying regulatory decisionmaking.*”

Uma testemunha qualificada como especialista por conhecimento, habilidade, experiência, treinamento ou educação pode testemunhar na forma de uma opinião ou de outra forma se o proponente demonstra para a corte que é mais provável do que improvável que: (a) o conhecimento científico, técnico ou outro conhecimento qualificado do especialista ajudar o julgador a entender a evidência ou a determinar um fato em questão; (b) o depoimento for baseado em fatos ou dados suficientes; (c) o depoimento for o produto de princípios e métodos confiáveis; e (d) o especialista tiver aplicado de forma confiável os princípios e métodos aos fatos do caso (Rule 702., [s. d.], [n. p.], tradução nossa).²⁰

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 as 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, 2010). Além do mais, a incerteza ou a divisão de pontos de vista científicos também estão presentes nos processos decisórios administrativo e legislativo. 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 (Berger, 2012, p. 522-523). Essa ordem de ideia também se poderia aplicar ao legislador, embora em menor grau, pela maior abertura do processo legislativo ao debate público. 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).

20 “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 the proponent demonstrates to the court that it is more likely than not that: (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.”

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 (Friedman, 1993, p. 637; Jasanoff, 1998, p. 20; Raul; Dwyer, 2003, p. 8 *et seq.*; Waddell, 1990). Diversos estudos demonstram a forma de captura pelo poder econômico, por exemplo, Macey (1986), que discute os *lobbies* e os incentivos para legislação favorável a grupos de interesses, e Lessing (2011, p. 89 *et seq.*), que aborda as trocas entre favores legislativos e financiamentos de campanhas.

Por mais que as cortes estejam num ambiente de tensão, sujeito a pressões sociais e econômicas, parece razoável afirmar que os grupos de interesse exercem menos influência sobre elas do que sobre o Legislativo. O processo contraditório também disciplina com maior sucesso o viés de confirmação e limita os efeitos de outras heurísticas, tornando a avaliação das evidências, pelos parlamentares, relativamente menos precisa (McGinnis; Mulaney, 2007, p. 17).

A ampliação do espaço de debate, por meio das audiências públicas e *amici curiae*, imprimem ao contexto um grau de legitimidade democrática adicional, ao oportunizar voz às opiniões 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. Não se pode desconsiderar que um controle responsável do devido processo legislativo resulta em um aperfeiçoamento do trabalho parlamentar e dos formuladores de políticas públicas, inclusive, ou principalmente, no âmbito das agências administrativas. No mínimo, esses agentes se tornam mais cuidadosos (Berger, 2012, p. 520). É certo que há 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 *et seq.*). Na maior parte das vezes, uma coisa implicará a outra.

Embora a consideração das consequências e do futuro não seja comumente parte dos procedimentos decisórios dos juízes, essa questão deve ser discutida com maior profundidade, especialmente no âmbito dos tribunais constitucionais e supremas cortes, pois, nesse caso, o estabelecimento de precedentes transcende o litígio e o tempo, tendo de lidar com problemas que se podem apresentar no futuro. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade que transcende a simples 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 (Gestel; 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 prognoses com base em evidências técnicas e científicas ou em análises empíricas em geral, guiando-se por suas visões de mundo, afora outros interesses nem sempre publicizáveis (McGinnis; Mulaney, 2007, 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 parlamentos e cortes serão laboratórios, mas as leis, bem como as decisões judiciais, devem repetir tanto quanto possível o “estado da arte” da ciência e do conhecimento especializado (Breyer, 2010). Há uma inclinação humana em evitar investigações teóricas e interpretações da realidade que contrariem 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). Contudo, é preciso lembrar que, embora os juízes não sejam cientistas, isso não deve ser empecilho para que seja feita uma investigação com apoio de especialistas.

Essas observações não concedem, por outro lado, uma autorização plena para que os juízes imponham sua vontade ou visão de mundo aos legisladores. No sistema de repartição de competência constitucional, o legislador tem relativa prioridade em realizar as escolhas e definir as prioridades diante das alternativas legais existentes. O que se afirmou é que essa prioridade não resulta em 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 gradação, como se anotou acima (Araiza, 2013; Sampaio, 2020). Desse modo, estamos a falar de *empirical* ou *legisprudential turn* (Oliver-Lalana; Meßerschmidt, 2016).

No caso de frustração dos prognósticos legislativos, o entendimento corrente é de que nada há a ser feito no âmbito judicial. Caberia ao legislador e aos formuladores de políticas públicas adotar as providências de correção (Mendes, 2000). A referida ideia merece uma reflexão: as cortes deveriam se silenciar sobre os resultados desastrosos de uma política legislativa ou pública por imaginarem que seus limites funcionais assim as obrigam? Não parece ser a conduta adequada, sobretudo se esses resultados afetam direitos fundamentais. É certo que todo exercício de previsão prospectiva está sujeito a erro, mas, uma vez verificado que a política pública ou legislativa realmente é equivocada, pela superveniência de evento imprevisível 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, 2003a; 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*)²¹ (Flückiger, 2007). Identificado que os objetivos não serão alcançados, o Tribunal determina que o legislador intervenha para corrigir as normas, fazendo-lhes os ajustes necessários. Cabe,

21 Em tradução livre: “obrigação de retificação, obrigação de correção, obrigação de adaptação, obrigação de melhoria”.

portanto, ao legislador remediar a inconstitucionalidade da legislação *sobald als möglich*²² (Flückiger, 2007, p. 159).

Os juízes podem se basear no fato de que os prognósticos feitos ao tempo do processo legislativo, embora à época fossem razoáveis, revelaram-se equivocados (Alemanha, 1993a). Essa falha de prognóstico pode ser em decorrência do erro de apreciação, mais fácil de avaliar retrospectivamente, mas também pode resultar de mudanças 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 os tribunais têm sido cuidadosos no emprego desse recurso, empregando-o raramente e, mesmo assim, mais nas razões do que no dispositivo do julgamento (Oliver-Lallana, 2019).

É dado à política o ajuste do mérito de seus prognósticos, identificado que, embora atentos à racionalidade do tempo de sua elaboração, eles se mostraram errados. Cabe, pois, às cortes oferecer a oportunidade de correção (Mezell, 2009, p. 283), o que, na linha da doutrina do diálogo institucional (Clève; Lorenzetto, 2015; Friedman, 1993; Hogg; Bushell, 1997; Mendes, 2000), se denomina *structural* ou *second-look* (Coenen, 2001). Na hipótese de nada ser feito, não restaria outra saída a elas a não ser 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 as constituições de seus efeitos.

22 Em tradução livre: “o mais breve possível”. Cf. ALEMANHA, 1963, 1993a.

**O controle de prognose legislativa
baseado em evidências**

O legislador parlamentar, embora dotado das credenciais de legitimidade democrática, não tem liberdade plena para aprovar leis. Essa afirmação parece traduzir uma obviedade em vista da supremacia constitucional e dos instrumentos de sua garantia, notadamente a fiscalização judicial de constitucionalidade. Nessas circunstâncias, o parlamentar haveria de cumprir os comandos constitucionais, sob pena de censura dos juízes. Em lugares nos quais não há essa supremacia e fiscalização, cabe à política impor os limites à produção legislativa que viole o sentido de justiça ou atente contra valores socialmente reconhecidos. A obviedade apresentada precisa de um esclarecimento adicional, o que embaça um pouco o seu sentido e a conclusão apressada de ser mesmo uma obviedade.

Em países que adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e, portanto, em que há uma Constituição formal a ser respeitada, existem, particularmente, duas maneiras de serem estabelecidos os limites constitucionais.

A primeira e mais comum se realiza por meio de um exercício argumentativo de conformidade da lei com o texto constitucional. Interessa muito mais (se não exclusivamente) o produto do trabalho legislativo – a lei – do que o trabalho em si, a menos que haja descumprimento de iniciativas e ritos previstos no texto constitucional. Trata-se de um juízo formal que se dá no plano de discurso descritivo-normativo – normativo aqui a se entender como tarefas comparativas entre enunciações de normas, da lei e da Constituição.

A segunda maneira também dá ênfase à lei, mas cuida do trabalho legislativo com muito mais atenção. A lei, em seu conteúdo e forma, há de ser constitucional, mas também o deve ser em sua gênese, sobretudo no caso de disciplinar matérias complexas, que envolvam, por exemplo, alternativas tecnológicas, incertezas científicas ou dilemas morais. O exame dessa gênese requer uma incursão na rotina parlamentar, de modo a identificar se foram considerados, num processo aberto à sociedade, todos os elementos empíricos, interpretações disponíveis e, quando for o caso, perspectivas científicas em sua pluralidade. Além disso, é necessário verificar se as conclusões e prognoses feitas a partir desses elementos são coerentes e aceitáveis do ponto de vista racional ou segundo as regras da experiência.

É certo que a primeira maneira realiza, nos testes de racionalidade das leis, pesquisas instrumentais sobre os meios escolhidos e os fins perseguidos pelo legislador, num exercício hermenêutico de proporcionalidade ou de razoabilidade, o que estaria a inferir as considerações assumidas pela segunda vertente. Há, no entanto, uma diferença significativa entre uma e outra. Na primeira, a argumentação é feita com base em pressupostos lógicos da arguição jurídica e de interpretação das normas, valendo-se, quando muito, de exposições de motivos. Na segunda, há uma análise das informações que foram produzidas ao longo do processo deliberativo, realizando-se, portanto, um exame das evidências, do que moveu o legislador a adotar determinada solução normativa, do diagnóstico e das previsões feitas, podendo se valer de especialistas no próprio processo de revisão judicial. Trata-se de uma operação analítico-normativa, em que o termo “normativo”, agora, tem o sentido de parâmetros que devem ser seguidos no processo deliberativo.

Se na primeira abordagem a intervenção das cortes já está sujeita a críticas, não é de se estranhar que na segunda elas sejam ainda mais intensas. As limitações democráticas se aliam à falta de *expertise* para a complexa tarefa de elaboração de prognósticos e de políticas legislativas, exigindo autocontenção no lugar de ativismo judicial. Essa é uma discussão que é substancialmente inspirada pela prática judicial de controle de constitucionalidade das leis. A jurisprudência da Suprema

Corte dos Estados Unidos é, com frequência, analisada nesse ambiente, com vistas à identificação de traços de uma ou outra perspectiva.

É esse o objetivo deste capítulo. Por meio de revisão bibliográfica e de alguns julgamentos seminais desta Corte, procura-se identificar se há alguma orientação predominante no desenvolvimento e aplicação de seus testes de racionalidade das leis: se são produto de um clássico exercício de linguagem normativa ou se também analisam as razões legislativas, baseando-se em evidências.

Suprema Corte dos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, embora a Suprema Corte tenha reiteradamente afirmado que o Congresso não precisa fazer constatações particulares para legislar (Estados Unidos, 1971), o repertório de decisões mostra que, no exame de constitucionalidade das leis, as análises realizadas pelos congressistas durante o processo legislativo têm, muitas vezes, um papel decisivo na formação do entendimento dos juízes. A discussão sobre a necessidade de as cortes, a Suprema Corte em especial, exigirem mais transparência no processo regulatório pode ser constatada nos trabalhos de Pierce Jr. (2006) e de Bressman (2007). Um levantamento identificou que, entre 2000 e 2010, 56% das 120 decisões mais importantes, controversas ou que apareceram nas primeiras páginas dos jornais continham, pelo menos, uma referência a “fatos legislativos” (Larsen, 2012, p. 1262).

Um exemplo desse uso pode ser encontrado em “Fullilove v. Klutznick”. O juiz Steven escreveu em seu voto que, embora fosse tradição os juízes reconhecerem a presunção de regularidade do processo legislativo, por mais óbvio que fosse ter o Congresso agido precipitadamente, ele não via razão para desconsiderar os achados do processo na decisão sobre o produto legislativo ter ocasionado privação de liberdade ou de propriedade sem o devido processo legal (Estados Unidos, 1980). E completou, alegando ter a percepção de que a revisão judicial deve incluir uma

consideração do caráter procedimental do curso de tomada de decisão legislativa (Estados Unidos, 1980).

Essa enunciação que ressalta o princípio geral de não exigir uma “especial investigação legislativa”, mas avança em identificar falhas do legislador por não ter se baseado em elementos empíricos relevantes, é mais frequente do que se pensa. A Corte continuou a dar relevância aos registros legislativos em outras decisões sobre ações afirmativas, como em “City of Richmond v. JA. Croson Co.” (Coenen, 2001, p. 1673). Antonin Scalia era terminantemente contrário ao exame de constitucionalidade baseado em eventuais problemas no processo legislativo:

Nem o devido processo legal nem a Primeira Emenda exigem que a legislação seja apoiada por relatórios de comitês, debates em plenário ou mesmo por considerações, mas apenas por uma votação (Estados Unidos, 1989a, p. 492, tradução nossa).²³

Eu, francamente, não me importo com o propósito dos legisladores além do que está incorporado no texto devidamente promulgado. [...] Então nossos delegados no Congresso não são meticulosos? Não, temos de presumir o contrário. Esse é o pressuposto da democracia [...]. Como não podemos saber o que está na mente de 436 legisladores (contando o presidente), tudo o que podemos saber é que eles votaram em um texto [...]. De fato, não importa se eles estavam bêbados quando votaram a favor. Desde que tenham votado a favor, esse texto é a lei (Scalia, 2012, p. 1612-1613, tradução nossa).²⁴

23 “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.”

24 “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.”

O exame das falhas que conduziram à conclusão de inconstitucionalidade da lei no processo legislativo pode, por exemplo, ser encontrado em “Reno v. ACLU”, julgado em 1997, no qual os congressistas falharam ao não realizarem audiências públicas nem apresentarem conclusões fundadas em evidências (Estados Unidos, 1997a). Em “Morrison v. United States”, de 2000, a Corte reconheceu que o Congresso realizara “inúmeros achados” de que a violência de gênero afetava a economia nacional, por exemplo, provocando afastamentos do trabalho e custos hospitalares, além de reduzir o consumo de bens e serviços (Estados Unidos, 2000a).

Contudo, essas constatações não foram suficientes para justificar o *Violence Against Women Act* (Lei da Violência Contra as Mulheres, em tradução livre), porque o Congresso disciplinara uma “conduta criminosa violenta e não econômica”, fundando-se apenas nos “custos do crime” e “na produtividade nacional”, quando os estudos mais elaborados sobre o assunto mostravam impactos que iam além desse quadro (Estados Unidos, 2000a).²⁵ Assim, também em “Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett”, de 2001, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei, pois os registros legislativos não mostraram que o Congresso se valera de base empírica necessária para aprová-la (Estados Unidos, 2001a).

Os equívocos legislativos parecem mais salientes quando desafiam precedentes da Corte. No famoso caso “Miranda v. Arizona”, estabeleceram-se os “direitos de Miranda” que, sucintamente, determinam as advertências necessárias para que as confissões sejam consideradas voluntárias e, portanto, admissíveis como prova. A opinião da Corte, após fazer um amplo inventário das ocorrências durante os interrogatórios de custodiados e de manuais policiais, procurou estabelecer as bases factuais para uma eventual norma processual que viesse a tratar do assunto (Estados Unidos, 1966, p. 445 *et seq.*, p. 467).

Mesmo que no caso de “Miranda v. Arizona” o réu não tenha recebido as devidas advertências sobre os requisitos para a admissão de confissões, o processo estabeleceu as bases para que, dois anos depois, o Congresso

25 Sobre a ocorrência de outros impactos, cf. ESTADOS UNIDOS, 1989b, p. 614 *et seq.*

viesses a realmente aprovar a legislação sobre o tema, estabelecendo os requisitos para que as confissões fossem admissíveis em processos federais. Informações abundantes, produzidas ao longo do processo legislativo, embasaram a decisão dos congressistas. Mas, posteriormente, ao declarar a nova lei inconstitucional – o que fez apenas em 2000 –, a Corte sequer fez referência às informações que embasaram a decisão anterior, resumindo-se a afirmar que as garantias estabelecidas não eram suficientes para reduzir o risco de confissões forçadas (Estados Unidos, 2000b). A tradição, anotada por Frickey e Smith, parece dar lugar cada vez mais a um exame judicial dos registros factuais e dados empíricos que embasaram a decisão dos legisladores (Buzbee; Schapiro, 2001; Frickey; Smith, 2002).

Em “Hodel v. Virginia Surface Mining”, de 1981, a Corte baseou seu entendimento na quantidade de audiências, depoimentos e provas documentais presentes no processo legislativo (Estados Unidos, 1981a); em “Katzenbach v. McClung”, de 1964, alegou que a ausência de “conclusões formais [...] não é fatal [...] pois as provas apresentadas nas audiências indicaram plenamente a natureza e o efeito dos ônus sobre o comércio” (Estados Unidos, 1964, p. 379, tradução nossa).²⁶ Já em “Board of Trade v. Olsen”, de 1923, reforçou a presunção de constitucionalidade da lei, baseando-se no fato de que houve “muitos anos de investigação e exame de testemunhas, incluindo os defensores da regulamentação e os que se opõem, e homens intimamente aconselhados com relação aos mercados de grãos do país” (Estados Unidos, 1923, p. 262, tradução nossa).²⁷ Em “City of Boerne v. Flores”, de 1997, em que se discutia a constitucionalidade do *Religious Freedom Restoration Act of 1993* (RFRA – Lei de Restauração de Liberdade Religiosa, em tradução livre), lê-se:

[...] o registro legislativo da RFRA carece de exemplos de leis modernas de aplicação geral, aprovadas por causa de intolerância

26 “[...] *formal findings [...] is not fatal [...] for the evidence presented at hearings fully indicated the nature and effect of the burdens on commerce.*”

27 “[...] *after many years of investigation and examination of witnesses, including the advocates of regulation and those opposed, and men intimately advised in respect to the grain markets of the country.*”

religiosa. [...] Em vez disso, a ênfase das audiências foi em leis de aplicabilidade geral que colocam fardos incidentais sobre a religião. Grande parte da discussão centrou-se em [...] regulamentos de zoneamento e leis de preservação histórica (como a que está em questão aqui), que, como um incidente de sua operação normal, têm efeitos adversos em igrejas e sinagogas. [...] É difícil sustentar que eles são exemplos de legislação promulgada ou aplicada, devido à animosidade ou hostilidade às práticas religiosas sobrecarregadas, ou que eles indicam algum padrão generalizado de discriminação religiosa neste país. A preocupação do Congresso era com os fardos incidentais impostos, não com o objeto ou propósito da legislação (Estados Unidos, 1997b, p. 530-531, tradução nossa).²⁸

Esse exame tende a ser realizado com mais atenção em casos sobre: (i) discriminação sexual (e, em certa medida, racial); (ii) discriminação contra estrangeiros legais; (iii) limites à propriedade ou à liberdade de iniciativa econômica; e (iv) liberdade de expressão (Coenen, 2001, p. 1679 *et seq.*), sendo a Corte bem mais deferente ao legislador federal na disciplina de matérias que tangenciem a XIV^a Emenda e bem menos às legislaturas estaduais no âmbito da cláusula do comércio (Patti, 2019), embora, neste último ponto, haja controvérsia (Frickey; Smith, 2002; Galle, 2017).

A jurisprudência da Suprema Corte tem reconhecido ampla competência do legislador para fazer suas escolhas quando se depara com incertezas científicas (Ross, 2014). Há, na verdade, um entendimento antigo de que, diante das limitações democráticas e instrumentais das cortes

28 “[...] RFRA’s legislative record lacks examples of modern instances of generally applicable laws passed because of religious bigotry. [...] Rather, the emphasis of the hearings was on laws of general applicability which place incidental burdens on religion. Much of the discussion centered upon [...] zoning regulations and historic preservation laws (like the one at issue here), which, as an incident of their normal operation, have adverse effects on churches and synagogues. [...] It is difficult to maintain that they are examples of legislation enacted or enforced due to animus or hostility to the burdened religious practices or that they indicate some widespread pattern of religious discrimination in this country. Congress’ concern was with the incidental burdens imposed, not the object or purpose of the legislation.”

para realizar um escrutínio empírico e científico mais profundo, que não estariam presentes no Congresso, a dúvida, ainda que consistente, deve conduzir à validação das escolhas legislativas feitas.

Em “Jacobson v. Massachusetts”, julgado em 1905, a Suprema Corte se deparou com o desafio à política de vacinação obrigatória contra a varíola. Embora o requerente, um pastor e líder comunitário, tivesse trazido argumentos que colocavam em dúvidas a eficácia da política e os custos sociais aos direitos individuais envolvidos, a Corte entendeu que o legislador atuara dentro dos padrões científicos legítimos e razoáveis, estando mais bem preparado para analisar as questões de incerteza científica relacionadas às vacinas do que a Corte (Estados Unidos, 1905a).

Essa orientação foi, repetidas vezes, aplicada, sobretudo, no âmbito da saúde pública. Em “Cal. Reduction Co. v. Sanitary Reduction Works of San Francisco”, também em 1905, declarou-se válida uma portaria que disciplinava o descarte de resíduos urbanos, embora tenha se reconhecido que havia dúvida científica sobre a eficácia do método adotado (Estados Unidos, 1905b).

No entanto, no famoso caso “Lochner v. New York” (Estados Unidos, 1905c), a Corte não concordou com a conclusão do legislador de que longas horas de trabalho poderiam ser perigosas para os trabalhadores de padarias:

Ao analisar as estatísticas referentes a todos os ofícios e ocupações, pode ser verdade que o ofício de padeiro não pareça ser tão saudável quanto alguns outros ofícios, mas também é muito mais saudável do que outros. Para o entendimento comum, a profissão de padeiro nunca foi considerada insalubre (Estados Unidos, 1905c, p. 198, tradução nossa).²⁹

29 *“In looking through statistics regarding all trades and occupations, it may be true that the trade of a baker does not appear to be as healthy as some other trades, and is also vastly more healthy than still others. To the common understanding the trade of a baker has never been regarded as an unhealthy one.”*

O curioso, porém, é que a Corte concordou que profissionais em certas ocupações – por exemplo, mineiros – poderiam ter sua saúde afetada por jornadas de trabalho longas (Estados Unidos, 1898). Em “Price v. Illinois”, de 1915, a Corte manteve, com os mesmos fundamentos, a proibição de venda de conservantes de alimentos que continham ácido bórico, mesmo que fosse discutível o risco que o produto trazia à saúde pública.

Se for discutível, a legislatura tem direito ao seu próprio julgamento, e esse julgamento não deve ser substituído pelo veredito de um júri sobre a questão que a legislatura decidiu. Não é um caso em que a legislatura tenha limitado sua ação à proibição daquilo que é descrito em termos gerais como nocivo ou prejudicial, deixando a questão a ser determinada em cada caso conforme ela surgir. A legislatura não é obrigada a se contentar com orientações gerais quando considera que medidas mais detalhadas são necessárias para atingir um objetivo legítimo (Estados Unidos, 1915, p. 238, tradução nossa).³⁰

Ainda no mesmo sentido, “Laurel Hill Cemetery v. City and County of San Francisco”, de 1910, manteve a portaria de São Francisco que proibia enterros dentro dos limites da cidade e do condado, embora reconhecesse que as opiniões estavam divididas em relação à segurança da medida (Estados Unidos, 1910). Assim também se deu em “Lambert v. Yellowley”, de 1926, sobre as dúvidas em torno das propriedades medicinais do álcool, desde que prescrito por um médico (Estados Unidos, 1926).

Em “Kansas v. Hendricks”, de 1997, a Corte julgou válida uma lei do Kansas que impunha o confinamento definitivo de pessoas com “anormalidade mental” ou “desordem psíquica”, definida como uma condição que afetava a capacidade emocional e de escolha, predispondo a pessoa a

30 *“If it be debatable, the legislature is entitled to its own judgment, and that judgment is not to be superseded by the verdict of a jury upon the issue which the legislature has decided. It is not a case where the legislature has confined its action to the prohibition of that which is described in general terms as unwholesome or injurious, leaving the issue to be determined in each case as it arises. The legislature is not bound to content itself with general directions when it considers that more detailed measures are necessary to attain a legitimate object.”*

cometer ofensas sexualmente violentas, dentre elas a pedofilia. Havia dúvida médica do enquadramento adequado para a condição, o que, todavia, poderia ser resolvido pelo legislador, como foi o caso, por meio de um teste de precaução razoável (Estados Unidos, 1997c). O quadro se repete, no âmbito da saúde pública, em “Addington v. Texas” (1979a), que estabeleceu parâmetros de tratamento compulsório para pessoas violentas e com transtornos mentais. Em “Jones v. United States”, os fundamentos para demonstração indiscutível de que um indivíduo é doente e perigoso foram então determinados (Estados Unidos, 1983).

Num ambiente de incerteza científica, a palavra é dada ao legislador, calando-se as Cortes. Consta em “Marshall v. United States”: “Quando o Congresso resolve atuar em áreas repletas de incertezas médicas e científicas, [...] os tribunais devem ser cautelosos para não reescrever a legislação” (Estados Unidos, 1974, p. 414, tradução nossa).³¹ Veja-se também “N.Y. Transit Auth. v. Beazer”, de 1979, reconhecendo a validade da política de os empregadores excluírem os usuários terapêuticos de metadona de processos seletivos para vagas de emprego, considerando desnecessária a discussão sobre políticas mais precisas, dadas as incertezas associadas ao vício e ao tratamento com heroína (Estados Unidos, 1979b). A mesma ordem de ideia se aplica às agências reguladoras:

Quando os especialistas expressam opiniões conflitantes, um órgão deve ter o poder discricionário de confiar nas opiniões razoáveis de seus próprios especialistas qualificados, mesmo que, originalmente, um tribunal considere as opiniões contrárias mais persuasivas (Estados Unidos, 1989b, p. 278, tradução nossa).³²

A discussão sobre a (im)propriedade da revisão judicial das decisões regulatórias é recorrente na ideia de que a deferência às agências violaria a história e os valores do constitucionalismo norte-americano

31 “When Congress undertakes to act in areas fraught with medical and scientific uncertainties, legislative options must be especially broad, and courts should be cautious not to rewrite legislation [...]”

32 “When specialists express conflicting views, an agency must have discretion to rely on the reasonable opinions of its own qualified experts even if, as an original matter, a court might find contrary views more persuasive.”

(Gibbons, 2016).³³ O controle judicial, ainda que relativamente deferente às agências, ajudaria no aperfeiçoamento do processo decisório (Reitz, 2018; Seidenfeld, 2016).

Em duas decisões sobre “aborto com nascimento parcial”, situação em que se induz o parto prematuro, causando a morte do feto, a Corte tomou decisões contraditórias, sempre em vista das incertezas científicas. Em “Stenberg v. Carhart”, processo conhecido como “Carhart I”, de 2000, declarou-se inconstitucional uma lei do Nebraska que proibia esse tipo de aborto. Diante de um debate médico sobre a necessidade de aplicar esse procedimento para proteger a saúde da mãe, o legislador não poderia forçar os médicos a usarem procedimentos diferentes dos que consideravam os mais seguros, sob pena de violar o direito à vida e à liberdade, protegido pela Constituição (Estados Unidos, 2000c).

Com essa decisão, a Corte parecia ter abandonado o precedente. Porém, em 2007, retomou-o, dessa vez para manter a lei federal de 2003 que tratava do mesmo assunto, o *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003* (Lei de Proibição do Aborto por Nascimento Parcial, em tradução livre). A lei federal havia adotado um texto que corrigia imprecisões da lei anteriormente aprovada no estado do Nebraska e declarada inconstitucional em 2000: “Ele adota a frase ‘entrega um feto vivo’, §1531(b)(1)(A) (2000 ed., Supp. IV), em vez de ‘entregar... uma criança nascitura, ou uma parte substancial dela’” (Estados Unidos, 2007, [n. p.]).³⁴ A contradição, todavia, fora notada por Ginsburg, em sua divergência:

A Corte confunde ainda mais nossa jurisprudência ao declarar que “ataques diretos à norma” não são permitidos em “tais circunstâncias”, ou seja, quando existe incerteza médica. [...] Essa decisão causa perplexidade, uma vez que, em circunstâncias materialmente idênticas, consideramos que uma lei que não

33 Cf. JAFFE, 1956.

34 “It adopts the phrase ‘delivers a living fetus,’ §1531(b)(1)(A) (2000 ed., Supp. IV), instead of ‘delivering... a living unborn child, or a substantial portion thereof’”.

prevê uma exceção de saúde era inconstitucional em sua própria redação (Estados Unidos, 2007, [n. p.], tradução nossa).³⁵

Guinsburg o fez tentando mostrar as diferenças entre os dois textos, o federal e o estadual. A Corte se mostrou sensível ao debate parlamentar, que identificara no procedimento médico problemas éticos, médicos e jurídicos.

É certo que se tenha recusado a consideração de algumas afirmações ali feitas, por serem “factualmente incorretas”, por exemplo, ao ser afirmado que havia um consenso médico de que o procedimento proibido nunca seria usado, por ser clinicamente desnecessário (Estados Unidos, 2007).

A deferência ao Congresso não poderia ser acrítica: “a Corte mantém um dever constitucional independente de revisar as constatações factuais, quando os direitos constitucionais estiverem em jogo” (Estados Unidos, 2007, [n. p.], tradução nossa).³⁶ A mostrar, porém, que o caso anterior, “Stenberg”, configurava um hiato na doutrina da deferência, a Corte realçou que a incerteza médica sobre os riscos à saúde da mulher, gerados pela vedação do método do “aborto com nascimento parcial”, não excluía o “exercício do Poder Legislativo no contexto do aborto”:

A lei não é frontalmente inválida quando há incerteza de o procedimento barrado ser necessário para preservar a saúde da mulher, dada a disponibilidade de outros procedimentos de aborto que são considerados alternativas mais seguras (Estados Unidos, 2007, [n. p.], tradução nossa).³⁷

35 “The Court further confuses our jurisprudence when it declares that ‘facial attacks’ are not permissible in ‘these circumstances’, i.e., where medical uncertainty exists. [...] This holding is perplexing given that, in materially identical circumstances we held that a statute lacking a health exception was unconstitutional on its face.”

36 “The Court retains an independent constitutional duty to review factual findings where constitutional rights are at stake.”

37 “The Act is not invalid on its face where there is uncertainty over whether the barred procedure is ever necessary to preserve a woman’s health, given the availability of other abortion procedures that are considered to be safe alternatives.”

Quando se dispõe a realizar uma investigação das bases empíricas e das previsões feitas pelo legislador, dentro da exigência de “racionalidade” das leis, a Suprema Corte se baseia, na maioria das vezes, em elementos documentais. Como se trata de intervenções para resolver casos concretos e, portanto, adversariais, era de se esperar que se utilizasse mais da ajuda de *experts*, até porque, no caso “*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*”, desenvolveu-se um roteiro que deve ser seguido para produção judicial de prova técnica, procurando proteger a *good science* da *junk science* (respectivamente, “ciência de qualidade” e “ciência de má qualidade”, em tradução livre) (Estados Unidos, 1993). Como já citado anteriormente, os requisitos que devem ser atendidos pelas perícias técnicas são: (i) aceitabilidade – devem ser aceitas pela comunidade científica; (ii) testabilidade – podem ser testadas; (iii) devem ter sido submetidas à publicação e à revisão pelos pares; e (iv) erros dentro da margem de segurança – têm de apresentar um índice de erro conhecido ou potencial aceitável. No entanto, o teste não é aplicado para revisar as decisões tomadas pelo Congresso, mas é usado, de modo muito diferente, nas decisões relativas às agências reguladoras (Miller; Rein, 2000; Raul; Dwyer, 2003). A Suprema Corte jamais afirmou que poderia avaliar a legislação com base em seu próprio exame pericial. O controle se faz apenas sobre os materiais escritos que foram compilados durante o processo legislativo (Buzbee; Shapiro, 2001; Estados Unidos, 1994, p. 665-666). Faigman fez, no início dos anos 1990, um levantamento do uso dos fatos legislativos e não legislativos usados pela Suprema Corte: (i) quando ela valoriza a pesquisa empírica (“*Brown v. Board of Education*” e “*Roe v. Wade*”); (ii) quando ela aplica mal as bases empíricas (“*Ballew v. Georgia*”); (iii) quando ela encontra seus próprios fatos, seja interpretando mal ou ignorando dados contraditórios (“*Barefoot v. Estelle*” e “*Parham v. J. R.*”), ou quando ela mesma “encontra” os dados (“*United States v. Leon*” e “*Witherspoon v. Illinois*”); e (iv) quando muda a lei para evitar os fatos (“*Lockhart v. McCree*” e “*McCleskey v. Kemp*”). A negativa de que os elementos factuais poderiam ser considerados na aplicação da Constituição sobre as leis careceria de elementos históricos (Faigman, 1991).

A valorização e a profundidade do exame dos registros legislativos, assunções empíricas e prognósticos envolvidos variam segundo um critério de conveniência dos juízes, nem sempre fácil de justificação (ou, de tão fácil, é difícil de acreditar). Dois casos sobre direitos civis, julgados em 2013, mostram essa realidade. Em “Shelby County v. Holder”, a maioria, integrada pelos conservadores Antonin Scalia, Clarence Thomas e Samuel Alito, não precisou de mais de uma página para rever os registros legislativos, que somavam nada menos do que 15 mil páginas, e derrubar disposições importantes da *Voting Rights Act* (Lei de Direitos de Voto, em tradução livre). Pouca relevância fora dada a esse fato (Estados Unidos, 2013a).

Porém, os mesmos juízes conservadores criticaram a maioria que, no dia seguinte, em “United States v. Windsor”, declarou inconstitucional o *Federal Defense of Marriage Act* (Lei Federal de Defesa do Casamento, em tradução livre), que negava benefícios iguais aos casais homoafetivos. Na ocasião os críticos argumentaram que não foram adequadamente consideradas as evidências legislativas que levaram à aprovação da lei (Estados Unidos, 2013b). A avaliação dos “fatos legislativos”, como se observa, está submetida a jogos quase sempre velados de conveniência judicial, que resultam em inconstância e imprevisibilidade (Araiza, 2013; Cheng, 2007; Larsen, 2012; Ross, 2014).

Os exemplos de incoerência são diversos. Citemos mais dois, “Dennis v. United States” e “United States v. Robel” (Estados Unidos, 1951, 1967). No primeiro, a Corte considerou válida a conclusão do Congresso de que membros do Partido Comunista dos Estados Unidos representavam uma ameaça à segurança nacional, sendo legítima a sua eventual condenação nos termos do *Smith Act* (Lei Smith, em tradução livre). Na oportunidade, o juiz Frankfurter se valeu dos registros das audiências perante o Comitê de Atividades Antiamericanas da Câmara (*House Committee on Un-American Activities*) para afirmar que a Corte não poderia substituir o julgamento realizado pelo Congresso (Estados Unidos, 1951). No segundo caso, julgado dezesseis anos depois, a Corte anulou, por atentado à liberdade de associação, uma disposição do *Subversive Activities Control Act* (Lei de Controle de Atividades Subversivas, em tradução livre) que

proibia qualquer membro de uma organização comunista a trabalhar em uma instalação de defesa. No texto da decisão, na nota de rodapé 16, a Corte, de modo oposto ao entendimento anterior, afirmou que a mera participação de alguém numa organização específica não era motivo suficiente para imputar-lhe os objetivos ilegais da organização:

Diversas motivações complexas podem levar um indivíduo a se alinhar com uma determinada organização. [...] É por essa razão que a mera presença do nome de um indivíduo nas listas de membros de uma organização é insuficiente para imputar a ele os objetivos ilegais da organização (Estados Unidos, 1967, p. 389, tradução nossa).³⁸

A falta de uma metodologia clara e consistente (ou a falta de vontade) na verificação das constatações legislativas leva, além de conflitos com o Congresso, a um desprestígio da própria Corte (Raul; Dwyer, 2003). Mesmo em domínios mais amplos do que o uso de dados legislativos no controle de constitucionalidade, a Corte demonstraria uma disposição de invocar considerações empíricas de maneira dissimulada, para mascarar um motivo oculto, o que seria incompatível com os princípios científicos e de uso adequado de evidências empíricas (Kolitch, 2006).

De toda sorte, o que a literatura jurídica tem observado é que as decisões da Suprema Corte se valem cada vez mais de elementos empíricos, métodos e convenções científicas, em busca de conferir maior objetividade e acerto a suas decisões. A dúvida que se aponta é se conseguirá empregar corretamente o discurso científico em meio a seus juízos de conveniência e inclinações ideológicas ou a suas pré-compreensões, inclusive aquelas orientadas pela formação jurídica (Bryant, 2009, p. 468; Meares, 2002; Zick, 2002, p. 140). Há quem ainda se mostre mais cético, em função das limitações de apoio técnico para que os juízes façam as incursões empíricas necessárias a seus julgamentos:

38 *“A number of complex motivations may impel an individual to align himself with a particular organization. [...] It is for that reason that the mere presence of an individual’s name on an organization’s membership rolls is insufficient to impute to him the organization’s illegal goals.”*

Diferentemente de um órgão legislativo, os tribunais (até mesmo a Suprema Corte) lidam com fatos legislativos sem uma equipe especializada, sem um exército de lobistas dispostos a fornecer estatísticas e dados para apoiar suas causas e sem a capacidade de intimar aqueles que podem ter as informações necessárias para avaliar a questão em foco. Essas deficiências institucionais são bem reconhecidas por acadêmicos e membros do Judiciário (Larsen, 2012, p. 1259, tradução nossa).³⁹

Tribunais europeus

A relevância do exame empírico e de evidências para decisões legislativas – extensíveis, por mais razão, às administrativas – também tem sido identificada nas decisões tomadas pelo Tribunal Europeu de Justiça (TEJ) (Lenaerts, 2012) e, mais timidamente, pela European Court of Human Rights (ECHR, ou Tribunal Europeu de Direitos Humanos) (ECHR, 2005a, 2008). Sob análise dos princípios da proporcionalidade e consistência: “o TEJ não reluta em seguir uma abordagem que se concentra em aprimorar o processo de tomada de decisão das instituições da UE [União Europeia], em vez de questionar suas conclusões substantivas” (Lenaerts, 2012, p. 15, tradução nossa).⁴⁰ Com a leitura contrária, embora admitindo que os juízes deixaram um exame puramente substantivo (Alemanno, 2013), a timidez da ECHR se deve à doutrina da “margem de apreciação” do legislador nacional, que deixa à jurisdição dos Estados a decisão sobre validade de normas e políticas suspeitas de violarem direitos humanos, sobretudo se não existir consenso na Europa sobre a matéria discutida.

39 “Unlike a legislative body, courts (even the Supreme Court) deal with legislative facts without a specialized staff, without an army of lobbyists happy to provide statistics and data to support their causes, and without the ability to subpoena those who may have the information they need to evaluate the question at hand. These institutional weaknesses are well recognized by scholars and members of the judiciary.”

40 “[...] the ECJ is not reluctant to follow an approach that focuses on improving the decision-making process of the EU institutions, rather than on second-guessing their substantive findings.”

Presume-se que as questões complexas envolvendo tais assuntos são mais bem resolvidas pelos tribunais nacionais (ECHR, 1976). Apesar dessa doutrina, não é incomum que os debates parlamentares sejam analisados para identificação das razões e da sua eventual insuficiência para embasar as normas e as políticas adotadas na fiscalização da proporcionalidade. Na segunda decisão de “Hirst v. The United Kingdom” (ECHR, 2005b), para se ter um exemplo, a Corte apontou deficiências no processo legislativo, por não terem sido identificados e sopesados os interesses em conflito. Em verdade, inexistira um debate substantivo levado a efeito pelos membros da legislatura (ECHR, 2005b).

Em “Animal Defenders International v. The United Kingdom” (ECHR, 2008), em que se discutia a validade da lei britânica que proibia a propaganda política em rádio e televisão, a Corte voltou a mostrar a relevância da qualidade da discussão parlamentar no exame de incidência da doutrina da “margem de apreciação”. Para ela, os debates e estudos realizados pela Comissão Mista sobre Direitos Humanos do Parlamento de Westminster mostravam a necessidade e proporcionalidade da medida (ECHR, 2008). Em decisões anteriores, também julgou significativo que “a medida impugnada fora objeto de considerável escrutínio parlamentar”, tendo havido “um sério debate” e busca de “ponderação dos interesses concorrentes” antes da adoção da legislação (ECHR, 2006a, p. 13, tradução nossa);⁴¹ e mais: as normas escrutinadas teriam sido introduzidas após amplo debate dos representantes eleitos democraticamente sobre as questões sociais e éticas levantadas (ECHR, 2006b, 2009). A política se deu após um “debate parlamentar detalhado”, com o ministro introduzindo-a com a ênfase “da sua extrema sensibilidade” (ECHR, 2003). Os “extratos dos debates” realizados antes da aprovação do ato deixam claro que os legisladores pretendiam mudar o cenário regulatório em benefício da “economia em geral” (ECHR, 2014).⁴²

41 “There was a serious debate on electoral deposits in the Ukrainian parliament before the legislation was adopted. In fixing the amount of the deposit, Parliament sought, inter alia, to weigh up the competing interests of deterring frivolous candidatures against that of ensuring universal franchise.”

42 Cf. OLIVER-LALANA, 2019; SAUL, 2015, p. 753.

Em “Maurice v. France”, a Corte afirmou que depois de consultar as várias pessoas e grupos de interesse envolvidos, e de serem levados em conta argumentos jurídicos, éticos e sociais, o Parlamento decidiu estabelecer um novo sistema de compensação pelo preconceito sofrido por crianças nascidas com deficiência e, assim, promover o interesse geral (ECHR, 2005a).

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça tem reiteradamente afirmado que a ele cabe o controle da apreciação do cumprimento das regras processuais, da obrigação de motivação, da exatidão material dos fatos e da inexistência de erro manifesto de apreciação ou de abuso de poder (União Europeia, 1985, 2001). Em 2011, aplicando essa orientação de modo mais vertical a ponto de quase invadir o “espaço de discricionariedade da Comissão”, o Tribunal afirmou que

No que concerne ao controle de legalidade, o Tribunal de Justiça decidiu que, embora em áreas que envolvem avaliações econômicas complexas a Comissão disponha de um certo grau de discricionariedade em questões econômicas, isso não significa que os tribunais da União Europeia devam se abster de fiscalizar a interpretação da Comissão sobre informações de natureza econômica (União Europeia, 2011a, [n. p.], tradução nossa).⁴³

Aliás, essa intervenção se revela na apuração do “erro manifesto de apreciação”, pois o Tribunal está autorizado a verificar se os fatos examinados são pertinentes, exatos e coerentes a ponto de justificarem as conclusões da Comissão (Saul, 2015, p. 753 *et seq.*). Nesse sentido, reiteradamente se tem afirmado que o juiz comunitário deve verificar não apenas a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência,

43 “As regards the review of legality, the Court of Justice has held that whilst, in areas giving rise to complex economic assessments, the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters, that does not mean that the Courts of the European Union must refrain from reviewing the Commission’s interpretation of information of an economic nature.”

[...] mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram (União Europeia, 2007, [n. p.]).

Ao não limitar a análise sobre a Comissão considerar ou ignorar elementos relevantes para a política adotada, o Tribunal “deve decidir, no âmbito dessa fiscalização, se as eventuais omissões da Comissão são susceptíveis de pôr em causa a sua conclusão” (União Europeia, 2007, [n. p.]).

A aprovação de regulamentação ou a adoção de uma política comunitária devem ser precedidas de um estudo sobre os prováveis efeitos socioeconômicos (União Europeia, 2006). Segundo a jurisprudência do Tribunal, o princípio da proporcionalidade exige que os atos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do adequado e do necessário à realização dos objetivos legítimos conduzidos pela regulamentação em causa (União Europeia, 2006). Para que os juízes possam fazer essa análise, as instituições devem, pelo menos, apresentar e expor, de forma clara e inequívoca, os dados de base que deviam ter sido considerados para fundamentar as medidas adotadas e dos quais dependia o exercício do seu poder de apreciação (União Europeia, 2006). O Tribunal de Justiça concluiu que

[...] o Conselho, autor do Regulamento n.º 864/2004, não demonstrou ao Tribunal que o novo regime de ajuda ao algodão instituído por este regulamento tinha sido adoptado mediante um exercício efectivo do seu poder de apreciação, que implicava a tomada em consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes do caso em apreço, entre os quais todos os custos salariais ligados à cultura do algodão e a viabilidade das empresas de descaroçamento, cuja tomada em consideração era necessária para a apreciação da rentabilidade desta cultura (União Europeia, 2006, par. 133).

Alguns exemplos demonstram um exame da razão técnica utilizada. Assim, por exemplo, a Corte considerou desproporcional um dispositivo de uma diretiva de 2004 (nº 113), que permitia diferenças proporcionais nos prêmios e benefícios de seguros de indivíduos, usando o sexo como fator determinante na avaliação de riscos com base em dados atuariais e estatísticos relevantes e precisos. Para a Corte, as seguradoras precisariam encontrar bases mais objetivas para calcular seus prêmios (União Europeia, 2011b).

Considera-se, por exemplo, o caso “Léger”, no qual se discutiu a validade da política de saúde pública francesa que proibia a doação de sangue por homossexuais do sexo masculino, com base em estatísticas de que a infecção pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) ocorria com frequência muito maior em relações sexuais entre homens. O Tribunal considerou que, mesmo diante do risco significativamente maior de contração de doenças como o HIV entre homossexuais do sexo masculino, a contraindicação permanente à doação de sangue por tais pessoas violava o princípio da não discriminação em razão de orientação sexual, nos termos do artigo 21 (par. 1º), da Carta dos Direitos Fundamentais (União Europeia, 2000). Segundo o Tribunal, a França deveria recorrer a técnicas eficazes para garantir um alto nível de proteção à saúde dos receptores, sem criar uma política discriminatória.

O Governo francês e a Comissão realçam, todavia, que, no estado atual da ciência, existe uma “janela silenciosa”, período posterior a uma infecção viral e durante o qual os marcadores biológicos usados na despistagem da dádiva de sangue se mantêm negativos, apesar da infecção do dador. São, portanto, as infecções recentes que apresentam um risco de não detecção nos testes de despistagem e, por consequência, de transmissão do HIV ao receptor. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, nessa situação e no âmbito do respeito do princípio da proporcionalidade, há técnicas eficazes de detecção do HIV para evitar a transmissão desse vírus aos receptores, devendo realizar-se os testes de acordo com os procedimentos científicos e técnicos mais recentes, em conformidade com o considerando

29 da Diretiva 2002/98. Em especial, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se os progressos da ciência ou da técnica sanitária, atendendo designadamente ao custo de colocação sistemática em quarentena das dádivas de sangue dos homens que tiveram relações sexuais com homens ou ao de deteção sistemática de HIV para todas as dádivas de sangue, permitem assegurar um elevado nível de proteção da saúde dos recetores, sem que o ónus daí resultante seja excessivo face aos objetivos de proteção da saúde pretendidos. Por outro lado, admitindo que, no estado atual da ciência, não existe técnica que responda às condições impostas nos n.ºs 63 e 64 do presente acórdão, uma contraindicação permanente da dádiva de sangue para todo o grupo constituído por homens que tiveram relações sexuais com homens só é proporcionado se não houver métodos menos restritivos para assegurar um elevado nível de proteção da saúde dos recetores (União Europeia, 2015, [n. p.]).

Experiências de controle de prognose

A seguir pretende-se analisar a experiência do controle de prognose legislativa em três países: Alemanha, Canadá e Portugal, uma vez que esses países se destacam na literatura da temática pesquisada. O Brasil sofreu maior influência da Alemanha e tem proximidade de contexto com Portugal. Já os sistemas dos Estados Unidos e do Canadá apresentam semelhanças.

Alemanha

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA) ganhou projeção internacional por ser, se não o pioneiro – atributo em geral conferido à Suprema Corte norte-americana –, o que melhor desenvolveu a técnica de avaliação empírica das prognoses legislativas (Rose-Ackerman; Egidy; Fowkes, 2015, p. 19). Em um multicitado levantamento feito no início dos anos 1970, foram identificados, entre 1950 e 1970, no repertório jurisprudencial do TCFA, 208 menções a “fatos legislativos”, dentre os quais havia 75 referências à expressão “prognoses” (Philippi, 1971, p. 193).

Boa parte da literatura constitucional alemã não vê com bons olhos um eventual controle de constitucionalidade baseado em evidências, até pelo fato de não haver uma obrigação legislativa de apresentar os fundamentos de suas decisões (Geiger, 1979, p. 141; Waldhoff, 2016, p. 132). Para muitos autores, no entanto, o artigo 26(1) da Lei Orgânica do TCFA (*a Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG*), que a ele impõe o dever de

colher as provas necessárias para o estabelecimento da verdade, abriria espaço para um controle de constitucionalidade baseado em evidências, o que pressupõe um dever legislativo de fundamentação (Meßerschmidt, 2016, p. 215 *et seq.*). Um dever que seria ainda decorrente do princípio democrático (Kischel, 2003, p. 63 *et seq.*) e de eficiência e racionalização do processo legislativo (Ossenbühl, 1976, p. 163).

Embora, por prudência ou autocontenção, o TCFA evite expressar uma obrigação legislativa de fundamentar suas decisões e prognoses (Alemanha, 1992), ele costuma exigir o atendimento de certos requisitos do processo legislativo, que, pelo menos, de modo oblíquo, demanda uma tarefa de justificação das decisões do legislador.

Além do que se segue, note-se, por exemplo, no caso sobre “equalização financeira III” (“Finanzausgleich III”), os atributos que necessariamente deveriam ser atendidos pela lei: (i) a lei, em sua generalidade formal, com o primeiro dever de interpretar a Constituição, molda o futuro de maneira racional e planejada, pressupondo uma certa permanência regulatória, que estende sua aplicação a um número indefinido de casos futuros; (ii) a legislação deve conter disposições compreensíveis e ter base factual; (iii) o mandato legislativo dos artigos 2º, 3º, 106 e 107 requer uma lei que estabeleça bases racionais para seu atendimento; (iv) a legislação estabelece critérios abstratos para consequências financeiras concretas, nas quais o legislador presta contas a si próprio e ao público, além de garantir a transparência do Estado de Direito na distribuição de fundos (Alemanha, 1999).⁴⁴

Na apuração do acerto das prognoses, por exemplo, algo que seria impensável dizer é que não há um dever legislativo de justificação. Com isso, a jurisprudência do TCFA desenvolveu quatro processos ou testes para avaliação da racionalidade das leis: *Modellverfahren*, *Trendverfahren*, *Testverfahren*, *Befragungsverfahren*. O chamado *Modellverfahren*, ou “processo-modelo”, recorre aos métodos de predição das ciências sociais com base em fatos relevantes para extrair cenários e conclusões possíveis; o *Trendverfahren*, ou “processo de tendência”, avalia a evolução de certas

44 Cf. ALEMANHA, 2006.

tendências no tempo, relativas à matéria em exame; o *Testverfahren*, ou “processo de teste”, baseia-se no princípio de amostragem de dados empíricos, inclusive sociais, a partir dos quais são feitas projeções; e o *Befragungsverfahren*, ou “processo de entrevista”, funciona como uma importante ferramenta de racionalização, em que se busca identificar intenções dos agentes que integram o processo deliberativo (Gusy, 1985, p. 178 *et seq.*; Mendes, 2000; Zhang, 2010, p. 90 *et seq.*).

Deve-se notar que uma proposta parlamentar que impunha o dever de o TCFA se vincular juridicamente à investigação legislativa não foi aprovada (Ossenbühl, 1976, p. 462). O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, além das sustentações orais, pode delegar a outra corte a apuração sobre fatos e pessoas, mediante perícias e depoimentos, desde que a medida se dê em respeito ao cumprimento da Constituição. Apenas de modo excepcional o TCFA obtém evidências de fatos em um procedimento formal, pois, de acordo com o art. 33(2) da BVerfGG (Lei Orgânica do TCFA – Alemanha, [1951] [s. d.]), ele há de (ou, para alguns, pode, apenas se assim desejar) respeitar os juízos sobre fatos realizados pelos tribunais ordinários. Em verdade, exige-se uma produção probatória quase exauriente no âmbito desses tribunais (Meßerschmidt, 2016, p. 217).

A busca por uma metodologia que imprima maior correção na fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis é uma constante preocupação do TCFA. No caso da “Codeterminação Corporativa”, julgado em 1979 (Alemanha, 1979), o Tribunal estabeleceu um “modelo de estágio” do controle de constitucionalidade das prognoses, de acordo com a importância dos interesses jurídicos. Este modelo pode variar de uma mera verificação de erros evidentes – incluindo escolhas de meios flagrantemente contrários aos fins perseguidos (*Evidenzkontrolle*) – até uma simples verificação da sua razoabilidade ou plausibilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) – a se investigar se o legislador realizou uma avaliação objetiva e justificável de todos os elementos de conhecimento disponíveis, bem como das consequências correlatas. Em suas variações, o modelo pode, ainda, empregar um escrutínio rigoroso (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*), em que se examina se o sacrifício de um interesse jurídico-constitucional fora devidamente justificado pela proteção de

outro interesse jurídico relevante, segundo o juízo de proporcionalidade estrita ou de ponderação, valendo-se das “avaliações e valorações fáticas” feitas pelo legislador.

No entanto, em outros contextos, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal usou padrões diferenciados ao avaliar previsões legislativas, com base no controle de evidências (Alemanha, 1979, p. 333).⁴⁵

Em diversos extratos de jurisprudência do TCFA, a possibilidade de controle de constitucionalidade das prognoses legislativas, ainda que com limitações, é reiterada. Já se afirmou, por exemplo, que o Tribunal não está sujeito a qualquer restrição para verificar a exatidão ou a integridade das circunstâncias e dos fatos, atuais ou pretéritos, que embasaram uma prognose legislativa. O veredicto da inconstitucionalidade, segundo o TCFA, depende, no entanto, do fato de que a lei se baseie em uma determinação factual incorreta por parte da legislatura, de modo que nenhuma outra consideração relevante possa ser usada para justificá-la (Alemanha, 2002).

O Tribunal pode, na avaliação de fatos atuais ou pretéritos, analisar se o legislador realizou a melhor investigação possível ou se ele ignorou fatos relevantes. Nesse sentido, a demanda pela investigação mais “completa” pode razoavelmente se relacionar apenas a fatos importantes para a respectiva área regulatória (Alemanha, 2002). Ao legislador deve ser concedida, dentro de certos limites, a seletividade desses fatos.

Não se pode negar ao Tribunal espaço de apreciação, ainda que venha a cometer erros em suas previsões. Assim, o TCFA pode, respeitando determinados limites, ser autorizado a correr esse risco sem medo de uma avaliação constitucional negativa (Alemanha, 2002), mas, se as incertezas puderem ser eliminadas por meio de dados empíricos e normativos, não há margem de previsão insindicável (Alemanha, 2002). Como se viu no modelo de estágio da avaliação judicial, a margem de prognóstico só pode ser determinada em cada caso, levando-se em conta as particularidades

45 Cf. ALEMANHA, 1993b, 1997; MEßERSCHMIDT, 2016.

dos fatos e a dificuldade da previsão, segundo uma “visão geral” tanto relacionada ao sujeito quanto aos interesses a serem protegidos, não podendo negligenciar a extensão da objetividade e a racionalização das expectativas subjacentes à lei (Alemanha, 2002). Destaca-se ainda: os legisladores têm direito a uma prerrogativa de avaliação a esse respeito; no entanto, o controle de constitucionalidade não se limita a um mero controle de defensibilidade, isto é, de verificação limitada de adequação. A avaliação constitucional depende da justificativa objetiva da avaliação do legislador (Alemanha, 2014).

Equívocos provocados por fatores que poderiam ser controlados pelo legislador, como falta de tempo ou aconselhamento insuficiente, devem ser corrigidos, pois escapam da margem discricionária de previsão (Alemanha, 2002). De qualquer maneira, a prognose deve se basear em suposições factuais cuidadosamente determinadas, que, em qualquer caso, podem ser confirmadas no curso da revisão judicial (Alemanha, 2002).

O emprego desses processos e modelos nem sempre é muito coerente ou previsível. Não se sabe em qual modelo exatamente se enquadram muitas das decisões.⁴⁶ Vejam-se, por exemplo: a constitucionalidade da Lei de Assistência Geriátrica, com providências, vigor e execução (Alemanha, 2002); a inconstitucionalidade da Lei sobre Professor Júnior (Alemanha, 2004a); e a constitucionalidade de lei que estipulava cobrança de taxa sobre filmes (exibição, aluguel etc.) (Alemanha, 2014; Meßerschmidt, 2016, p. 224). A jurisprudência do TCFA deixa muitas perguntas sem respostas, além de apresentar contradições (Meßerschmidt, 2016, p. 218). Em geral, essas inconsistências ocorrem no âmbito do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) e dos princípios da igualdade e da não discriminação (*Willkürverbot*).

O Tribunal tem afirmado que o conteúdo e os limites do princípio da proporcionalidade não são abstratos e só podem ser determinados com base em fatos, cuja avaliação se modifica de acordo com as áreas de

46 Cf. ALEMANHA 2002, 2004b, 2014; MEßERSCHMIDT, 2016.

regulamentação afetadas em cada caso (Alemanha, 2011). A mesma ordem de ideia é aplicada ao princípio da igualdade (Meßerschmidt, 2016, p. 218).

As limitações institucionais para realizar uma “meta-avaliação” dos “fatos legislativos” e o princípio da separação dos poderes terminam por fazer com que o Tribunal reconheça um amplo espaço de conformação legislativa imune à fiscalização. A expressão “fatos legislativos” contempla causas e efeitos das questões sociais, culturais, econômicas e políticas que são considerados pela legislação. Desse modo, os “fatos legislativos” são premissas teóricas e/ou empíricas utilizadas pelo legislador na elaboração das leis. Eles incluem tanto os fatos históricos quanto os contemporâneos e os eventos futuros (Keeton, 1988).

Em princípio, as regulamentações econômicas, como as políticas fiscais, as legislações sobre o mercado de trabalho ou para promoção da justiça social, situam-se no juízo discricionário do legislador (Bickenbach, 2016, p. 248; Meßerschmidt, 2016, p. 224), mas não só. Também estão em seu âmbito leis sobre o aborto, o uso de *Cannabis sativa*, a engenharia genética, a energia nuclear e o incesto entre irmãos. Para justificar essa deferência, o Tribunal recorre à *Einschätzungsprärogative* (prerrogativa de avaliação), por tais temas envolverem incerteza epistêmica (Flückiger, 2016; Vermeule, 2006), por serem muito complexos e por dividirem opiniões de especialistas (Alemanha, 2008a, 2008b) ou por não comportarem uma discussão judicial, em virtude das limitações do tempo processual.⁴⁷

No caso do aborto, afirmou-se que a revisão constitucional avalia se o legislador considerou suficientemente as peculiaridades da área regulada, as possibilidades de se fazer um julgamento correto – em especial sobre os desdobramentos futuros – e a importância dos interesses jurídicos em jogo, lidando com sua discricionariedade de maneira razoável (Alemanha, 1993a).

No caso da *Cannabis sativa*, a dúvida e estudos inconclusivos davam respaldo às prognoses legislativas: não se tinha ainda encerrado o debate

47 Cf. ALEMANHA, 2008a.

sobre qual seria a melhor política criminal para se conseguir uma redução no consumo de *Cannabis sativa*, se pelo efeito preventivo geral do Direito Penal ou por meio da liberação do uso. O conhecimento científico (incompleto) sobre o assunto tampouco permitia uma conclusão sólida (Alemanha, 1994).

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

No caso da energia nuclear,

[...] em uma situação que é necessariamente repleta de incertezas, é responsabilidade política do legislador e do governo, principalmente, tomar as decisões que considerem apropriadas, dentro do escopo de suas respectivas competências. Nessa situação, não é tarefa dos tribunais substituir os órgãos políticos

designados para fazê-lo. Porque, a esse respeito, há uma falta de padrões jurídicos (Alemanha, 1978, [n. p.], tradução nossa).⁴⁸

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

A deferência é ainda verificada com o emprego das técnicas de declaração intermediária de inconstitucionalidade (Meßerschmidt, 2016, p. 229), quase sempre acompanhada de uma ordem de monitoramento (*Beobachtungspflicht*) – nos casos relacionados ao aborto e nos relacionados ao uso de *Cannabis sativa* (Alemanha, 1994, 2008a) – e de correção (*Nachbesserungspflicht*) – nos casos do julgamento universitário e da Universidade de Brandeburgo e nos relacionados ao aborto (Alemanha, 1973, 1993a, 2004a). Se for possível ver nesse expediente um instrumento de protelação para evitar conflitos interinstitucionais, deve-se ter em

48 “In einer notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe.”

conta que o descumprimento dos deveres impostos leva o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade.⁴⁹

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

Alguns casos servem melhor à compreensão do trabalho do Tribunal. Uma lei da Baviera condicionava a instalação de novas farmácias a uma autorização administrativa que deveria ter em conta o interesse público e o impacto econômico de novas unidades sobre as farmácias já instaladas. Com base nessa lei, o governo da Alta Baviera indeferiu o pedido para o estabelecimento de uma nova farmácia, argumentando que já havia uma unidade na cidade, então com 6 mil habitantes, o que seria suficiente para atender à demanda de medicamentos da população (Alemanha, 1958).

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

A liberdade de instalação na Suíça, por exemplo, não constituía qualquer ameaça à saúde pública. Também parecera equivocada ao Tribunal a

49 Cf. ALEMANHA, 1963, 1964, 1972, 1974, 1977, 1980, 1981, 1989a, 1993a, 1997; MEßERSCHMIDT, 2016.

suposição legislativa de que a liberdade de estabelecimento de farmácias levaria a uma multiplicação ilimitada de unidades, pois desconsiderava o cálculo mercadológico do empreendimento. Além disso, não lhe convencera o argumento de que a queda da renda dos farmacêuticos promoveria o descumprimento de seus deveres legais, pois, de acordo com o Tribunal, não se pode dizer, em geral, que o farmacêutico que trabalha sozinho não seja objetivamente capaz de exercer suas obrigações legais com consciência (Alemanha, 1958). Tampouco a possibilidade de o aumento da concorrência, com impacto na renda, acarretar alguma tentação de contornar regulamentações poderia justificar uma espécie de garantia de renda mínima aos profissionais, considerando que as violações de deveres profissionais nem sempre são o resultado de dificuldades econômicas e que casos desse tipo devem ser punidos individualmente (Alemanha, 1958). Finalmente, o alegado temor de que o aumento da quantidade de farmácias locais levaria necessariamente à maior procura de medicamentos decorreria de um erro de avaliação. No processo, a opinião dos *experts* mostrou outras razões que tenderiam a induzir mais o consumo de remédios do que o número de estabelecimentos em atividade (Alemanha, 1958).

No caso “Transexuais II”, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um artigo do Código Civil que negava aos transexuais menores de 25 anos a mudança do primeiro nome, o que era permitido aos mais velhos (Alemanha, 1993b). Entendeu-se que a diferença de tratamento se baseava em características pessoais e produzia um impacto significativo nos direitos da esfera pessoal, particularmente no direito à vida íntima e sexual, campo em que se deveria aplicar um escrutínio mais rigoroso na apreciação da prognose legislativa (Alemanha, 1993b).

O Tribunal, assim, identificou a inconstitucionalidade na suposição de que era necessária uma medida de prevenção para que as pessoas não realizassem uma escolha tão importante numa idade, a princípio, mais propensa a decisões precipitadas. Para o Tribunal, se essa suposição poderia ter alguma justificativa ao tempo da aprovação legislativa, ela já não mais subsistia. Dois especialistas ouvidos pelo Tribunal chegaram à conclusão de que, nessa faixa etária, existiria uma alta probabilidade

de a transexualidade ser definitiva (Alemanha, 1993b). A permissão que a lei dava ao transexual para mudança de nome tinha como objetivo proporcionar-lhe um período de experiência na nova identidade de gênero antes de decidir submeter-se ao procedimento médico tão grave (Alemanha, 1993b). Negar essa opção aos transexuais mais jovens poderia ser particularmente sensível, comprometendo o esforço de garantir-lhes uma vida que realmente corresponda aos seus sentimentos (Alemanha, 1993b).

Um último exemplo mostra a tendência mais frequente de o Tribunal, ao analisar os fatos legislativos, reconhecer o espaço discricionário do legislador para conformação normativa. Trata-se de um caso julgado em 1975, em que se debatia a legislação sobre moinhos e limites de moagem (“Mühlenstrukturgesetz”). O TCFA valeu-se das transcrições dos debates nas comissões parlamentares para concluir que a lei que interferia na liberdade profissional não resultara das pressões de grandes empresas, mas da perseguição do interesse geral; no caso, a política agrícola, social, industrial e de suprimentos alimentícios (Alemanha, 1975).

Em seu julgamento, o Tribunal aferiu os dados empíricos – e não apenas os que constaram nos registros parlamentares – que demonstravam a crise na indústria de moagem e a adequação das medidas adotadas pelo legislador. Esses elementos convenceram-no de que o legislador usara os meios de informação e conhecimento disponíveis à época da aprovação da lei para consecução de um fim constitucionalmente legítimo (Alemanha, 1975). Esse entendimento também foi exposto no caso da Lei de Participação (BVerfGE 50, 290) nos relatórios da comissão parlamentar e nas audiências públicas (Alemanha, 1979).

Segundo o Tribunal, a incerteza sobre os efeitos de uma lei não pode inibir a sua aprovação, mesmo que seja capaz de produzir grandes consequências. Toda previsão sobre essas consequências sempre contém um juízo de probabilidade, que, no entanto, deve ser devidamente fundamentado no processo legislativo. Se a previsão em si (e seus eventuais erros) pode escapar à fiscalização judicial, o juízo de probabilidade, não. A sindicabilidade da previsão se dá, na verdade, sobre o cálculo das probabilidades,

que leva em conta as informações disponíveis e o conhecimento sobre a matéria num ambiente participativo, sendo maior ou menor de acordo com vários fatores, mas, principalmente, com os interesses em jogo. Desse modo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal usou padrões diferenciados ao avaliar previsões legislativas em domínios distintos, com base no controle de evidências (Alemanha, 1979).

Para o TCFA, quando estiverem em discussão direitos como a vida e a liberdade individual, aumenta-se a exigência de previsibilidade ou até de presença de “certezas suficientes” (Alemanha, 1979). No âmbito da política econômica, no entanto, o controle é muito mais deferente ao legislador, pela suposição de que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁵⁰ (Alemanha, [1949] [s. d.]) dá a ele maior espaço de avaliação. Ainda assim, ele deve demonstrar que se baseou correta e suficientemente no conhecimento disponível à época em que a lei foi promulgada (Alemanha, 1975).

Se os estudos parlamentares forem suficientes para concluir que o Parlamento adotou uma política legislativa justificável, não será possível exigir que os resultados obtidos pela legislação sejam inteiramente precisos, uma vez que “erros no curso do desenvolvimento econômico devem ser aceitos” (Alemanha, 1975, [n. p.], tradução nossa).⁵¹ Entretanto, como afirmou no caso da Lei de Participação (ou Codeterminação), “a avaliação associada dos efeitos da lei pode ser considerada justificável, mesmo que posteriormente mostre-se parcial ou totalmente equivocada”, hipótese em que “o legislador é obrigado a corrigi-la” (Alemanha, 1979, [n. p.], tradução nossa).⁵² Isso porque, ao aprovar uma lei, a maioria parlamentar

50 A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, também conhecida como Lei Fundamental de Bonn, ou Lei Básica de Bonn, promulgada em 1949, foi inicialmente elaborada com o objetivo de ser uma lei provisória para a Alemanha Ocidental. Posteriormente, porém, após a queda do Muro de Berlin, tornou-se a constituição permanente da Alemanha reunificada.

51 *“Sofern er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel benutzt hat, müssen Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung in Kauf genommen werden.”*

52 *“[...] so ist die damit verbundene Beurteilung der Auswirkungen des Gesetzes als vertretbar anzusehen, mag sie sich später auch teilweise oder gänzlich als Irrtum erweisen, so daß der Gesetzgeber zur Korrektur verpflichtet ist.”*

assume a responsabilidade não apenas pelo resultado promulgado, mas também por sua justificativa (Alemanha, 1989b).

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal também não reconhece um dever de fundamentação dos atos legislativos (Alemanha, 1992), o que é acompanhado por parte da literatura constitucional (Geiger, 1979, p. 141; Meßerschmidt, 2016, p. 216-217; Waldhoff, 2016, p. 132). Certo é que a análise da jurisprudência da referida Corte revela diversas incursões nos fatos legislativos (Rose-Ackerman; Egidy; Fowkes, 2015, p. 19). Como destacado anteriormente, em um levantamento feito em sua jurisprudência, foram localizadas 208 menções a “fatos legislativos” entre 1950 e 1970, incluindo 75 referências expressas às prognoses realizadas pelo legislador (Philippi, 1971, p. 193).

O Tribunal elaborou, inclusive, uma metódica de aferição dos prognósticos legislativos, de acordo com a importância dos interesses jurídicos, partindo de uma mera verificação de erros evidentes (*Evidenzkontrolle*) a uma simples análise da sua razoabilidade ou da plausibilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) dos elementos de conhecimento disponíveis, até, enfim, a realização de um escrutínio rigoroso (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*) dos interesses em conflito, por meio do juízo de proporcionalidade em sentido estrito ou de ponderação, recorrendo a avaliações e ponderações empíricas que o legislador realizou ou deveria ter realizado (Alemanha, 1979).

A Corte afirmou que seu poder de controle da constitucionalidade das leis não estaria submetido a restrições para analisar a correção, integridade e completude dos elementos factuais que fundamentem a prognose legislativa (Alemanha, 1978, 1994, 2002, 2004a). Ao legislador deve ser deixado um amplo espaço de apreciação, ainda que cometa erros em suas previsões, pois lhe é autorizado a correr esse risco sem medo de uma avaliação constitucional negativa (Alemanha, 2002). Se, todavia, as incertezas puderem ser eliminadas por meio de investigações empírico-normativas, essa eliminação deve ser realizada, sob pena de censura de inconstitucionalidade (Alemanha, 2002). O emprego dessa

doutrina nem sempre é muito coerente ou previsível, deixando uma série de perguntas sem respostas (Meßerschmidt, 2016, p. 218).

Canadá

A Suprema Corte do Canadá, embora sem muita constância, utiliza os debates parlamentares como argumento de validade das normas. Em “Sauvé v. Canada”, por exemplo, a Corte anulou a seção contenciosa da Lei Eleitoral, reconhecendo que os debates parlamentares teriam sido deficientes, oferecendo mais “fulminação que iluminação” (Canadá, 2002). A Corte canadense, porém, é tímida em suas incursões sobre as bases empíricas do processo legislativo, fazendo-o, quase sempre, no âmbito do “teste de Oakes”, que é a versão canadense do princípio da proporcionalidade (Choudhry, 2006; Petersen, 2011).

As incursões, em verdade, são feitas mais para confirmação dos juízos legislativos. As incertezas científicas, inclusive das ciências sociais, dão ampla margem de apreciação ao legislador. Em “Irwin Toy Ltd. v. Quebec”, a Corte julgou constitucional a lei de Quebec que proibia publicidade comercial direcionada a menores de 13 anos. Em sua análise, os juízes recorreram a um relatório da Federal Trade Commission (Comissão Federal de Comércio, em tradução livre) dos Estados Unidos, em que se constatou que as crianças menores de 6 anos eram incapazes de distinguir fato de ficção, sendo facilmente manipuladas pelas propagandas. A capacidade cognitiva de distinção se desenvolveria entre os 7 anos e a adolescência. Assim, 13 anos seria uma idade fronteiriça, mas, se o legislador fez “uma avaliação razoável” de em qual idade deveria ser traçada a linha dentro dessa faixa etária, especialmente se a avaliação envolvesse evidências científicas conflitantes, não caberia à Corte substituir sua opção (Canadá, 1989).

A regra da deferência admite exceções, aqui apresentadas em duplas para demonstrar as potencialidades da jurisprudência da Corte (Petersen, 2011). Em “RJR-MacDonald Inc. v. Canada”, o Tribunal declarou a

inconstitucionalidade da lei que estabelecia uma proibição total à publicidade ao tabaco (Canadá, 1995). Indagou-se se a prognose do legislador de que a publicidade ao tabaco realmente aumentava o consumo de cigarro era correta. Após uma ampla discussão sobre os tipos de publicidade e seus efeitos sobre o estilo de vida das pessoas, a Corte concluiu que o legislador não teria se desincumbido plenamente do ônus de provar que a política de vedação absoluta da publicidade promoveria o fim perseguido: a redução do consumo do cigarro (Canadá, 1995).

Conclusão muito semelhante pode ser encontrada em “Chaoulli v. Quebec”, em que se considerou desarrazoada a norma quebequense que proibia a existência de um sistema privado de seguro de saúde alternativo ao público (Canadá, 2005). A norma foi fundamentada no argumento de que a introdução de um sistema privado criaria um modelo concorrencial adverso e diminuiria a qualidade do sistema público, com prejuízo aos grupos sociais mais vulneráveis. A maioria do Tribunal considerou, contudo, que não havia provas suficientes da efetividade, mas mera “proposição de bom senso de que a melhoria dos serviços de saúde depende[ria] da exclusividade” (Canadá, 2005, [n. p.], tradução nossa).⁵³

Os juízes deram exemplos de outras províncias canadenses e de países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), onde sistemas paralelos poderiam coexistir sem prejuízos para os serviços públicos de saúde, desde que o legislador adotasse medidas para evitar abusos (Canadá, 2005). São poucos os exemplos que, como foi dito, revelam as potencialidades do entendimento da Corte, embora seja demasiadamente prematuro afirmar que ela venha a adotar um exame de constitucionalidade baseado em evidências (Choudry, 2006; Petersen, 2011; Rivers, 2006).

A título de comparação, o Tribunal Constitucional da Colômbia é outro que considera relevante o debate parlamentar para o escrutínio de constitucionalidade das leis. Para esta Corte, o objetivo das normas constitucionais é de sempre potencializar a democracia, tornando o debate no

53 “*Their conclusions were based on the ‘common sense’ proposition that the improvement of health services depends on exclusivity.*”

Congresso colombiano amplo, transparente e racional (Colômbia, 2002). É inerente a este debate a exposição de ideias, critérios e conceitos diversos e até contrários, num ambiente de confrontação sério e respeitoso, assim como o exame das distintas possibilidades e a consideração coletiva bem-fundamentada das repercussões de um projeto de lei (Colômbia, 1997). A Constituição exige que tanto o debate quanto a votação sejam realizados corretamente, pois, do contrário, a lei resultante poderá não ser válida (Oliver-Lalana, 2019).

Portugal

No Tribunal Constitucional português, o assunto é, vez por outra, levantado, embora quase sempre no âmbito da aplicação do princípio da proporcionalidade e com atenção especial a um amplo poder de avaliação legislativa. Para não nos alongarmos muito, tomemos os acórdãos firmados sobre as medidas de austeridade que o país adotou após a crise de 2008, durante o período de vigência do chamado Programa de Ajustamento Econômico e Financeiro (Paef).

Em breve síntese, no Acórdão nº 396/2011, o Tribunal julgou constitucionais as reduções remuneratórias de servidores públicos. Tais reduções apoiavam-se “numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador” (Portugal, 2011, p. 41104). Em sua fundamentação, o Tribunal entendeu que, por força de compromissos, com instâncias europeias e internacionais, de redução do déficit fiscal a curto prazo, “só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável” (Portugal, 2011, p. 41104). Também considerou que, por não haver

[...] razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente,

de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental (Portugal, 2011, p. 41104).

Não haveria atentado à igualdade, pois

[...] quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual (Portugal, 2011, p. 41104).

O grau de deferência foi diminuindo com o passar do tempo. No Acórdão nº 353/2012, discutia-se a revogação de duas prestações mensais (os subsídios de férias e de Natal) aos pensionistas e reformados cuja pensão fosse superior a € 1.100,00, e redução parcelar dessas prestações aos que auferissem pensões superiores a € 600,00 no orçamento para 2012 (Portugal, 2012a). Aqui, entendeu-se que as medidas eram inconstitucionais por violação do princípio da igualdade. O Tribunal começa por reconhecer a gravíssima situação econômico-financeira pela qual passava o país e a necessidade de cumprimento das metas do déficit público estabelecidas junto a organismos transnacionais para garantir a manutenção do financiamento do Estado (Portugal, 2012a). A Corte afirma, entretanto, que “tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada” (Portugal, 2012a, [n. p.]).

Vejam-se as observações feitas pela juíza Maria Lúcia Amaral em declaração de voto, a demonstrar o grau de incerteza epistêmica na avaliação dos elementos empíricos:

A maioria entendeu que, por razões de evidência, era certa a existência dessas medidas alternativas quando analisado o problema sob o ponto de vista do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. A medida ablatória de parte dos

rendimentos dos trabalhadores do setor público e dos pensionistas e reformados foi julgada inconstitucional por violação deste princípio, por se entender que a *intensidade do sacrifício*, que por via dessa medida, por razões de interesse público, se impunha apenas a alguns, era tal que exigia a sua universal repartição por todos. Discordei, por estar convicta de que não dispunha aqui o Tribunal de nenhuma *evidência* que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados por estas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente os trabalhadores do setor privado) com a conjuntura económica existente. Assim sendo, foi também minha convicção que não estava a justiça constitucional epistemicamente apetrechada para invalidar, neste caso, a decisão tomada pelo legislador. Foi por isso que me pronunciei pelo juízo da não inconstitucionalidade (Portugal, 2012a, [n. p.], grifos do autor).

O princípio da igualdade tinha sido ferido (Portugal, 2013a). Assim, a mesma linha argumentativa foi aplicada para considerar inconstitucional a redução de 90% de uma prestação mensal (subsídio de férias) e a redução parcelar nos mesmos patamares anteriores para o orçamento de 2013, bem como a redução de 10% e a alteração do método de cálculo com consequências equivalentes nas pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentação (CGA), para entrar em vigor no orçamento de 2014 (Portugal, 2013b). Porém, neste último caso com um agravante: o ônus recaía apenas em uma parte do sistema público de pensões (do regime previdencial da CGA), e não sobre o sistema público de pensões ou sobre o Estado, o que, além de atentar contra a igualdade na lógica da “sustentabilidade do sistema”, violava a proteção da confiança desses pensionistas.

Com efeito, o questionamento dos direitos à pensão já constituídos na ótica da sustentabilidade do sistema público de pensões *no seu todo* e da justiça intergeracional não se opõe à redução das pensões. Tais interesses públicos poderão justificar uma revisão dos valores de pensões já atribuídas, visto que se connexionam com a alteração de circunstâncias – demográficas, económicas e financeiras – que transcendem as diferenças de

regime entre os dois sistemas públicos de pensões existentes. Mas, também por isso, os critérios de revisão a observar terão de efetivamente visar recolocar num plano de igualdade todos os beneficiários dos dois sistemas, só desse modo se assegurando o respeito pela justiça intrageracional. Nessas circunstâncias, será o sistema e seus valores, designadamente a garantia da sua sustentabilidade e a sua equidade interna, a conferir sentido aos sacrifícios impostos aos respetivos beneficiários, desse modo justificando-os e legitimando-os à luz do princípio da tutela da confiança (Portugal, 2013a, [n. p.], grifos do autor).

Considerou-se, ainda, que a reversibilidade da medida era dependente da evolução favorável de variáveis macroeconômicas relacionadas com o aumento da capacidade de financiamento do déficit estrutural do sistema de pensões, o que lhe dava um caráter provisório de indefinição. Era determinado que o legislador teria “margem de manobra para delinear o conteúdo concreto ou final do direito à pensão”, mas deveriam ser respeitados os limites constitucionais pertinentes (Portugal, 2013a, [n. p.]). O Tribunal revolveu, então, as bases de fundamento legislativo apresentadas, considerando a medida legislativa “assistêmica” e dúbia:

Por um lado, a “Exposição de Motivos” justifica-a como sendo uma medida que pretende contribuir para a reforma do sistema; por outro lado, as normas questionadas auto-intitulam-se *temporárias*, e são acompanhadas de medidas que, independentemente de serem ou não alcançáveis, visam a sua *vigência transitória* (Portugal, 2013a, [n. p.], grifos do autor).

Sem embargo, a Corte não declarou atentatória à Constituição a instituição de uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES) para aquele exercício. Na operação de proporcionalidade, considerou-a o meio adequado à promoção do interesse público de redução do déficit fiscal. Assim, também se cuidava de meio necessário ou exigível, por não existirem outros, a princípio, tão idôneos ou eficazes que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas. Escreveu o Tribunal:

[...] não se vislumbra, num critério necessariamente de evidência, a existência de alternativas que, mantendo uma coerência com o sistema no qual estas medidas se situam, com igual intensidade de realização do fim do interesse público, lesassem em menor grau os titulares das posições jurídicas afetadas (Portugal, 2013b, p. 85-86).

Tampouco, a medida lhe pareceu “desproporcionada ou excessiva”, em vista de seu caráter excepcional e transitório, além do “patente esforço em graduar a medida do sacrifício que é exigido aos particulares em função do nível de rendimentos auferidos” (Portugal, 2013b, p. 86).

Parte da literatura mostra-se crítica a esse conjunto de decisões do Tribunal, a julgar que houve um rebaixamento do direito à pensão, de fundamental a meramente legal, “[...] o Tribunal Constitucional assenta [...] na surpreendente afirmação de que o direito à segurança social protege o direito a receber uma pensão, mas não o direito a receber um certo *quantum*” (Novais, 2014, p. 76). Um último caso, agora no âmbito da política criminal, deve ser aqui lembrado. Em 2012, o Tribunal considerou inconstitucional o tipo penal do crime de “enriquecimento ilícito” instituído pelo Parlamento. Embora tenha feito incursões no Direito Comparado e nos elementos justificadores da norma, a Corte concluiu que não havia um bem jurídico claramente definido a ser penalmente tutelado, como era exigência de decisões anteriores do Tribunal. Agora, “Pune-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido” (Portugal, 2012b, [n. p.]). O tipo penal era aberto demais, a ponto de não se discernir qual a conduta incriminada. Além do mais, presumia a origem ilícita da incompatibilidade de patrimônio e rendimento “em manifesta violação do princípio da presunção de inocência” (Portugal, 2012b, [n. p.]). O tema voltou a debate em 2015, com o tipo penal do “enriquecimento injustificado”, mas, novamente, as justificativas do legislador não foram suficientes para superar os obstáculos constitucionais apresentados no julgamento anterior (Portugal, 2015).

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.

**Controle de fatos e prognoses
legislativas na jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal brasileiro**

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, 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 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 disfunções do sistema representativo e o respeito às minorias e aos direitos fundamentais davam argumentos aos que defendiam uma atuação mais ativa dos juízes na fiscalização de constitucionalidade. O legislador não teria 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. Nesse sentido, a democracia e a separação dos poderes não refutariam as decisões judiciais, mas exigiriam que os juízes analisassem a correção do processo legislativo, ainda que com sua argumentação convencional e com seus testes de racionalidade.

Entre as suas atividades de deferência quase total ao legislador e de incursões (nem sempre assumidas) no mérito das escolhas legislativas realizadas, esse entendimento passou a compor, mais recentemente, uma preocupação do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF). Esse é o objetivo do presente capítulo: 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.

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 STF. Mas realizá-la com a investigação das razões empíricas e das operações cognitivo-volitivas de prognósticos baseadas em evidências lhes era 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 (Mendes, 2000, [n. p.]).

Se, no seu entender, houvesse uma “vinculação estrita” do Tribunal aos fatos e previsões legislativas, 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 mecanismos procedimentais, por meio da “abertura do procedimento”, que permitissem uma “atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional” (Mendes, 2000, [n. p.]).

Essas ideias foram exploradas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.112-1, em que se discutia a validade de diversos dispositivos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o “Estatuto do Desarmamento” (Brasil, 2007a). 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, no caso, criminal; (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 das consequências da aplicação da norma; e (c) controle material de intensidade (*intensivierte inhaltliche 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, 2007a).

A enunciação teórica estava posta, mas a sua aplicação prática deixou 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, 2007a, p. 484). No entender do ministro Gilmar Mendes, estava demonstrada, portanto, a suficiência dos diagnósticos e prognósticos necessários para conferir legitimidade ao Estatuto, não fosse um vício na ponderação que se fez 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, 2007a).

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” (Brasil, 2012a, p. 28), nem para reduzir os índices de violência. Convenciam-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 (Brasil, 2012a, p. 28). 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” (Brasil, 2012a, p. 3). A posse justificadamente podia ser considerada crime, mas e a realidade pluriforme do Brasil? “A questão [...] de possíveis injustiças pontuais [passíveis 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” (Brasil, 2012a, p. 3). 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, 2012a). Eventuais problemas de aplicação da norma – incluindo desvios de finalidade e, portanto, de eficácia – não foram incluídos 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 (IPI) 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 retomava o 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” (Brasil, 2017a, p. 16). Observe-se bem: o recurso extraordinário, pela sua peculiaridade processual, não admitiria produção de prova, embora, em se tratando de repercussão geral, poderia permitir a manifestação de *experts*, mas, talvez, o caso fosse de baixa relevância. 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, p. 16).

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 Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) em dois, criando o Instituto Chico Mendes. Não era dado ao Supremo, agora, avançar na opção legislativa nem em suas bases empíricas, sob alegada afronta à proporcionalidade e à eficiência da 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, 2012b, p. 4).

O tema também esteve em debate no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de uma lei que revertia a decisão do próprio Supremo Tribunal, tomada nas Ações Diretas 4.430 e 4.795, 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” (Brasil, 2015a, p. 4). 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 chegou a se exigir tanto. O relator, ministro Luiz Fux, analisou a exposição dos motivos e pareceres parlamentares 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 justificação 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, p. 4).

Percebe-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 para a democracia, inclusive contra o poder das elites partidárias. 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 identidades claras, 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, 2015a).

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” (Brasil, 2003a, p. 7214). 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” (Brasil, 2003a, p. 7214). 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, p. 7214).

Encontra-se a mesma ordem de ideia no caso de transposição do rio São Francisco, em meio a questionamentos de irreversíveis danos ao meio ambiente 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, 2007b, p. 2).

Veja-se também Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874:

[...] 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. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, 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, 2018a, p. 4).

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 nos registros legislativos e em eventuais manifestações de *amicus curiae* ou de *experts* no estreito espaço da jurisdição constitucional. 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 o limite da ciência, sendo notável o voto do ex-ministro Menezes Direito, ressaltando 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, 2008a).

Em matéria ambiental, as incertezas são tema do princípio da precaução. Há, por certo, acepções variadas sobre o princípio, que vão da paralisia de toda intervenção sobre o ambiente a um juízo de proporcionalidade do fato, do custo e do benefício da intervenção (Sampaio, 2003b). Esse princípio esteve em pauta na discussão sobre os eventuais efeitos nocivos da exposição a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, gerados por sistemas de energia, à saúde humana.

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” (Brasil, 2016b, p. 2).

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 (Brasil, 2016b, p. 2).

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 afastar] da análise formal dos limites desses parâmetros e [deve privilegiar] a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública” (Brasil, 2016b, p. 2).

Dois casos demandaram a resolução de conflito de competência federativa e, ao mesmo tempo, a de conflito de comparação de modelos de políticas públicas a serem adotadas, 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 realmente causaria impactos significativos ao ambiente e à saúde humana. As legislações estaduais começaram a impor restrições mais amplas do que aquelas previstas na lei federal, que permitia o uso de asbesto crisotila.⁵⁴ O Tribunal, inicialmente, 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, 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, p. 8).

54 Também conhecido como “amianto branco”. Trata-se de um tipo de mineral fibroso que é utilizado de forma ampla pela indústria de construção civil.

Na ADI 4.066 (Brasil, 2017b) faltou quórum para declarar a inconstitucionalidade, que terminou por se fazer na ADI 3.356 (Brasil, 2017c). 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 pautou, em grande medida, a solução do segundo conflito, agora entre lei estadual e lei municipal, sobre corte da cana-de-açúcar, a segunda estabelecendo vedação plena, e a primeira vedação relativa e gradual no tempo. A ideia motriz, nos dois casos, era o fim de uma prática que degradava o ambiente e a perspectiva de sua substituição por uma 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 a produção de metano, mas 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” (Brasil, 2015b, p. 28). 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 formada por minifúndios, inapropriados para uso de máquinas, o que obrigaria diversos agricultores a arrendarem suas terras e abandonarem

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).

Com tudo isso a se considerar, o Tribunal entendeu que a solução trazida pela legislação municipal esbarrava nas máximas da necessidade e da ponderação, tendo a legislação estadual trazido uma alternativa “menos gravosa pelo ordenamento que equilibra[va] de maneira mais correta a relação custo-benefício” (Brasil, 2015b, p. 39). Vejam-se as incursões no plano empírico realizadas pelo Tribunal, pressupondo fatos legislativos que teriam dado margem às escolhas das normas, delas se valendo para optar por aquela que parecia corresponder melhor a meios menos invasivos e prognósticos mais exatos. A proporcionalidade, é certo, fora a senha para ingressar no mérito da opção legislativa 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 nº 12.651, de 25 de maio de 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” (Vermeule, 2016 *apud* Brasil, 2018b, p. 14).

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 à sociedade do procedimento de elaboração da lei. Enfatizou-se que mais de setenta audiências públicas foram realizadas, o que conferia maior transparência e adicional legitimidade às decisões legislativas, reforçando a “discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição” (Brasil, 2018b, p. 15).

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” (Brasil, 2018b, p. 14). 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, 2018b, p. 6).

O Tribunal parecia, portanto, disposto a deixar a cargo do Congresso a definição da política pública ambiental e, de arrasto, do conteúdo do direito fundamental pertinente, o que pareceria uma contradição com a determinação de fundamentalidade de um direito (Sampaio, 2013). É certo que os ministros chegaram a declarar quatro dispositivos inconstitucionais e outros seis interpretaram como compatíveis com a Constituição. Por outro lado, declararam a constitucionalidade de 33 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. Para a decisão, diversas perguntas deveriam ter sido consideradas como balizas: 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 qual motivo se alterou o marco para a medição da área de preservação ambiental ao longo de rios e cursos d’água, que passou a ser definido pelo respectivo leito regular, e não pelo seu nível mais alto? Qual critério técnico foi utilizado para admitir o cômputo das Áreas de Preservação Permanentes (APPs) no percentual da reserva legal? Aliás, qual seria a função ecológica da reserva legal que justificaria a dispensa de sua existência na exploração de potencial de energia hidráulica e na construção ou ampliação de rodovias e ferrovias? Não seria suficiente estabelecer um juízo de aplicação formal de interesses contrapostos mais

soberanos, como a propriedade ou a prestação de serviços de energia elétrica, de transporte e de integração das regiões do país?

Tais vetores de políticas públicas poderiam justificar a medida legislativa, mas, para tanto, era preciso compreender as suas implicações ecossistêmicas e, assim, realizar-se um sopesamento mais cuidadoso. Sem as balizas adequadas, os institutos ambientais são tratados como “ornamentos biológicos” (e “retóricos”) sem funções ecológicas, que estão à disposição do legislador como lhe aprouver.

Destaca-se que a discussão sobre a possibilidade de introdução de espécies exóticas para recomposição de reservas legais preocupou-se com elementos empíricos e técnicos, ao afirmar 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” (Brasil, 2018b, p. 26). Essas considerações, portanto, valem num caso, mas não interessam em outros. Em uma autocontenção anti-consequencialista, validou-se, 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” (Brasil, 2018b, p. 20), como se as normas até então em vigor não existissem em matéria ambiental. Não foram considerados os sinais que apontavam para a criação de expectativas de novos perdões como se, indiretamente, fosse criada uma licença para desmatar (Brasil, 2018b). O controle dos fatos legislativos foi deficitário e tão inconstante quanto discricionário.

Em outro caso, envolvendo políticas públicas de combate aos vírus da dengue, do 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 a 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 atenção aos suportes técnicos e empíricos que teriam balizado o legislador.

O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica [...] 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 (Brasil, 2019a, p. 2).

Diferentemente do caso anterior, buscaram-se, em vão, os fatos legislativos que indicassem a suficiência técnica da opção legislativa. Mas, ainda assim, tentou se salvar a lei ao dar-lhe interpretação conforme a Constituição e ao condicionar a incorporação 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).

Merecem ênfase, nos votos dissidentes, os seguintes excertos do voto do ministro Alexandre de Moraes: “A mera existência de risco não interdita a atuação do Estado em prol de determinada atividade”, e “a inércia do Estado no combate ao *Aedes aegypti* também implica a exasperação de risco à saúde da população” (Brasil, 2019a, p. 52, p. 55).

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 da sociedade em geral e de grupos vulneráveis, especificamente (Brasil, 2019a, p. 109).

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 (Brasil, 2019a, p. 102, grifos do original).

No voto da ministra Rosa Weber, embora concorrente, afirmou-se que a deferência ao legislador prescindia de um exame 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, p. 85-86).

O tema de controle judicial da política pública de saúde tem despertado a atenção da literatura jurídica e da jurisprudência do STF, movendo-se também nos domínios da fiscalização dos fatos legislativos (Dallari, 2008; Marques, 2016). O caso da fosfoetanolamina sintética é simbólico. 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 Agência Nacional de Vigilância Sanitária (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 em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar (Brasil, 2016c, p. 11).

O devido processo legislativo, embora não dito com essas palavras, falhara ao não se basear em evidências. O tema também é recorrente em relação à política de dispensação de medicamentos.

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, o ministro Marco Aurélio, 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 ressaltei 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 (Brasil, 2012c, p. 66).

Acompanhando 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, 2012c).

Em um caso mais recente, a maioria dos ministros entendeu que era necessário 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 “a capacidade institucional e a *expertise* para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões” (Brasil, 2019c, p. 40). O direito à saúde, todavia, interpelava uma atuação judicial em certas situações que exigiam o estabelecimento de marcos interpretativos. E assim foi feito. 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.

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 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, 2019c, p. 43-44, grifos do original).

Nos fármacos com testes de eficácia e segurança comprovadas, mas pendentes de registro na Anvisa, é possível, excepcionalmente, o seu fornecimento por decisão judicial na hipótese de mora injustificável da Anvisa, devendo haver prova de: (i) pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) existência de registro em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Também poderia ser ordenada a distribuição 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, 2019c).

O voto do ministro Edson Fachin apresentou significativos avanços no exame dos fatos legislativos pelas exigências, sejam elas de bases técnicas, sejam de participação social no processo de regulação (Brasil, 2016d). O ministro se ateve à deliberação de agência reguladora, extraíndo essas exigências dos princípios constitucionais da administração pública, mas que, como razão maior, deveriam aplicar-se ao processo formativo das leis. 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” (Brasil, 2016d, p. 18).

Porém, observa-se, novamente, que é mais aceita a competência de as Cortes reverem normas de agências reguladoras do que a sua competência para interferir em decisões parlamentares. A separação de poderes demandaria requisitos distintos. 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”, conforme voto do ministro Edson Fachin (Brasil, 2016d, p. 18). O ministro alegou ainda que “[a] transparência [deveria], ainda, atingir a todos os que [fossem] afetados pela decisão” e que deveria “ter fundamentos verificáveis” (Brasil, 2016d, p. 19). Ou seja,

[permitir] a aferição do critério científico pelo qual o medicamento é liberado deve envolver amplo debate na ambiência da comunidade científica, por meio de uma racionalidade que lhe é própria [ciência com base em evidência] (Brasil, 2016d, 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: (i) controle de legalidade para evitar erro manifesto na aplicação da lei ou abuso de poder; (ii) controle da motivação, por meio da pesquisa das razões do ato regulatório, quanto à sua clareza, correção e vinculação lógica com a conclusão; (iii) 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 (iv) controle da resposta em tempo razoável, corolário do devido processo regulatório (Brasil, 2016d). Esse último exame parece não ser aplicável ao legislador, ainda que a inércia possa vir a ser censurada por inconstitucionalidade.

**MUDANÇAS INFORMAIS
DA CONSTITUIÇÃO**

As mudanças informais da Constituição – ou mutações constitucionais – parecem ser um fenômeno inevitável, derivado da natureza da política.⁵⁵ Mas, a rigor, elas não poderiam ocorrer, pois violam a rigidez constitucional e, nos Estados federais, a exigência de participação das entidades subnacionais nos processos deliberativos nacionais. Ainda assim, elas existem.

Há duas formas de a dogmática constitucional tratá-las: negar-lhe a existência e tocar sua vida de conceitos, palavras e abstração, ou reconhecê-las como um fato a ser estudado e debatido. Não é necessário muito esforço para concluir que a primeira atitude é desarrazoada. Os estudos de Teoria da Constituição e Direito Constitucional, para não perderem seu diferencial teórico e transcenderem a mera retórica, deverão identificar o processo de surgimento das mudanças constitucionais, suas causas ou razões e sua evolução ou dinâmica para, se for o caso, refutá-las.

Nos capítulos seguintes pretende-se examinar dois agentes, quase sempre esquecidos nos debates, mas que produzem as mudanças constitucionais sem as formas e modos que a própria Constituição exige: o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Antes, porém, é necessário compreender melhor a mutação constitucional.

55 Cf. DAU-LIN, 1998; FERRAZ, 1986; JELLINEK, 1991; LUTZ, 1994; STRAUSS, 2001.

Os processos formais de mudança da Constituição Federal

Há uma diversidade de formas de promover alterações constitucionais nos Estados federais. Em primeiro lugar, a maneira como o tema é tratado pelas constituições varia de um para outro Estado. Ele pode vir reunido, sob uma parte ou título da Constituição, de modo mais ou menos sistemático, num conjunto de enunciados que definem os procedimentos de reforma – como na Bélgica e na Suíça. No entanto, é também possível que ele esteja contido em um único artigo – como na Alemanha, na Argentina, no Brasil e nos Estados Unidos – ou disperso no texto constitucional com previsão de múltiplas possibilidades de reforma – como na Áustria (Rodean, 2016).

Em alguns Estados, a aprovação de uma reforma constitucional se limita apenas a deliberações das casas legislativas federais. Na Alemanha, por exemplo, a Lei Fundamental de Bonn (equivalente à Constituição Federal) só pode ser alterada pela maioria de dois terços dos membros do Parlamento Federal e de dois terços dos votos do Conselho Federal (Alemanha, [1949] [s. d.], art. 79).⁵⁶ No Brasil, a iniciativa de emenda constitucional pode ser da maioria das Assembleias Legislativas estaduais, deliberando cada uma pela maioria de seus membros. Para aprovação, são exigidos dois turnos de votação na Câmara dos Deputados e dois turnos de votação no Senado Federal, alcançando-se, em todos eles, quórum mínimo de três quintos dos respectivos membros (Brasil, 1988, art. 60).

56 Sempre que for mencionado no texto, o artigo se refere à Constituição em vigor e que consta nas referências.

Na Argentina, por decisão de dois terços dos parlamentares, o Congresso pode convocar uma Convenção Constituinte com poderes para reformar a Constituição, no todo ou em algumas de suas partes, sem necessidade de consulta popular ou às suas províncias (Argentina, [1853] 1995, art. 30). A Convenção é, portanto, o órgão de reforma constitucional. Seus membros, de regra, são escolhidos pelo voto popular (Sagües, 2003, p. 405). O Congresso determina as orientações de trabalho, seja com o apontamento de dispositivos ou assuntos que devam ser modificados – como em 1860, 1866, 1898 e 1949 –, seja na forma de uma proposta mais elaborada – como se sucedeu em 1994 –, que pode ser aprovada ou rejeitada pelos membros da Convenção (Campos, 1975, p. 85, p. 545 *et seq.*; Sagües, 2003, p. 204 *et seq.*).

Mesmo com a atuação restrita às casas legislativas federais, pode haver necessidade de convocação de eleições gerais, com a dissolução obrigatória daquelas casas no curso do processo de emenda. É o que prevê a Constituição da Bélgica (Bélgica, [1831] [s. d.]). A Câmara dos Deputados e o Senado devem, por meio de uma declaração de revisão constitucional, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, expor os pontos e os motivos da revisão (Bélgica, [1831] [s. d.], art. 195; Delgrange; Dumont, 1999). Dá-se, em seguida, a dissolução do Parlamento Federal (Bélgica, [1831] [s. d.], art. 46, art. 195).

O novo Parlamento eleito pode alterar os artigos que foram declarados revisáveis, pela maioria de dois terços de seus membros (Bélgica, [1831] [s. d.], art. 195). Parte dos estudiosos considera esse método antiquado, pois é mantido desde a época em que a Bélgica era um Estado unitário, não envolvendo as entidades federativas ou os grupos linguísticos, o que termina por protegê-los menos do que as “leis votadas por maioria especial” (Lecours, 2002, p. 64).

A necessidade de referendo, além da aprovação no Legislativo Federal, está prevista em diversas constituições federais. O referendo popular qualificado requer a aprovação na maioria das entidades subnacionais e em âmbito nacional. Na Austrália, a alteração constitucional, de iniciativa reservada ao governo federal, deve ser aprovada pela maioria absoluta de

cada câmara do Parlamento e pela maioria dos eleitores em cada estado e território, obtido, ademais, apoio da maioria dos eleitores nacionais (Austrália, [1900] 2022, art. 128).

Se houver discordância entre as duas câmaras, o governador-geral pode submeter à votação dos eleitores de cada estado e território a proposta de emenda aprovada pela primeira câmara, com ou sem quaisquer alterações subsequentemente acordadas por ambas as casas legislativas. Assim, por maioria dos votos na maioria dos estados, os eleitores podem aprovar a proposta. Se a emenda diminuir o número de representantes em qualquer uma das câmaras ou alterar os limites de um estado, a maioria dos eleitores desse estado deve aprová-la (Austrália, [1900] 2022, art. 128). Nesse sentido, a dupla maioria é um sério dificultador para a mudança formal da Constituição (Dixon, 2011, p. 98; Hughes, 1994, p. 160 *et seq.*).

Na Suíça, a revisão da Constituição pode ser total ou parcial. Em qualquer caso, é um dos processos reformadores mais complicados. Na revisão total, a iniciativa pode ser de qualquer uma das casas legislativas ou do povo (Suíça, [1999] 2024, art. 193). No primeiro caso, havendo aprovação das duas casas, a proposta será submetida a *referendum*. Para que se considere aprovada, é necessário voto favorável da maioria dos eleitores e dos representantes dos Cantões.⁵⁷ Se não houver concordância entre as duas casas do Parlamento Federal, a questão é submetida ao povo num referendo. Se a maioria dos eleitores suíços aprovar a proposta, o Parlamento Federal é dissolvido (Suíça, [1999] 2024, art. 193). O novo Parlamento deve, então, elaborar e aprovar o texto de uma nova Constituição que, para ser aprovado, necessitará do apoio da maioria dos eleitores e dos Cantões, por meio de referendo (Suíça, [1999] 2024, art. 195).

Na revisão parcial, a proposta pode ser formulada tanto pelo Parlamento Federal quanto por iniciativa popular, por meio de proposta de pelo

57 “Cantões” é a denominação dada aos estados semi-autônomos que juntos formam a Confederação Suíça. Cada um deles conta com Constituição, governo, Parlamento e tribunais próprios.

menos 100 mil eleitores (Suíça, [1999] 2024, art. 138). No primeiro caso, a aprovação é dependente do voto favorável da maioria dos eleitores e dos Cantões. No segundo, há duas possibilidades de rito: no caso de haver proposição do texto pela iniciativa popular, o Parlamento deliberará a respeito, mas a palavra final caberá, em referendo, aos eleitores, que poderão escolher a proposta inicial ou a apresentada pelo Parlamento com modificações. Se a iniciativa popular não apresentar o texto proposto, caberá ao Parlamento elaborá-lo e submetê-lo a referendo (Suíça, [1999] 2024, art. 139). Nos dois casos, exige-se também o voto da maioria dos eleitores suíços e dos Cantões (Suíça, [1999] 2024, art. 142, art. 195). Embora seja um procedimento que, à primeira vista, parece muito democrático, é possível que uma proposta de revisão seja rejeitada mesmo com o voto de 90% dos eleitores. A exigência de que haja maioria de votos também em cada Cantão termina dando alto poder aos territórios menos populosos (Stauffer; Töpferwien; Thalmann-Torres, 2002).

Na Áustria, há previsão para reforma constitucional que prescinde de aprovação das casas legislativas representantes dos estados (denominadas Bundesrat, ou Conselho Federal) e para reforma que necessita de referendo popular simples, sem necessidade de apuração de maioria na maior parte dos *Länder*.⁵⁸ A diversidade de meios de reforma é produto do fato de a Constituição austríaca não ser documental: existe um texto constitucional principal, o *Bundes-Verfassungsgesetz* (B-VG), e as leis constitucionais esparsas, *Bundesverfassungsgesetze* (BVG), todas de mesmo nível hierárquico (Áustria, [1920] 2013).

A lei constitucional pode ser aprovada ou alterada pelo voto de dois terços dos membros do Conselho Nacional (Áustria, [1920] 2013, art. 44), a menos que afete as competências legislativas e executivas dos *Länder*, hipótese em que será necessária também a aprovação pelo mesmo quórum no Conselho Federal (Áustria, [1920] 2013, art. 44). No caso de revisão total da Constituição, além da aprovação das duas casas legislativas pelo quórum de dois terços, é preciso que a maioria do povo a referende (Áustria,

58 *Länder* é a denominação dada aos estados que juntos formam a República Federal da Áustria.

[1920] 2013, art. 44). No caso da revisão parcial, o referendo dependerá de decisão de um terço do Conselho Federal (Áustria, [1920] 2013, art. 44).

O referendo pode ser apenas da Assembleia Subnacional, embora se preveja, em alguns casos, a sua dispensa ou substituição por órgão de ratificação – a começar pelo México, em que se exige aprovação de dois terços dos membros do Congresso e pela maioria das legislaturas estaduais (México, [1917] [s. d.], art. 135). Não se diz quem pode apresentar a proposta, mas o entendimento é de que, por analogia, são legitimados todos que desejem apresentar projetos de lei ordinária, incluindo as legislaturas estaduais (Carpizo, 2011, p. 560). Embora também não haja previsão expressa de barreiras materiais ao poder de emenda, a maioria dos estudiosos mexicanos não admite mudanças que possam alterar ou violar a identidade ou essência constitucional (Burgoa, 2003, p. 369; Fix-Zamudio; Carmona, 2009, p. 104).

No Canadá, ainda que haja três meios de reforma da Constituição, a mais comum é conhecida como a “fórmula 7 + 50” ou “procedimento geral de reforma”. Nesse caso, exige-se deliberação idêntica entre a Câmara dos Comuns e o Senado, além da ratificação de, pelo menos, dois terços das assembleias legislativas provinciais que representem pelo menos 50% da população nacional (Canadá, [1867] [s. d.], art. 38). Estão submetidas a esse rito as reformas que se refiram: (i) ao princípio da representação proporcional das províncias na Câmara dos Comuns; (ii) aos poderes do Senado e ao método de seleção de seus membros; (iii) ao número de senadores de cada província e às qualificações de sua residência; (iv) às matérias relacionadas à Suprema Corte do Canadá, que não tratem de sua composição; (v) à extensão do território das províncias; e (vi) ao estabelecimento de novas províncias (Canadá, [1867] [s. d.], art. 42). A emenda não se aplicará na província que manifestar-lhe discordância (Canadá, [1867] [s. d.], art. 38).

O segundo meio é empregado quando uma emenda constitucional não afeta todas as províncias, designadamente em relação à modificação de suas divisas ou ao uso do inglês e do francês. Nesse caso, além da

aprovação pelo Parlamento, é necessária também a aprovação pelas legislaturas das províncias envolvidas (Canadá, [1867] [s. d.], art. 43).

O terceiro e mais difícil processo de emenda requer o consentimento unânime das duas casas legislativas do Parlamento e de todas as províncias. É a chamada “fórmula da unanimidade”, aplicada quando a emenda versar sobre: (i) o cargo da rainha, do governador-geral e do tenente-governador de uma província; (ii) o número de membros provinciais da Câmara dos Comuns, nunca inferior ao número de senadores a que a província tinha direito no momento em que entrou em vigor a Lei Constitucional de 1982; (iii) o uso do inglês ou do francês, ressalvada a hipótese de a emenda se aplicar apenas a algumas províncias; (iv) a composição da Suprema Corte do Canadá; e (v) a alteração do próprio procedimento de reforma constitucional (Canadá, [1867] [s. d.], art. 41).

Enfim, se as emendas se limitarem apenas a dispor sobre o Executivo Federal, a Câmara dos Comuns e o Senado, desde que não incidam em qualquer matéria tratada pelos outros mecanismos de reforma, não é necessária a ratificação provincial (Canadá, [1867] [s. d.], art. 44). Há, todavia, necessidade de aprovação do Senado por decurso de prazo em qualquer dos ritos de reforma passados cento e oitenta dias do recebimento da proposição da Câmara sem deliberação (Canadá, [1867] [s. d.], art. 47).

Essa pluralidade de meios, associada a fatores constitucionais – como o fato de haver uma parte da Constituição codificada, e outra parte esparsa, ou mesmo não escrita, dificultando a identificação do *status* de boa parte das normas jurídicas e extraconstitucionais, ou “políticas megaconstitucionais” –, não têm permitido muitas alterações formais da Constituição (Albert, 2015; Russel, 2004, p. 74). Mesmo nessas poucas alterações, o papel do Senado tem sido pouco relevante, devido à falta de legitimidade institucional (Smith, 2003).

Para emendar a Constituição dos Estados Unidos, há necessidade de aprovação pelas duas casas legislativas federais, a Casa dos Representantes e

o Senado, ou por uma Convenção Nacional, convocada pelo Congresso a pedido de, pelo menos, dois terços das legislaturas estaduais. Essa última alternativa, porém, nunca foi usada. Nos dois casos, o quórum de aprovação é de dois terços dos membros de cada casa ou da Convenção (Estados Unidos, 1992).

Nos Estados Unidos, a ratificação pode assumir duas formas, sempre exigindo, para aprovação, o voto de, no mínimo, três quartos dos membros das legislaturas estaduais ou convenções dos estados, conforme decidir o Congresso. Até o momento, os estados já vetaram seis emendas aprovadas pelo Congresso (Marshfield, 2015). A Convenção Nacional só foi usada uma única vez, para aprovação da XXIª Emenda, que passou a fazer parte da Constituição em 1933. O Congresso pode fixar prazo para ratificação, tendo, frequentemente, estipulado-o em sete anos. Embora essa competência não esteja prevista na Constituição, a Suprema Corte reputou-a constitucional (Estados Unidos, 1921).

Há uma rica discussão sobre limites substantivos ao poder congressional de emenda. Parte da doutrina repudia a hipótese de restrições implícitas (Michelman, 1995, p. 1303; Rubinfeld, 2001, p. 174), embora alguns as vejam como decorrentes da própria ideia e da lógica constitucionais. Um dos limites seria até literal, pois se o texto constitucional fala em “emenda”, não estaria a autorizar reformas radicais ou revolucionárias. Há um “mínimo constitucional” ou “uma essência constitucional” inalteráveis, derivados da tradição político-jurídica norte-americana (Rawls, 1993, p. 238-239), como os princípios democráticos e os direitos naturais (Murphy, 1995, p. 177 *et seq.*).

Na Rússia, as prerrogativas para propor emendas à Constituição são amplas e incluem os órgãos legislativos das entidades federativas (Rússia, [1993] 2008, art. 134). Há dois procedimentos para a reforma. O primeiro, chamado de “emenda ordinária”, depende da aprovação de dois terços das duas casas legislativas federais e das assembleias subnacionais (Rússia, [1993] 2008, art. 136). O segundo, dito “revisão extraordinária”, deve ser utilizado quando se alterarem os princípios, direitos e liberdades fundamentais e o próprio processo de reforma constitucional (Rússia,

[1993] 2008, cap. I, cap. II, cap. IX). Nesses casos, haverá convocação de uma Assembleia Constituinte se houver a concordância de, no mínimo, três quintos do número total dos membros do Conselho da Federação e dos deputados da Duma do Estado⁵⁹ (Rússia, [1993] 2008, art. 135).

Cabe à Assembleia deliberar se modifica a Constituição ou se elabora um novo texto – cuja aprovação precisa do apoio de, pelo menos, dois terços do total de seus membros –, que, entretanto, pode ser submetido a referendo popular. Assim, o texto é tido como aprovado quando recebe voto favorável da maioria dos eleitores, desde que mais da metade do eleitorado tenha participado do referendo (Rússia, [1993] 2008, art. 135). Ambos os processos exigem legislação habilitadora antes que as alterações constitucionais sejam analisadas. A cláusula sobre revisão extraordinária exige explicitamente a promulgação de uma lei constitucional federal sobre a Assembleia Constituinte, que deve ser aprovada por três quartos do Conselho da Federação e por dois terços da Duma, recebendo, em até quarenta dias, a assinatura do presidente (Rússia, [1993] 2008, art. 108). Embora o artigo constitucional sobre o procedimento ordinário de alteração não indique a necessidade de legislação especial, o Parlamento e a Presidência da República concordaram que uma lei federal ordinária haveria de disciplinar a matéria (Sharlet, 1999, p. 438).

Já no Paquistão, além da aprovação por dois terços das casas legislativas federais, requer-se também a aprovação, por maioria simples, das assembleias provinciais (Paquistão, [1973] [s. d.], art. 239). Se a emenda alterar os limites territoriais de uma província, faz-se necessário o referendo da Assembleia daquela província, exigindo-se o voto favorável de pelo menos dois terços de seus membros para que a emenda seja considerada aprovada (Paquistão, [1973] [s. d.], art. 239). Lá são formalmente atribuídos poderes ilimitados ao Parlamento para modificar o texto constitucional (Paquistão, [1973] [s. d.], art. 239), assim também reconhecidos pela Suprema Corte paquistanesa (Sial, 2010, p. 62).

59 “Duma do Estado” é o nome dado à Câmara Baixa do parlamento, também chamada de Assembleia Federal, composta por 450 membros eleitos para mandatos válidos por cinco anos. Entre suas atribuições, estão a aprovação de leis federais e constitucionais, o controle de atividades do governo e a nomeação de funcionários.

Na África do Sul, pode haver emenda que não tenha intervenção da Casa Alta do Parlamento e emenda que, além da intervenção da Casa Alta, requeira excepcionalmente referendo assemblear. Todas as alterações constitucionais devem ser aprovadas pelo voto de dois terços na Assembleia Nacional, passando a três quartos quando tratarem de modificação dos princípios constantes da seção 1 da Constituição, que estabelecem os valores fundantes da República e a autointitulação do país como “um Estado soberano e democrático” (África do Sul, [1996] [s. d.]a). Nesse caso e nos de mudanças na declaração de direitos ou no papel da própria Casa Alta, que tratem especificamente de assuntos provinciais – inclusive de alteração dos limites, poderes, funções ou instituições das províncias –, há a necessidade de aprovação de, pelo menos, seis das nove províncias que integram o Conselho Nacional dos Povos da África do Sul. Se a mudança constitucional afetar uma província específica, além da aprovação das duas casas legislativas federais, deve ser aprovada pela Assembleia da província afetada (África do Sul, [1996] [s. d.]a, sec. 74). Expressamente, a Constituição atribui competência exclusiva à Corte Constitucional para decidir sobre a constitucionalidade das emendas (África do Sul, [1996] [s. d.]a, sec. 167).

Na Etiópia, também há reformas constitucionais que exigem referendo assemblear, e reformas que dele prescindem. A Casa da Federação, que é a segunda Câmara Federal etíope, não participa do processo legislativo ordinário, somente da reforma da Constituição. Dois terços de seus membros, concorrentemente com dois terços dos deputados da Casa dos Representantes e com um terço das assembleias estaduais, podem apresentar proposta de emenda (Etiópia, [1995] [s. d.], art. 104). A aprovação depende do voto, em sessão conjunta, de dois terços dos membros da Casa da Federação e da Casa dos Representantes, com o referendo de dois terços das assembleias estaduais (Etiópia, [1995] [s. d.], art. 105).

No caso de emenda que afete direitos e liberdades, é preciso que haja apoio de, pelo menos, dois terços dos deputados e de membros da Casa da Federação, em votação separada, além da aprovação de todas as assembleias estaduais, por maioria de seus membros (Etiópia, [1995] [s. d.], art. 105). Entende-se que, embora não haja limites materiais

expressos ao poder de emenda, o federalismo, assim como os direitos humanos e a democracia, não pode ser objeto de alteração, como decorrência dos princípios e ideias que inspiram a Constituição (Eshetu, 2016).

No caso da Índia, a regra é o processo legislativo de reforma constitucional iniciar e findar nas casas legislativas federais, exigindo-se maioria de dois terços em cada uma delas (Índia, [1950] 2024, sec. 368) e, em alguns casos, referendo assemblear. Pode-se até prescindir de quórum diferenciado. A seção 4 estabelece que basta lei ordinária para admitir ou criar estados-membros ou alterar áreas, limites ou nomes dos já existentes, bem como para reduzir o número total de membros da Assembleia Legislativa estadual abaixo do mínimo determinado nos termos da seção 170 (Índia, 1967, [1950] 2024). Pode-se também criar ou extinguir os conselhos legislativos nos estados (Índia, [1950] 2024, sec. 169) e alterar o texto do Programa V, que trata da administração e controle de áreas e tribos. Assim também pode-se modificar o Programa VI que trata da administração das áreas tribunais no âmbito dos estados de Assam, Meghalaya, Tripura e Mizoram (Índia, [1950] 2024).

A exigência de aprovação de, ao menos, a maioria das legislaturas estaduais, além da aprovação por dois terços das casas legislativas federais, incide quando estão em causa certas disposições relativas à estrutura federal ou ao interesse comum da União e dos estados, como a eleição do presidente da República (Índia, [1950] 2024, sec. 54-55), a extensão do Poder Executivo da União e dos estados (Índia, [1950] 2024, sec. 73, sec. 162), os Tribunais Superiores para territórios da União (Índia, [1950] 2024, sec. 241), o Judiciário da União e os tribunais superiores nos estados (Índia, [1950] 2024, cap. IV, cap. V), a distribuição das competências legislativas entre a União e os estados (Índia, [1950] 2024, cap. I), a representação dos estados no Parlamento, e o próprio processo de emenda, previsto na seção 368.

Fora das duas hipóteses, o processo de emenda se resume ao Legislativo Federal, não se prevendo sequer iniciativa dos estados (Índia, [1950] 2024, sec. 368). Há expressa menção à inexistência de limites materiais ao poder parlamentar de emenda (Índia, [1950] 2024, sec. 368), incluída pela seção

55 da Emenda nº 42/1976, embora a Suprema Corte da Índia a tenha declarado inconstitucional, entendendo que não poderia o Parlamento usar sua prerrogativa de alterar a Constituição, de modo a tornar o seu poder ilimitado (Índia, 1980). Seriam intocáveis a estrutura e as características básicas da Constituição, como o federalismo, a separação de poderes, o secularismo e os direitos fundamentais (Dixon, 2011, p. 104; Índia, 1967, 1973).

Na Malásia, a peculiaridade fica por conta da necessidade de ratificação do chefe do Executivo subnacional em algumas hipóteses. Lá existem quatro meios de reforma da Constituição. A maioria das disposições constitucionais pode ser emendada pelo voto de, no mínimo, dois terços em cada câmara do Parlamento. Se, todavia, as emendas são a respeito dos poderes dos sultões, do *status* do islamismo na federação, da posição especial dos malaios e dos nativos de Sabah e Sarawak ou da definição do malaio como língua oficial, exige-se o consentimento da “Conferência dos Governos” (*Majlis Raja-raja*), que reúne os governadores dos estados malaios, sendo nove hereditários e quatro eleitos (Malásia, [1957] [s. d.], art. 159).

Se as emendas são a respeito da cidadania das pessoas nascidas antes do “Dia da Malásia”, da jurisdição da Suprema Corte de Bornéu, da definição das competências legislativas e executivas dos estados da Malásia Oriental, em Bornéu (Sabah e Sarawak), bem como sobre acordos financeiros que possam ser firmados com o governo federal e ainda sobre o tratamento dispensado aos seus nativos, deve haver a concordância dos governadores daqueles estados (Malásia, [1957] [s. d.], art. 161E). Alterações relativas à nacionalidade, exceto àquela da Malásia Oriental, bem como a eleições e fim do mandato de senadores podem ser feitas por maioria simples no Parlamento (Malásia, [1957] [s. d.], art. 159).

O processo de emenda à Constituição no Iraque é peculiar. Não se exige a participação da Casa Alta do Parlamento, mas requer-se a aprovação em referendo popular nos três processos de reforma constitucional. No primeiro, “ordinário”, requer-se aprovação de dois terços dos membros do Conselho de Representantes, da maioria das pessoas em referendo

nacional e da ratificação do presidente da República (Iraque, [2005] [s. d.], art. 126). Se o presidente não ratificar em sete dias, considera-se aprovada a emenda (Iraque, [2005] [s. d.], art. 126). Essas mesmas exigências se aplicam a emendas que alterarem os princípios fundamentais – mencionados na seção 1 –, e os direitos e liberdades – mencionados na seção 2 da Constituição –, com um acréscimo: são necessárias duas legislaturas sucessivas para serem deliberadas (Iraque, [2005] [s. d.], art. 126). Se, enfim, retirarem os poderes das regiões que não estão sob o domínio exclusivo das autoridades federais, requer-se a aprovação da autoridade legislativa da região em questão (Iraque, [2005] [s. d.], art. 126).

Nos Estados autoproclamados federais, mas que não têm casas legislativas que representem os estados federados, pode-se exigir referendo das unidades federativas ou da população. No primeiro caso, citam-se Comores (Comores, [2001] [s. d.], art. 37) – que exige aprovação de dois terços dos membros da Assembleia –, São Cristóvão e Névis (São Cristóvão e Névis, [1983] [s. d.], art. 38) – se a emenda alterar o Programa 1, que trata, dentre outros assuntos, do Estado federal e direitos fundamentais – e os Emirados Árabes Unidos (Simmons, 2002) – em que há a necessidade de aprovação dos líderes de Abu Dhabi e de Dubai.

O referendo popular é exigido em Comores, alternativamente ao referendo parlamentar (Comores, [2001] [s. d.], art. 37), e na Micronésia, com o quórum reforçado de, pelo menos, três quartos dos votos favoráveis distribuídos em três quartos dos estados (Micronésia, [1975] [s. d.], art. 14). Há, ainda, o caso da Venezuela, em que se atribui à iniciativa popular as propostas de mudanças constitucionais e a necessidade de referendo popular, sem menção expressa a estados-membros (Venezuela, [1999] [s. d.], art. 344-345).

Em São Cristóvão e Névis há dois procedimentos de alteração constitucional, de acordo com a matéria tratada. Se a alteração afeta direitos e liberdades ou a federação, dentre outros temas mencionados no Programa 1 da Constituição, é preciso, além da aprovação pela Assembleia, que dois terços dos eleitores das duas unidades subnacionais, São Cristóvão e Névis, aprovem a mudança constitucional (São Cristóvão

e Névis, [1983] [s. d.], art. 38), exceto se se destinar a dar cumprimento a acordo entre o país e o Reino Unido, concernente a recursos contra decisão de qualquer tribunal local ao Conselho de Sua Majestade ou à secessão da Ilha de Névis (São Cristóvão e Névis, [1983] [s. d.], art. 38). Fora dessas hipóteses, a proposta é aprovada apenas pelo voto de dois terços dos membros da Assembleia (São Cristóvão e Névis, [1983] [s. d.], art. 38).

Na Micronésia, a emenda à Constituição pode ser proposta por uma convenção constitucional, por iniciativa popular ou pelo Congresso, de acordo com o que dispuser a lei. A sua aprovação dependerá da aprovação de três quartos dos eleitores em, ao menos, três quartos das unidades subnacionais (Micronésia, [1975] [s. d.], art. 14). Há ainda uma consulta popular que deve ser feita a cada dez anos, indagando se a Constituição deve ser alterada ou revista. Se a maioria dos eleitores responder afirmativamente, o Congresso deve instituir uma convenção para debater as propostas de revisão (Micronésia, [1975] [s. d.], art. 14).

Em síntese, pode-se ter alteração das constituições dos Estados federais com aprovação, pelos respectivos legislativos federais, atingido o quórum mínimo da maioria (Canadá e Suíça); maioria absoluta (Austrália); dois terços (Alemanha, Argentina, Bélgica, Estados Unidos, Etiópia, Malásia, México, Nigéria, Paquistão, Rússia – pela Casa Baixa –, São Cristóvão e Névis, Sudão – pela Casa Baixa – e Sudão do Sul); três quartos (Rússia – pela Casa Alta – e Sudão – também pela Casa Alta); três quintos (Brasil); quatro quintos (Nigéria – em se tratando de direitos fundamentais); e unanimidade (Canadá).

As ratificações, seja pelas legislaturas estaduais, seja pelos eleitores, também requerem variados quóruns: maioria dos eleitores na maioria dos estados, ou dos Cantões (Canadá e Suíça, respectivamente), ou nas duas ilhas (no caso de São Cristóvão e Névis); maioria das assembleias estaduais (México); dois terços, desde que representem pelo menos 50% da população nacional (Canadá), ou 50% dos votos nacionais (Nigéria), ou dois terços das assembleias provinciais, nos casos em que forem alterados limites entre províncias (Paquistão); três quartos das assembleias subnacionais (Estados Unidos e Micronésia); unanimidade

das assembleias provinciais (Canadá e Etiópia – neste último, nos casos que afetam direitos e liberdade). Dessa maneira, o processo de reforma pode depender:

- da participação da Casa Alta: (i) obrigatória em todos os casos – com igual quórum (África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Etiópia, Malásia, México, Nigéria, Sudão, Sudão do Sul e Suíça), ou com quórum majoritário (África do Sul e Rússia); (ii) condicional – na Áustria, se estiver em discussão a restrição à competência legislativa ou administrativa dos *Länder* ou a revisão total (dois terços do Bundesrat), e na África do Sul, quando houver alterações da declaração de direitos que afetam o papel do Conselho Nacional das Províncias, que tratem especificamente de assuntos provinciais, seus limites, poderes, funções ou instituições, e quando há intervenção do Conselho e dependência do voto de seis das nove províncias que o compõem.
- de ratificação, posterior à aprovação da legislatura federal: (i) pelos eleitores dos estados – na Austrália, pela maioria dos eleitores na maioria dos estados, nos Cantões da Suíça, pela maioria dos eleitores gerais, na Micronésia, por três quartos dos eleitores em, pelo menos, três quartos das unidades subnacionais, na Áustria, em caso de revisão total da Constituição ou de pedido de alteração, por um terço do Bundesrat, se houver restrição à competência dos *Länder*, e na Nigéria por dois terços dos votos nacionais; (ii) pelas assembleias subnacionais – na África do Sul (na província que for afetada), no Canadá (se a emenda afetar apenas uma província, somente a ratificação se restringe à sua Assembleia), nos Estados Unidos, na Etiópia, no México, no Paquistão (se alterar os limites entre as províncias) e em São Cristóvão e Névis.

Há a previsão expressa de limites materiais relacionados à federação tanto na Alemanha (a divisão da federação em estados e o princípio da cooperação dos estados na legislação) quanto no Brasil. Noutros

Estados federais, o seu reconhecimento implícito não goza de unanimidade, embora haja entendimento majoritário em seu favor na Etiópia, na Índia e no México ou, com certa vacilação, nos Estados Unidos (Burgoa, 2003, p. 369; Dixon, 2011, p. 104; Eshetu, 2016; Fix-Zamudio; Carmona, 2010, p. 104; Murphy, 1995, p. 177 *et seq.*; Rawls, 1993, p. 238-239).

**Os processos informais de
mudança da Constituição ou
“mutação constitucional”**

Chamam-se “mudanças informais” ou “mutações constitucionais” os processos de alteração da Constituição sem que haja modificação oficial no texto dos enunciados constitucionais, ou seja, trata-se de mudanças que ocorrem à margem do processo formal de emenda ou revisão (Dau-Lin, 1998, p. 30; Hesse, 1983, p. 91-92; Gerken, 2007, p. 926; Whittington, 1999, p. 5). Todavia, é discutível a distinção entre interpretação e construção. Enquanto a primeira busca sentidos identificáveis no texto normativo, desenvolvendo-se de forma evolutiva e promovendo um diálogo entre o Judiciário e os demais poderes da federação, de modo a criar regras para ação governamental, a segunda, por sua vez, considera os princípios políticos fundamentais, ocorrendo no momento de turbulência ou de desentendimentos e operando no limite dos significados textualmente identificáveis, estruturando, assim, a futura prática política (Whittington, 1999, p. 7).

Nem sempre é fácil identificar quando se está diante de uma verdadeira mutação constitucional, de um arranjo provisório de práticas políticas ou disposições legais que se desenvolvem na penumbra dos enunciados constitucionais ou de uma simples modificação da orientação jurisprudencial sobre determinado tema constitucional. Embora não seja um irrefutável “teste de *pedigree*” das mutações, há um roteiro composto de três elementos que auxilia a sua identificação: (i) presença de uma reorganização ou reordenação das normas constitucionais; (ii) a mudança estabelece um novo e vinculante padrão para a conduta futura dos atores constitucionais, incluindo os juízes e a população, quando for o

caso; (iii) esse padrão opera (e é percebido) como se fosse uma norma constitucional formal (Griffin, 2006).

Os estudos sobre o assunto costumam apontar, na origem do processo, um divórcio entre a norma positivada e a realidade subjacente, entre o Direito Constitucional escrito e o vigente, entre as relações jurídicas na realidade vital do Estado e o sistema constitucional (Barroso, 2009, p. 126; Dau-Lin, 1998; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2012, p. 147). Visto mais atentamente, em sua maioria (pois há casos de excessos), a mutação é resultado de releituras dos enunciados normativos que, impulsionadas pelas necessidades fáticas e pelo vigor rejuvenescente dos princípios, revelam sentidos até então não identificados (Dworkin, 1996, p. 225 *et seq.*).

O intérprete é, então, produto da sua história, do texto a que está sujeito e do contexto em que atua, enquanto a interpretação resulta da fusão do “horizonte” do texto e do “contexto” do intérprete, da inter-relação do tempo e do espaço de significados dos dois num processo em que, invisíveis, falam muitos atores (Gadamer, 2013, p. 415-416). Por isso, há aqueles que preferem não usar a expressão “mutação constitucional” (dada a tradição atrelada a rupturas e hiatos do que é considerado a normatividade da Constituição), optando por se referir ao processo como o “desenvolvimento” dos sentidos do texto no tempo e em seus novos contextos (Häberle, 1974, p. 111 *et seq.*, 2003, p. 69 *et seq.*, p. 125, p. 141).

A leitura de trabalhos clássicos sobre o tema, especialmente daqueles produzidos na Alemanha entre o fim do século XIX e o início do século XX, evidencia essa possibilidade de negação da capacidade da Constituição de exercer o papel de ordenadora da realidade. Segundo Jellinek (1991), existiram vários tipos de mutações constitucionais (*Verfassungswandlung*), levando-se em conta quem as realiza e as causas ou condições que levam à sua ocorrência. Os agentes políticos seriam um dos principais atores de mudança, por meio das chamadas “convenções constitucionais”. Entre eles, haveria um destaque para os parlamentares com suas práticas de reparações e de trabalho legislativo.

Especialmente nos sistemas que adotam instrumentos de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário desempenharia um papel relevante, por meio da interpretação constitucional. Um descompasso entre norma e realidade, um hiato entre o que comanda a Constituição e o contexto fático de valores e relações de poderes político-sociais estaria na base das mudanças. As lacunas das normas seriam uma das fontes desse descompasso e hiato, mas não se poderia olvidar das alterações nas relações de forças sociais e políticas, conduzindo à impossibilidade de exercício de competências e ao desuso dos poderes constitucionais. Enfim, muitas das alterações seriam consequência de uma necessidade política que se irromperia por entre os vazios deixados pelas normas ou até, poderosamente, contra elas (Jellinek, 1991, p. 7, p. 19).

Próxima a essa análise está a descrição das origens mutagênicas de Dau-Lin (1998, p. 31). Para ele, haveria quatro tipos de mutação constitucional: (i) as originárias de práticas políticas que se desenvolveriam num ambiente que os formalistas chamariam de lacuna constitucional; (ii) as derivadas de práticas políticas contrárias aos enunciados constitucionais; (iii) as produzidas pela impossibilidade de exercício das competências estabelecidas pela Constituição, em razão da prática política e das exigências da realidade ou pelo desuso das competências; e (iv) as decorrentes da interpretação dos enunciados constitucionais, dando-lhes significados distintos do original.

A mutação do segundo tipo apresenta desafios à Teoria da Constituição, à sua ideia de supremacia constitucional e à recorrência de sua referência. Particularmente, no direito público alemão, esse tipo de mutação tem forte raiz nos debates levados a efeito no final do século XIX, sobretudo diante da inexistência, à época, de um sistema de controle de constitucionalidade e do predomínio do positivismo legalista, cuja lacuna epistemológica e empírica haveria de ser suprida pelo império dos fatos, pelo *fait accompli*, o (irracional) fato consumado (Korioth, 2000, p. 46). Por isso, os primeiros estudos do assunto, em Laband (1895) e Jellinek (1991), devem ser considerados nesse contexto, assim como a influência que exerceram sobre alguns weimaristas ou seus observadores, como era o caso de Dau-lin (Urrutia, 2000). Sob a Constituição de Weimar,

não havia o controle de constitucionalidade, à exceção de três mecanismos: (i) o controle de primazia do direito federal sobre o direito dos *Länder* (Alemanha, [1949] [s. d.], art. 13), exercido pelo Tribunal do Reich (*Reichgericht*); (ii) o controle de conflitos constitucionais entre órgãos constitucionais e entre o Reich e os *Länder*, ou desses entre si, exercido pelo Tribunal de Estado do Reich Alemão (*Staatsgerichtshof des deutschen Reiches*); e (iii) o controle difuso pelos juízes do direito pré-constitucional (Alemanha, [1949] [s. d.], art. 178.2). Houve, todavia, o reconhecimento de que o juiz poderia também controlar a constitucionalidade das leis posteriores a 1919, numa polêmica decisão do *Reichgericht*, de 5 de novembro de 1925 (Heller, 1985, p. 288-289; Urrutia, 2000, p. 115).

O terceiro tipo pode ou não colocar em dúvida a validade, assim como o último tipo, amparado na decisão do *Reichgericht* de 1925, é o mais conhecido e, ao mesmo tempo, é uma forma de validação dos tipos anteriores, com ressalvas, em princípio, aos que forem inconstitucionais. Sem embargo, as mudanças de visões de mundo e de valores ou, por vezes, de relação de força dentro da sociedade conduzem a uma dinâmica distinção de compatibilidade entre norma e realidade normatizada, sentido normativo e facticidade política. A compreensão desse fenômeno nem sempre é tão simples como aparenta à primeira vista. Apenas em situações-limite e na fotografia do complexo fático-normativo que um dado instante permite, o fenômeno é de fácil elucidação. Há dois extremos no intercâmbio, ou tarefa, de compatibilidade: um frontalmente inconstitucional; outro claramente constitucional.

O domínio da normatividade pelo fático, no primeiro extremo, leva ao desprestígio ou ao fim da força normativa da Constituição. A ascensão de Mussolini ao poder na Itália não se fez com revogação formal do Estatuto Albertino.⁶⁰ Entretanto, sua governança em nada se adequava às exigências de uma monarquia parlamentar, que era a que se impunha naquele Estatuto. A Constituição caducava às práticas de um governo fascista (Crisafulli, 1970, p. 116).

60 O Estatuto Albertino foi o equivalente à Constituição do Reino da Sardenha, tornando-se, posteriormente, a Constituição da Itália unificada.

Uma realidade que desafie a Constituição pode exigir dela duas respostas jurídicas: o expurgo dessa realidade pela invalidade ou declaração de sua inconstitucionalidade; ou a reforma da Constituição para ajustar-se à nova realidade, desde que obediente ao procedimento de emenda ou revisão. Nas duas hipóteses, tem-se o predomínio da norma constitucional sobre a facticidade violadora de seus quadrantes.

Note-se que a prevalência dos fatos ou a supremacia das normas são, como se disse, extremos que admitem espaços de indefinição entre si. A realidade e a norma não são sempre tão divorciadas que permitam uma das duas saídas. As tarefas de aplicação da norma constitucional não se limitam a exercícios de subsunção formalista. A norma prenuncia e impregna a realidade visada pela norma e é definida por essa mesma realidade (Müller, 1993, p. 212).

A construção de sentidos é sempre uma tarefa de acoplamento de realidade e de norma que se opera no tempo, a ponto de ser complicado dizer o que é jurídico e o que é extrajurídico, exceto nos extremos de um hiperintérprete que rompe a linha de construção dos sentidos juridicamente possíveis. A realidade constitucional é o reino das conexões entre direito e política, travejado por aspectos econômicos e sociais (Luhmann, 1996). É ela que, ao ser simultaneamente produto e resultado das mediações recíprocas entre normatividade e facticidade, define os sentidos do constitucional e do inválido.

A aplicação constitucional é construção normativa e movimento constante de diferenciação entre um e outro sentido, o constitucional e o inconstitucional, a validade e a invalidade. O recurso à principiologia enriquece o debate no esforço de construir e dar coerência ao discurso, de modo a evitar a *decisão* e a ruptura sincrônica e diacrônica do processo argumentativo, tanto de justificação quanto de aplicação da legislação e da jurisdição (Habermas, 2003, p. 324-325; Heller, 1981, p. 277; Streck; Lima; Oliveira, 2007, p. 61).

Quando se recorre aos princípios que estruturam ou imantam a ordem jurídica com suas pretensões de justiça, nem sempre os jogos de

linguagem permitem precisar a distinção entre os dois planos. A seletividade principiológica pode, em si mesma, ser uma tarefa decisionista, tanto quanto a sua aplicação nas teias retóricas que, pretensamente, se constroem da práxis intersubjetiva de uma comunidade de intérpretes. A simples referência ao mundo dos princípios, portanto, não fecha as lacunas de alterações substantivas de sentidos normativos nem evita o buraco negro do decisionismo. O Direito é feito de texto e de realidade, cuja reunião se revela no sentido com dupla pretensão de justiça e de efetividade.

Diante desse cenário, deve-se considerar as observações de que o intencional hiato entre normatividade e realidade constitucionais, no âmbito do constitucionalismo semântico e nominalista ou simbólico, é deliberadamente deixado para que se opere a ruptura, pois se há apenas uma ilusão semântica, estimulada pela pragmática do poder e do *status quo*, e não há sentido normativo pré-dado, todo sentido é possível (Loewenstein, 1976, p. 216; Sartori, 1962, p. 858). Não há, nesse ambiente, mutação constitucional, mas uma Constituição mutante, desformalizada pela perda de sua capacidade de bloqueio às intenções de permanência da elite no poder e desmaterializada pela falta de significado normativo que importe compromissos prévios da práxis política e da dinâmica social. Para alguns, isso soa como a hipertrofia simbólica da Constituição e a sua intrínseca “desconstitucionalização fática” ou “concretização desconstitucionalizante” (Neves, 1996, p. 323).

Há três grandes fontes de mutação constitucional que se encontram em operação contínua: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, todos em conjunto com as práticas políticas, notadamente as convenções constitucionais e os partidos políticos (Albert, 2014). Elas atuam de modo simultâneo ou, mais comumente, separado, tanto no estabelecimento de novos institutos quanto na produção de caducidade dos existentes por *desuetudo*.

Normalmente relegado a plano meramente secundário, o Direito Consuetudinário, surge, na dogmática constitucional do *Civil Law*, como um processo tanto construtivo quanto erosivo dos sentidos normativos

(Jellinek, 1991, p. 37 *et seq.*, p. 51; Loewenstein, 1976). Num inventário declaradamente enunciativo, foram enumerados 87 exemplos de mudanças na Constituição dos Estados Unidos, feitas sem recurso ao processo formal de emendas e sem haver precedentes judiciais, dentre as quais destacam-se: (i) estruturas orgânicas – criação do gabinete do presidente, do serviço público civil federal, das cortes federais inferiores, das comissões de regulação independentes, das comissões parlamentares e do tamanho da Suprema Corte; (ii) distribuição e delegação de poderes políticos – *judicial review*, poder presidencial de negociar tratados, poder de embargo, ajuda federal aos estados, intimações (*subpoena*) e figura da desobediência (*contempt*) congressual; (iii) participação política e cidadania – limites do mandato congressual e adoção, pelos estados, de eleição direta para senadores; (iv) tarefa governamental doméstica – responsabilidade macroeconômica do governo federal, orçamento presidencial centralizado, criação do Banco Central (Federal Reserve), desenvolvimento do Estado de bem-estar; (v) relações internacionais – entrada nas Nações Unidas, na Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Organização do Tratado do Atlântico Norte (Otan) e aquisição dos territórios no oceano Pacífico (Whittington, 1999, p. 12).

À admissão desse processo mutagênico importa a consideração de que, mesmo nos modelos de Constituição documental ou codificada, podem existir outras fontes do Direito Constitucional que não se submetem ao rigor formal dos processos de emenda e revisão à Constituição (Coan, 2010; Fallon Jr., 1999, p. 546). Essa flexibilidade formal não pode ser interpretada, no entanto, como flexibilidade material, pois depende de fatores sociais e políticos, além de uma vinculação a precedentes ou a tradições que mudam, mas não com tanta facilidade, ou às vontades livres ou imediatas e arbitrárias dos atores mutagênicos (Strauss, 1996, p. 935).

A mutação constitucional como um fenômeno transconstitucional

As mudanças informais da Constituição são identificadas em diversos sistemas constitucionais, sobretudo naqueles mais longevos. Há uma relação direta entre essas mudanças e tempo, extensão e dificuldade de emenda da Constituição (Lutz, 1994). Poder-se-ia acrescentar, também, a relação direta das mudanças informais com o descompromisso e com a normatividade da Constituição, ou, ainda, com a falta de cultura constitucional (Zakaria, 2003). Esses fatores podem ou não atuar conjuntamente (Roberts, 2009). Nos Estados Unidos, a longevidade, a natureza sintética do texto e um processo complicado de emenda se somam na viabilização do fenômeno. Na Argentina, há uma soma dos elementos, embora incidam em graus diferenciados, inclusive no tempo (Gargarella, 2004; Sagües, 2003, p. 204 *et seq.*, p. 257).

A Constituição estadunidense só foi alterada formalmente 27 vezes desde 1787, tendo a última alteração ocorrido em 1992 (Lutz, 1994). As mudanças informais, no entanto, são bem mais frequentes, levando alguns autores a dizerem que as disposições do art. 5º seriam irrelevantes como indutoras de alteração constitucional ou do significado que as normas da Constituição apresentam (Ackerman, 1991, p. 266 *et seq.*; Strauss, 2001, p. 1460).

No Canadá, não é diferente. Há muitos meios formais de alteração constitucional; de regra, muito complicados. Essa pluralidade de meios é associada a fatores constitucionais, como o fato de haver uma parte da Constituição codificada e outra parte esparsa, ou mesmo não escrita, dificultando a identificação do *status* de boa parte das normas jurídicas. Mas também se associa a fatores extraconstitucionais ou a “políticas megaconstitucionais”, como a jurisprudência da Suprema Corte, as leis nacionais e provinciais e as convenções constitucionais, que têm permitido poucas alterações formais da Constituição (Albert, 2016; Russel, 2004, p. 72 *et seq.*, p. 75).

Na Alemanha, o número de emendas à Constituição é muito inferior às alterações que foram aportadas pela interpretação, sobretudo pela atuação construtiva do Tribunal Constitucional Federal. O rol de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive o direito ao meio ambiente sadio, foi, por exemplo, extraído da cláusula geral do Estado Social (Häberle, 2003, p. 63). A doutrina da eficácia dos direitos fundamentais e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, elevado à máxima central de todo ordenamento jurídico, são outras construções jurisprudenciais que importaram acréscimos de sentido sem alteração de texto.

No âmbito do federalismo alemão, as relações intergovernamentais permitiram a criação de estruturas e de políticas que não tinham previsão expressa na Constituição. Assim também ocorreu a mudança de significado de mandato parlamentar, de “cargos honoríficos” para “cargos profissionais”, por meio da legislação validada pelo Tribunal Constitucional Federal. O funcionamento parlamentar e a relação com o governo sofreram modificações, notadamente com o uso de voto de desconfiança numa situação de legitimidade constitucional limítrofe (Hofmann, 2012, p. 331-333).

Na Argentina, não são muitas as emendas constitucionais, embora costumem ser amplas e profundas. Em meio a diversas suspensões de validade do próprio texto constitucional, de interpretação judicial desse texto e de normas consuetudinárias fundamentais, há, por outro lado, muitas alterações informais (Ferreira, 2012, p. 222; Gargarella, 2004; Sagües, 2003, p. 204 *et seq.*, p. 257).

Na prática, o processo de revisão formal é também pouco utilizado na Bélgica, mas isso não significa que o texto constitucional se mantenha semanticamente intacto, por três razões básicas. A primeira tem a ver com aquelas leis que, embora sem *status* constitucional, têm sido utilizadas para promover as sucessivas reformas do Estado, incluindo quase todas as normas relativas à alocação de competências e de recursos financeiros às entidades federadas. Em segundo lugar, como em outros Estados federais, a interpretação dada pelas cortes, notadamente pelas cortes de arbitragem, tem levado à ressignificação de algumas cláusulas

constitucionais. Enfim, há diversas revisões implícitas, decorrentes da aprovação das revisões formais. As mudanças no texto de um artigo importam ajustes dos âmbitos de incidência e de sentido de outras normas (Behrendt, 2013, p. 38-39).

No Brasil, embora seja grande o número de emendas constitucionais e relativamente pouco o tempo de vida da Constituição, também são registrados alguns exemplos de mutações constitucionais, especialmente provocadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sem qualquer pretensão exaustiva, devem ser lembrados, no âmbito do federalismo, a construção jurisprudencial do princípio da simetria, que estabelece um limite implícito ao poder constituinte decorrente; o reconhecimento da eficácia geral e vinculante de suas declarações de inconstitucionalidade no controle concentrado e difuso, bem como da modulação de seus efeitos, antes de haver previsão constitucional ou legal (Mendes, 2004; Sampaio, 2002; Talamini, 2011); a exigência da fidelidade partidária (Brasil, 2007a, 2007b); a ampliação do conceito de família, de modo a incluir as uniões homoafetivas (Pedra, 2012); o enriquecimento da definição de “sexo” como critério de discriminação vedada, originariamente reduzida ao sentido anátomo-fisiológico, passando a referir-se ao gênero, orientação e identidades sexuais (Ávila; Rios, 2016); e a mudança do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna (Mendes; Vale, 2009).

Esse tema também ocupou a jurisprudência de outros países, por exemplo, nos Estados Unidos, em “*Obergefell v. Hodges*”, de 2015 (Estados Unidos, 2015).

Nem mesmo a ideia de Ackerman (1991) de democracia dualista, em que, além da rotina da vida política de um país, haveria momentos de alteração formal ou informal da Constituição, ajudaria: “A Constituição dos EUA mudou lenta e progressivamente de muitas maneiras que não são capturadas de forma alguma pelos momentos constitucionais de Ackerman” (Friedman; Smith, 1998, p. 30-31, tradução nossa).⁶¹

61 “*The U.S. Constitution has changed slowly and incrementally in many ways that are not captured at all by Ackerman’s constitutional moments.*”

As dificuldades normativas das mutações constitucionais

A mudança informal da Constituição traz sérios problemas ao constitucionalismo, pois subverte a ideia de rigidez constitucional e deixa aos jogos políticos, carentes de transparência, a oportunidade e conveniência de promover as alterações no texto constitucional (Levinson, 2006, p. 164). A inexistência de um dispositivo escrito ou de referências textuais introduzidas por esse tipo de mudança dificulta não apenas a identificação do que mudou, mas de como, em que bases ou por quais propósitos se operou a mudança, gerando um “código constitucional informal prolixo” (Strauss, 2001, p. 1504). O Judiciário e os cidadãos, portanto, não têm o controle sobre o processo, criando dificuldades democráticas ou, pelo menos, uma suspeição de sua legitimidade (Dorf, 1997, p. 1780-1781).

Há, no entanto, quem defenda o processo informal como necessário à dinâmica constitucional e federativa. A atividade atualizadora e integradora da Constituição por parte das cortes e, principalmente, dos atores políticos responderia a demandas que, de outro modo, não seriam atendidas ou seriam de modo tardio. A Constituição muda lentamente, de formas variadas que o processo formal é incapaz de captar (Friedman; Smith, 1998).

Um eventual déficit de legitimidade processual, decorrente do desvio das normas constitucionais que regulam o processo, seria compensado pela legitimidade política do processo informal, de articulação e percepção dos agentes políticos (Albert, 2014) ou por uma adequada atuação judicial que atualizaria, sem os sobressaltos e delongas do processo político formal, o significado de normas (Lutz, 1994, p. 364).

A indecidibilidade formal, no sentido tanto de uma atuação legislativa de emenda quanto de uma intervenção judicial ativa, teria a virtude de mobilizar o público e os representantes populares a construir alternativas que dinamizariam o sentido constitucional, sem comprometer o símbolo da sua escritura e a força de sua normatividade (Sunstein, 1996). Uma mobilização que leva a experimentações pela sociedade e à

diversidade política permite escolhas muito mais adaptáveis às transformações sociais e políticas, sem passar por um processo complicado de alteração do texto, cuja eventual falha gera ônus práticos adicionais, como déficit de normatividade e renovado esforço para correção (Whittington, 2002, p. 791).

Seria exatamente esse processo dialógico que envolve mobilização popular e debate interinstitucional que conferiria não apenas a legitimação necessária, mas uma possibilidade maior de eficácia normativa da mudança (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2001, p. 1276; Gerken, 2007, p. 934-935). É preciso, ademais, considerar, pragmaticamente, que nenhuma Constituição escrita, por mais extensa que seja, é capaz de regular todo processo político, havendo sempre um espaço para convenções não escritas e atuação judicial que complementam, integram e até, silenciosa e dissimuladamente, subvertem o texto constitucional (Friedrich, 1968, p. 318; Foley, 2011, p. 6-7; Wheare, 1966, p. 15). Há, portanto, benefícios adicionais ao federalismo pelas mutações constitucionais.

Os Estados federais, como sistemas complexos, seriam vulneráveis ao colapso rápido, que pode ser desencadeado por mudanças constitucionais formais. A emenda constitucional informal, diferentemente, permitiria que o sistema fizesse uma espécie de “*backup*”, que possibilitaria a recuperação do modelo original ou anterior sempre que houvesse uma ultrapassagem dos limites entre a adaptação e o colapso, por exemplo, a destruição de um dos níveis de governo (Bednar, 2010, p. 27). E isso só seria possível porque o processo informal se opera, como visto, por meio de experimentações viabilizadas pela ambiguidade do texto constitucional, que passam por um filtro de aceitação mais ponderada e mais lenta, sem os solavancos das alterações formais (Whittington, 2002, p. 791).

A existência de mecanismos de seleção das experiências produtoras e de rejeição daquelas prejudiciais funcionaria como um sistema de salvaguardas federativas. Esses mecanismos seriam fornecidos pelo controle judicial de constitucionalidade; pelo próprio sistema estrutural do federalismo – incluindo a fragmentação e incorporação das entidades

subnacionais na tomada de decisões a nível federal, que não pode ser esquecida, mesmo na dinâmica dos processos silenciosos de mudança; pelo sistema partidário e seu funcionamento; e pelas relações intergovernamentais com seus mecanismos de estímulos e sanções, além, é claro, da opinião pública e da participação popular. Essas salvaguardas aquilatariam as mudanças constitucionais, muitas vezes de forma implícita, e podem tanto atuar de modo sequencial como simultâneo (Bednar, 2010, p. 9).

Mutação constitucional e federalismo

A participação das entidades subnacionais no processo de emenda ou reforma constitucional, direta ou indiretamente, é um poderoso instrumento de construção de garantia e de lealdade federativas e de defesa dos interesses daquelas entidades, além de uma garantia do próprio Estado federal (Albert, 2014, p. 957 *et seq.*; Livingston, 1956, p. 234 *et seq.*, p. 312-313). A efetividade dessa participação é relacionada, frequentemente, com o grau de rigidez da Constituição. Como se viu, em muitos Estados federais, há quóruns diferenciados para aprovação de mudanças constitucionais, sendo tanto maiores quanto mais sensíveis forem as matérias tratadas.

Existe uma tendência de correlação entre o maior rigor e dificuldade para reformar a Constituição e o número de emendas constitucionais realizadas, de modo que a mutabilidade da Federação se tornaria, na prática, intimamente dependente da vontade das entidades que a constituem (Closa, 2012; Rasch; Congleton, 2006, p. 334). Nem sempre, porém, a realidade reflete as pretensões do texto ou as exigências conceituais (Ferejohn, 1997, p. 524). É de se notar que alguns Estados unitários também apresentam instrumentos de participação das entidades menores, como no Afeganistão, Albânia, Angola, Belarus, Bolívia, Bulgária, Burkina Faso, Burundi, Colômbia, Guiné, Moldávia, Namíbia, Nicarágua, Portugal e Espanha (Marshfield, 2015).

Em alguns sistemas, há leis constitucionais esparsas que embaralham os critérios de rigidez, pois entraram em vigor sem um processo constituinte ou sem um procedimento de emenda, embora, geralmente, devam seguir

os mesmos ritos de reforma previstos para as demais normas constitucionais serem modificadas. Há, ainda, o artifício, nem sempre captado pelos limites que as Constituições impõem ao poder de emenda, de desconstitucionalização, pelo processo de emenda ou por concretização legislativa, de certos assuntos que subtraem o quórum qualificado para modificá-los (Eskridge; Ferejohn, 2001).

Mesmo que haja a participação da Casa Alta no processo legislativo ordinário, o rebaixamento da maioria de aprovação exigida, associado, por vezes, à desnecessidade de intervenção daquela Casa ou ao seu poder de veto meramente relativo, reduz o poder das entidades subnacionais de integrar a vontade nacional. Esses fenômenos de leis constitucionais avulsas e de desconstitucionalização podem levar a “reformas constitucionais implícitas” (Behrendt, 2013, p. 39; Stelzer, 2013, p. 21-22).

Como se notou com a Austrália e a Suíça, o rigor formal não pode ser dissociado das peculiaridades e contextos de cada Constituição e Estado. As constituições mais antigas, pela tendência de serem mais curtas e conterem cláusulas semanticamente abertas, tendem a ter, relativamente, menos alterações formais, enquanto os textos constitucionais mais novos e extensos apresentam um índice alto de alterações (Dixon, 2011, p. 106; Lutz, 1994, p. 357 *et seq.*). Assim, quanto mais o povo se identifica com a Constituição (Griffin, 1998, p. 53) e quanto menos o sistema partidário propicia maiorias confortáveis, menores são os índices de reformas (Choudhry, 2007). Tanto regimes menos democráticos quanto Estados em fase de redemocratização testemunham um incremento do número de emendas (Roberts, 2009, p. 101-102).

O próprio referendo pode trazer impacto à participação efetiva das entidades subnacionais no processo de reforma da Constituição. Em se tratando do referendo assemblear, há um reforço à intervenção subnacional nas mudanças constitucionais, embora mantenha um resíduo de ameaça à autonomia daquelas entidades que ficam vencidas na votação nacional (Rodean, 2016). Mais grave é quando se limita ao referendo popular, pois, nesse caso, a participação das unidades se faz apenas reflexa ou indiretamente, não havendo, muitas vezes, coincidência direta entre os

interesses das entidades e a vontade popular manifestada no referendo (Rodean, 2016).

A rigidez formal tende a ser maior quanto mais etapas e maior quórum de aprovação e participação subnacional são exigidos, e, portanto, mais difícil será emendar a Constituição (Closa, 2012; La Porta *et al.*, 2004, p. 451; Lutz, 1994, p. 364). Porém, apenas em parte o número de emendas constitucionais confirma essa tendência.

Na Áustria, desde 1945, houve mais de 800 modificações de normas constitucionais, a maioria delas na forma de leis constitucionais (Garlicki; Garlicka, 2012, p. 185). No México, entre 8 de julho de 1921, data da primeira reforma da Constituição, e 29 de julho de 2010, houve 231 emendas constitucionais (México, [s. d.]). Na Suíça, contabilizam-se 140 modificações entre 1848 e 1999, ano da revisão total (Groppi, 2002, p. 206). Na Índia, foram 101 emendas à Constituição entre 1951 e 6 de setembro de 2016 (Krishnaswamy, 2009).

O Brasil passou por 96 emendas entre 5 de outubro de 1988 e 16 de junho de 2017 (Brasil, [s. d.]). A Lei Fundamental de Bonn foi modificada 63 vezes desde sua promulgação em 1949 até dezembro de 2016 (Passchier, 2017). Na Malásia, houve 57 emendas até setembro de 2015 e, segundo alguns autores, esse número pode ser maior do que 650, em virtude dos artifícios utilizados pelo governo malaio (Faruqi, 2005). A Constituição estadunidense só foi alterada formalmente 27 vezes desde 1787, a última datada de 1992 (Lutz, 1994, p. 359). Já foram feitas 22 emendas à Constituição paquistanesa, entre 1973 e 2016, muitas delas para atender interesses do regime de exceção que tem vigorado no país, violando características constitucionais básicas e os vínculos de coordenação entre União e províncias (Sial, 2010, p. 59). Na África do Sul, o número é de 17 emendas constitucionais desde 1996 até 2013 (Abebe, 2014; África do Sul, [s. d.]). Desde 1906, apenas 8 dos 44 referendos foram aprovados na Austrália (Dixon, 2011, p. 98; Hughes, 1994, p. 160 *et seq.*). Por fim, na Argentina, foram 6 as reformas constitucionais, embora tendam a ser mais amplas e profundas (Sagües, 2003, p. 204 *et seq.*).

Diversos estudos procuraram estabelecer um *ranking* dos Estados federais, conforme a dificuldade, estabelecida pelas respectivas constituições, para sua modificação. Lijphart, por exemplo, identificou os textos constitucionais da Austrália, do Canadá e da Suíça como os mais difíceis de serem modificados (Lijphart, 1999). Lorenz, por sua vez, considerou a Constituição da Bélgica como a mais complicada para sofrer alterações, seguida das dos Estados Unidos, da Austrália, do Canadá, da Suíça e da Áustria (Lorenz, 2005, p. 358-359).

Lutz (1994) apresentou uma classificação um pouco diferente, mas que revelou certo consenso em torno de quais textos constitucionais são menos propensos a modificações formais. Nesse quesito, os Estados Unidos ficaram em primeiro lugar, seguidos por Suíça, Austrália, Bélgica, Argentina, Índia, Alemanha e Malásia (empatados em segundo lugar), e por Brasil e Áustria (Lutz, 2006, p. 170). As diferenças apresentadas decorrem de aspectos mais pontuados por uns que por outros, bem como das diferentes amostragens que tomaram em seus estudos (Lorenz, 2005; Roberts, 2009). Esse rigor formal (ou grau de rigidez) tem, por certo, correlação com o número de emendas feitas, o que se dá, em menor medida, pelas “supermaiorias” requeridas (Lorenz, 2005; Roberts, 2009) e, em maior medida, pelo número de agentes e instituições que intervêm no processo, os “*veto players*” (Rasch; Congleton, 2006). Porém, somente o grau de rigidez constitucional é pouco para explicar o funcionamento e as relações entre as emendas e o poder central. Há diversos componentes fáticos que possibilitam ou dificultam o processo formal de emenda. A cultura e a história constitucionais, o grau de heterogeneidade social e o desenvolvimento econômico contam uma parte importante do fenômeno (Ginsburg; Melton, 2015, p. 695).

Em alguns Estados, há, por exemplo, uma recorrente história de alta frequência de reformas constitucionais, podendo-se falar de uma cultura de emendas, em regra associadas à solução de males da política e de crises institucionais ou como decorrência da extensão do texto (Elkins; Ginsburg; Melton, 2009, p. 227-228; Ginsburg; Melton, 2015, p. 695-696). Há outras variáveis *de facto* que também influenciam no processo: a relação entre as casas legislativas (Kabbani, 2016); as circunstâncias

e a natureza das relações intergovernamentais (Behnke; Benz, 2009); a agenda simultânea de reformas constitucionais e legais que podem levar a confusões e barganhas dos atores envolvidos (Kabbani, 2016); e o comportamento dos partidos políticos (Closa, 2012). Em muitos Estados federais, a representação de interesses das entidades subnacionais é superada pelos interesses partidários (Livingston, 1956, p. 130 *et seq.*; Marshfield, 2015).

Deve-se ficar atento ao fato de que, embora o processo formal seja um dos meios de reforma da Constituição, ele nem sempre é, na prática, o mais usual ou importante (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2001; Oliver, 1999; Rasch; Congleton, 2006; Roberts, 2009; Strauss, 1996). O fenômeno das mudanças informais, emendas implícitas ou mutações constitucionais acaba tendo uma importância, por vezes, maior do que as alterações textuais, mesmo consideradas as variáveis *de facto*, sobretudo nas Constituições mais longevas (Tsebelis, 2017). A interpretação dada pelo Judiciário, especialmente pelos órgãos de cúpula, as Supremas Cortes ou os Tribunais Constitucionais, aliada ao comportamento dos partidos políticos (Martin; Rasch, 2013) e aos costumes e convenções constitucionais (Murphy, 1995, p. 165; Young, 2007), possibilita mudanças significativas na ordem constitucional, inclusive no próprio federalismo, sem a necessidade de contar com a participação das entidades subnacionais para reformas do texto constitucional (Oliver; Fusaro, 2011).

O conceito clássico de Estado federal requer, dentre outros elementos, a participação das entidades subnacionais intermediárias, os estados-membros, províncias, regiões ou *Länder*, nos processos legislativos federais, inclusive naqueles que se destinam a modificar o próprio texto da Constituição Federal. Essa participação pode se dar de modo direto ou indireto. Diretamente, as entidades podem tanto apresentar as propostas de emenda constitucional, o que não é muito frequente entre os sistemas federais, como referendá-la, por meio das respectivas assembleias. Indiretamente, elas atuam mediadas pela Casa Alta, que, na grande maioria das federações, as representam, ou, ainda, por meio de referendo popular, que envolve os cidadãos que habitam seus territórios.

A alternativa referendária está presente na maioria dos Estados federais mais antigos, como os Estados Unidos e a Suíça, embora seja também prevista naqueles autointitulados federais, mas que não têm uma casa representativa no Legislativo Federal, como Comores e Micronésia. É preciso notar que, normativamente, a rigidez constitucional é garantia do próprio federalismo, tanto pelo obstáculo, pelo menos formal, que impõe mudanças da conformação federal como por viabilizar essa participação, de modo que, sem a voz das entidades subnacionais, não tem vez a modificação constitucional.

Esse pressuposto normativo nem sempre é atendido plenamente na realidade. O funcionamento democrático e os interesses partidários, mesmo nos processos que incluem referendos, podem sobrepor-se a interesses dessas entidades. Depois, o processo formal de mudanças não é, por vezes, a única nem a principal via de alterações constitucionais. As “mutações”, “alterações informais” e “emendas implícitas” da Constituição podem responder pelo número e qualidade maiores dos processos de mudanças constitucionais, contornando a exigência de participação daquelas entidades.

O Estado federal pressupõe, dentre outros elementos conceituais, a existência de uma Constituição formal que reconheça a autonomia e a competência das unidades constitutivas, além da participação dessas unidades, por meio de representantes na Casa Alta (Senado ou Conselho), nos processos deliberativos nacionais, inclusive nas reformas da Constituição (Burdeau, 1972, p. 51; Scelle, 1944, p. 194). A mutação constitucional pode comprometer esses pressupostos. Como as mutações constitucionais são alterações silenciosas da Constituição, essa participação fica prejudicada, ainda que se imagine, em algumas circunstâncias, a contribuição dos Estados (ou de alguns deles) no processo. Todavia, não há segurança formal para esses pressupostos, pois a falta de institucionalidade e de previsão pode levar não apenas a arranjos políticos *ad hoc*, mas também a discriminações de algumas entidades federativas nos processos deliberativos federais. Em segundo lugar, o próprio desenho do federalismo adotado e a repartição de competências podem ser informalmente alterados. Em verdade, o Estado federal

dos Estados Unidos nasceu altamente descentralizado, e os estudiosos dividem em diversas etapas a história do federalismo nos Estados Unidos: (i) dualista descentralizado (1790-1860); (ii) de transição, com o aumento gradual do poder central (1860-1933); (iii) cooperativo, caracterizado pelo crescimento substancial das competências federais, notadamente pelo desenvolvimento de programas sociais decorrentes das respostas do *New Deal*⁶² à Grande Depressão de 1929 (1933-1964); (iv) criativo, marcado pela assunção de um papel direto e ativo da União nos problemas dos governos estaduais e locais (de 1964 ao final dos anos 1980); e (v) novo (final da década de 1980 aos dias atuais) (Inman; Rubinfeld, 1997, p. 43-44; Schapiro, 2009). Assim, a interpretação que a Suprema Corte do país deu às cláusulas das competências federais modificou profundamente essa concepção original, tornando-o um Estado mais centralizado (Sampaio, 2002, p. 599 *et seq.*).

A doutrina dos poderes implícitos às competências enumeradas e o significado de “comércio interestadual”, por exemplo, possibilitaram uma ampliação dos poderes da União. O federalismo dual, de origem, deu lugar a um federalismo, se não cooperativo, menos competitivo (Inman; Rubinfeld, 1997). Essas mudanças foram promovidas a partir do *New Deal* como exigência de um Estado mais intervencionista. Um exemplo é a mudança, em 2000, do *Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994* (Lei de Controle de Crimes Violentos e Aplicação da Lei, em tradução livre), destinada a enquadrar a lei na cláusula do comércio, de modo a superar a decisão em “United States v. Lopez” (Estados Unidos, 1995), que considerara o texto original da lei, que proibia a venda de armas nas vizinhanças das escolas, inconstitucional por não dizer respeito àquela cláusula (Young, 2007, p. 459).

Por volta de 1993, o entendimento consolidado desde a época do *New Deal* era de que a União poderia legislar sobre diversas matérias não previstas na Constituição, desde que tivessem conexão com a cláusula do comércio ou com a promoção de direitos civis, com base na

62 *New Deal* é o nome dado ao conjunto de reformas promovidas nos Estados Unidos entre 1933 e 1939 para lidar com os desafios impostos pela crise econômica de 1929, que afetou a economia estadunidense e de diversos outros países.

XIV^a Emenda (Seção 5), e que houvesse nítida intenção de promover objetivos nacionais. Chegou-se a aceitar que a União dispusesse até sobre direitos mínimos que deveriam ser assegurados pelos estados e municípios a seus servidores, como visto em “Garcia v. San Antonio Metropolitan Transportation Authority” (Estados Unidos, 1985). Entretanto, nos anos 1990 houve uma guinada em direção contrária a essa orientação, com o “novo federalismo” se infiltrando na oportunidade que se abriu com essas jurisprudências, mesmo que à custa de direitos civis e políticos, procurando retomar as bases de um federalismo centrífugo e menos regulado, anterior ao *New Deal*.

Em “United States v. Lopez”, de 1995, pela primeira vez desde o *New Deal*, a Corte impôs limites à competência do Congresso para legislar sobre a cláusula do comércio, ao declarar inconstitucional uma lei de 1990, o *Gun-Free School Zones Act* (Lei de Zonas Escolares Livres de Armas, em tradução livre), que proibia a posse de armas em lugares próximos a escolas: a lei não demonstrava substancial impacto sobre o comércio interestadual (Estados Unidos, 1995). Em “City of Boerne v. Flores” (Estados Unidos, 1997b), a decisão da Corte limitou o poder do Congresso para aprovar leis de proteção dos direitos civis, nos termos da Seção 5 da XIV^a Emenda, exigindo adoção de “remédios” congruentes e proporcionais à gravidade e frequência das violações de direitos civis reconhecidos pela Corte (Balkin; Levinson, 2001).

Nos Estados Unidos, não raramente, as definições de competências federativas são feitas com a integração da interpretação do legislador à dos juízes. Não se tomam em conta as normas constitucionais, mas o seu desenvolvimento em leis, especialmente nas “superleis”, para definir ou redefinir as fronteiras de competências (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2001). “Gonzales v. Oregon” é um exemplo disso (Estados Unidos, 2006a). O estado do Oregon legalizou o suicídio assistido por médico em 1994. Os medicamentos que poderiam ser utilizados no procedimento, no entanto, estavam também sujeitos à regulamentação federal com base na Lei de Substâncias Controladas (CSA). Com base nessa lei, o procurador-geral dos Estados Unidos incluiu tais medicamentos na lista de drogas proibidas. A Suprema Corte entendeu que a regulamentação

do procurador-geral era inválida, dentre outras razões, porque permitia que a União tratasse de um assunto que estava no âmbito da competência primária dos Estados, a profissão médica (Estados Unidos, 2006a). A Corte pouco se valeu do texto da Constituição e seus fundamentos para divisar as fronteiras de competências se limitaram, na verdade, às disposições legais (Young, 2007, p. 431).

Em diversas oportunidades, a Corte afirmou ainda que os estados não podiam ser processados, com base em leis federais, por violação de direitos civis. Em “*Seminole Tribe v. Florida*”, de 1996, a Corte declarou inconstitucional a obrigatoriedade de os estados terem de negociar com as comunidades indígenas, sob pena de serem por elas processados (Estados Unidos, 1996). A possibilidade de os estados serem processados também foi considerada inconstitucional nos casos de violação às leis federais de proteção aos portadores de necessidades especiais – “*Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*” (Estados Unidos, 2001a) –, de combate à violência contra a mulher – “*Morrison v. United States*” (Estados Unidos, 2000a) – e de tratamento discriminatório – “*Alexander v. Sandoval*” (Estados Unidos, 2001b).

Os instrumentos de estímulo à cooperação foram também questionados. A competência da União para criar determinada política pública e condicionar o repasse de verba aos estados para o cumprimento dessa política, mesmo no âmbito das competências estaduais, o chamado *federal spending power*, ou *spending clause* (respectivamente, “poder federal de gastos” e “cláusula de gastos”, em tradução livre), havia sido reconhecido em, pelo menos, dois casos: “*Steward Machine Co. v. Davis*”, de 1937 (Estados Unidos, 1937), e “*South Dakota v. Dole*”, de 1987 (Estados Unidos, 1987). Entretanto, a Corte afirmou que a referida cláusula não podia ser empregada para coagir os estados a aderirem a um programa criado pelo governo federal, embora não tivesse reconhecido essa coação nas duas oportunidades dos casos mencionados, o que levou parte da literatura a afirmar que se tratava de uma proibição teórica ou de mera *obiter dictum* (Huberfeld; Leonard; Outtersson, 2013).

Em 2012, porém, julgou que a expansão do Medicaid, promovida pelo *Patient Protection and Affordable Care Act* (Lei de Proteção ao Paciente e Cuidados Acessíveis, em tradução livre, mais conhecida como “Obamacare”) para incluir uma nova categoria de beneficiários, era inconstitucional por dar poderes ao Executivo Federal de suspender os repasses relacionados aos antigos programas de assistência à saúde se não houvesse adesão ao novo programa. A depender de como esse precedente venha a ser usado, ele pode comprometer a efetividade de políticas que exijam grau de cooperação entre as unidades federativas (Balkin; Levinson, 2001, p. 1057). Desde então, o cenário que se desenha ainda é incerto, embora se aposte na manutenção das linhas descentralizantes do “novo federalismo” (Conlan, 2017; Conlan; Posner, 2016; Kahn, 2013).

No Canadá também há vários exemplos de mudanças informais da Constituição. Existe, no Ato Constitucional de 1867 (Canadá, [1867] [s. d.]), a previsão de que o Executivo provincial pode, alternativamente ao seu poder de sanção, encaminhar um projeto de lei, aprovado pelo Legislativo local, para sanção federal. No mesmo dispositivo, admite-se que o governo federal possa, literalmente, revogar uma lei aprovada pelas províncias. Esses poderes federais, que punham em dúvida a própria natureza federal do Estado, passaram a ser considerados anacrônicos, não sendo utilizados pelos governos ao longo do tempo e tidos como revogados por convenções constitucionais (Heard, 1991; Albert, 2014).

Diversas decisões judiciais sobre a repartição de competências entre a União e as províncias reforçaram a ideia de que entre elas não havia hierarquia, o que auxiliou a compreensão de que tais poderes, ainda que presentes no texto constitucional, não mais podiam ser exercidos (Stevenson, 1982, p. 189). A própria legislação, no passo dessas convenções, criou um mecanismo para o governo federal consultar a Suprema Corte sobre a interpretação ou constitucionalidade de uma lei federal ou provincial, o que, para muitos comentadores do constitucionalismo canadense, foi a “pá de cal” naquelas competências (Albert, 2014; Heard, 1991, p. 103 *et seq.*; Strayer, 1988, p. 332).

As propostas de reformas federativas, por meio de emenda à Constituição, falharam no curso dos anos 1980 e início dos anos 1990. Tantas foram as negociações que, com o último fracasso do Acordo de Charlottetown,⁶³ houve uma “fadiga constitucional” (Benz, 2008, p. 11). Entretanto, diversas modificações foram promovidas na estrutura e, principalmente, no funcionamento do Estado federal, por meio de novas rodadas de negociações entre os agentes políticos e as entidades federativas.

As organizações aborígenes ganharam autonomia e acesso a várias organizações intergovernamentais. A criação do Conselho da Federação, por um acordo entre as províncias, possibilitou maior cooperação federativa. Da mesma forma, diversas resoluções do Parlamento Federal, aprovadas em 1995 e em 2006, bem como a Declaração de Calgary,⁶⁴ de 1997, assinada por todas as províncias e territórios (exceto o Quebec), reconheceram o Canadá como uma federação multinacional. O Estado canadense é exemplo de como as forças políticas e o Judiciário podem mudar o federalismo sem modificar o texto da Constituição (Courchene, 2008, p. 3; Papillon, 2008, p. 308).

Na Alemanha, embora o texto constitucional seja bem mais recente do que o dos Estados Unidos e o do Canadá, foram criados diversos procedimentos e instituições de cooperação federativa, a exemplo das conferências dos presidentes dos *Länder*, bem como mecanismos regulamentadores e financeiros, de interação entre o governo central e os governos dos estados. Tais procedimentos forneceram um significado e uma dinâmica ao Estado federal alemão que a frieza literal dos dispositivos não poderia prever (Hofmann, 2012, p. 331-332).

No Brasil, o Estado federal, caracteristicamente centrípeto, não tem um desenvolvimento adequado no nível de articulação política, que é

63 O Acordo de Charlottetown foi uma tentativa de reforma da Constituição do Canadá feita no ano de 1992, que visava, entre outros objetivos, conferir mais autonomia às províncias do país por meio da descentralização do poder do governo federal.

64 A Declaração de Calgary, ou Acordo de Calgary, consiste em um entendimento que se deu entre a maior parte dos primeiros-ministros das províncias e territórios canadenses em relação às possibilidades legais de futuras emendas à Constituição do país.

reduzida, basicamente, a negociações em espaços *ad hoc* ou puramente formais, com exceções pontuais, mas ainda assim complicadas, das políticas descentralizadas de educação e de saúde (Abrucio, 1998; Abrucio; Franzese, 2007; Duarte; Santos, 2014). Ao contrário das leituras de que a Constituição havia tornado a política federal refém dos governadores (Abrucio, 1998), o que se vê é um predomínio da União nesses espaços e mesmo no âmbito do Senado Federal, com a prevalência de pautas relacionadas a suas macropolíticas, inclusive em detrimento de interesses concretos dos estados (Loureiro, 2001; Neiva; Soares, 2013).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também segue a mesma tendência, orientando-se por dois princípios não escritos: um, sequer expresso nas decisões; outro, vindo de longa data nos debates dos ministros. O primeiro, nem escrito nem falado, manifesta-se numa tendência de aplicação do postulado *in dubio pro unionem*, em caso de conflitos de competências entre poder central e periferia, com um leve destaque para um rebelde e impreciso interesse local, que se intercala, por vezes, no reconhecimento de atribuições municipais (Sampaio, 2002, p. 631 *et seq.*). O segundo referindo-se à polêmica “simetria” que estabelece um limite implícito ao poder constituinte decorrente. Por meio desse princípio, exige-se que a estrutura e os órgãos das constituições dos estados reproduzam os modelos previstos na Constituição Federal (Brasil, 1988). Como há pré-ordenação de quase tudo no texto federal, a aplicação desse princípio praticamente anula a esfera de autonomia autoconstitucional dos estados (Sampaio, 2002, p. 796).

Mutação constitucional pelo Poder Legislativo

Pouco se tem examinado acerca do papel mutagênico do legislador. Em mente, tem-se a atividade de concretização legislativa dos enunciados constitucionais e a ideia de que haverá sempre um Judiciário vigilante para decretar-lhe os excessos, mantendo a integridade constitucional. Porém, nem sempre é fácil divisar se o legislador atua nos esquadros constitucionais ou foge deles, pois o que se tem é uma interpretação sobre interpretação (Sampaio, 2002, p. 722 *et seq.*). Nesse âmbito, dever-se-iam diferenciar as tarefas legiferantes permitidas, exigidas e vedadas, mas, a não ser por esquematismos dogmáticos, essa tripartição pode desafiar o entendimento do fenômeno. Note-se, por exemplo, que o legislador é chamado a densificar os enunciados de direitos fundamentais, mas não pode limitá-los se não for autorizado e, ainda assim, deve agir com parcimônia ou, como voga, com proporcionalidade. Ocorre que entre a densificação e a limitação pode haver um “espaço cinzento” em que, ou por um apuro hermenêutico ou por discricionariedade, é difícil dizer o que de fato sucedeu (Sampaio, 2013, p. 689 *et seq.*).

Por influência alemã e portuguesa, a terminologia empregada no Brasil para designar o processo de “efetuação” ou de tornar efetivas (formal e materialmente) as normas constitucionais é variada. “Concretização” atualmente é o termo mais empregado. Contudo, ele pode indicar tanto a tarefa geral (e longa) do percurso que vai da abstração normativa à sua aplicação prática pelo legislador, administrador e juiz – ou, na ampla e despercebida rotina cotidiana, pelos indivíduos – como pode significar, mais especificamente, uma “norma de decisão” ou o ato de aplicação da norma. No primeiro caso, poderia haver a mediação do legislador

(a “regulamentação” com suas variantes de “mera” regulamentação, restrição e limitação), da administração (também responsável pela regulamentação das normas e pela execução de programas e políticas) e do juiz (com ou sem a mediação dos dois atores previamente citados).

“Densificar” é dar precisão ao sentido dos enunciados, uma tarefa que é envolvida pela concretização. Em toda operação concretizante, há sempre um processo de interpretação.⁶⁵

A crença numa correção pelo Judiciário é contrafactual. Não porque não possa ocorrer nos sistemas que a preveem, mas porque é impossível dar conta de fiscalizar a quantidade de normas que são produzidas, e as indeterminações semânticas a remetem para aquele âmbito cinzento há pouco referido. Há um levantamento das leis federais declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos de 1803 a 2008. Note-se o tempo e o número de afirmações da ilegitimidade constitucional diante da profusão legislativa nesse país que pode servir de baliza a estudos, por exemplo, no Brasil (Estados Unidos, [s. d.]). Se há uma presunção de constitucionalidade das leis, a dúvida deve favorecer a validade. Em vista disso, é o legislador – e não, como se costuma crer, o juiz – quem mais promove as mudanças informais na Constituição (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 12-13). A doutrina dos diálogos institucionais pode atenuar a observação: juízes, legisladores e administração pública interagem sob o olhar da opinião pública (Staszewski, 2010).⁶⁶ Na tarefa de concretizar a legislação, o Judiciário acrescenta, remodela, completa e suprime sentidos que, sistematicamente, modificam sintática e semanticamente a ordem jurídica e a Constituição. Quando o intérprete judicial examinar o material legislativo, ele levará em conta, além dos enunciados em questão, os significados do conjunto que passam a integrar seu processo hermenêutico (Dixon, 2011, p. 670).

65 Cf. CANOTILHO, 1982, p. 332; GUEDES, 1995; HÄBERLE, 1997, p. 92 *et seq.*; MIRANDA, 1993, p. 287 *et seq.* Sobre as “teorias concretizantes” alemãs, cf. SAMPAIO, 2013, p. 432 *et seq.*

66 Sobre os limites e contingências do Judiciário, cativo da opinião pública e das instituições políticas, cf. FRIEDMAN, 2009, p. 367 *et seq.*; WHITTINGTON, 2002.

Não se pode desprezar as mudanças de interpretação do próprio legislador, derivadas dos contextos sociopolíticos e, como dizia Jellinek (1991), das “opiniões variáveis dos homens”. O que parece inconstitucional num determinado momento surge mais tarde como constitucional, promovendo-se, assim, uma mutação. As leis transitam de um polo a outro, expressando os câmbios de interpretação (Jellinek, 1991, p. 15).

Essa tarefa ordinária de “concretização” constitucional ocorre em todos os sistemas com constituições rígidas, mas é mais perceptível naqueles que não adotam o modelo documental ou codificado de Constituição, como a Austrália. Neles, há uma relativa (ou mais evidente) indefinição entre os espaços normativos da Constituição e das leis ordinárias ou, pelo menos, de algumas leis ordinárias que tratam de matérias intimamente relacionadas aos temas constitucionais (Lim, 2017, p. 16-17, p. 20).

O mesmo se poderia dizer, embora com algum cuidado, em relação às constituições “plásticas” ou remissivas ao legislador. Nesses casos, o próprio texto constitucional deixa para a lei – e a sua mais flexível alteração – a tarefa de definição do conteúdo das normas constitucionais, embora, pelo menos em certos domínios, haja esforços para construir alguns limitadores à discricionariedade legislativa, como as exigências de proporcionalidade e a proibição de retrocesso social ou, mais recentemente, de prejuízo socioambiental.

No caso norte-americano, que também se aplica ao Canadá, boa parte das mudanças no papel do Estado como regulador da economia foi promovida pela legislação sem que houvesse alterações no texto constitucional. Lembremos, a propósito, das leis sobre direitos civis aprovadas no chamado “período da Reconstrução” dos Estados Unidos, que se deu após a Guerra de Secessão (1861-1865). Diversos instrumentos legais deram aos ex-escravizados direitos que lhes haviam sido negados, notadamente pelos estados do Sul, desde a liberdade contratual até o direito de casar e estabelecer família. Concedeu-se aos afrodescendentes do sexo masculino o direito de voto e de ocupar cargos públicos. Houve, nesse período, três emendas à Constituição estadunidense: a XIII^a Emenda, ratificada em 1865, aboliu a escravidão; a XIV^a Emenda,

proposta em 1866 e ratificada em 1868, garantiu a cidadania estadunidense a todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, dando-lhes os direitos civis federais; a XVª Emenda, proposta em 1869 e aprovada em 1870, proibiu a privação de direitos políticos com base em raça, cor ou condição prévia de escravização (Ackerman, 1991, 1998; Franke, 1999; Maltz, 1990).⁶⁷

O Banco Central dos Estados Unidos, às vezes chamado de “instituição mais poderosa do país” (Meyer, 2004, p. 11), foi criado por uma lei (*Federal Reserve Act of 1913* – ou Lei da Reserva Federal, em tradução livre), sem que houvesse qualquer previsão constitucional para essa finalidade. Essa observação já era feita por estudiosos no início do século XX (Llewellyn, 1934, p. 21). No curso do *New Deal*, diversos diplomas legais ampliaram a competência de intervenção do Estado na economia e nas relações laborais, bem como estabeleceram princípios que balizariam leis futuras, a ponto de gerarem discussões sobre a validade de normas que viessem a contrariá-los. Tornaram-se, os próprios diplomas legais, parâmetros de leis.

Em seguida, o Poder Judiciário veio a ratificar essa mudança operada pela legislação e a lhe dar o selo de superioridade normativa ou de parâmetro de controle (Ackerman, 1991, p. 267-268; Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 1235-1236). Em diversos momentos, esse controle de legalidade diferenciada foi realizado pelos tribunais: a conformidade dos regulamentos das agências administrativas às leis que as constituíram pode ser vista no caso “AT&T Corp. v. Iowa Utils. Bd.” (Estados Unidos, 1999b); e a conformidade das leis estaduais com a lei federal em todas as suas formas está presente no caso “De La Cuesta v. Fidelity Fed. Sav & Loan Assn.” (Estados Unidos, 1981b). No silêncio constitucional sobre o primeiro caso e no exercício claro de uma função constitucional expressa no segundo, esse controle de legalidade é um mecanismo expansivo do bloco de constitucionalidade, também não previsto na Constituição documental ou canônica (Young, 2007, p. 460). Mesmo quando a iniciativa parte da

67 Sobre o papel das leis, cf. ACKERMAN, 1991, p. 92 *et seq.*; sobre a imposição da força do Congresso estadunidense às cortes, cf. ACKERMAN, 1991 p. 97 *et seq.*, 1998, p. 225 *et seq.*

Suprema Corte, pode ser que se faça necessária a aprovação de uma lei para que o entendimento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma se torne efetivo (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 6; Sunstein, p. 176). Foi o que se deu, por exemplo, no caso do fim da segregação dos negros nas escolas públicas estadunidenses, declarada inconstitucional em 1954, mas que somente em 1964 se tornou lei, por meio da promulgação do *Civil Rights Act* (ou Lei dos Direitos Cívicos, em tradução livre).

Essas “leis-quadros”, por lá conhecidas como “leis constitutivas” (Young, 2007) ou “superleis” (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010), possuem um *status* quase constitucional. Diferentemente das demais leis, elas influenciam a compreensão de um dado ramo ou instituto constitucional, detendo uma dignidade formal e material diferenciada que lhes dá a função de cânone normativo (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010). Entre elas, no contexto jurídico dos Estados Unidos, estão, por exemplo, a Lei Antitruste (*Sherman Act*), de 1890, a Lei de Direitos Cívicos, de 1964, e a Lei das Espécies Ameaçadas de Extinção (*Endangered Species Act*), de 1973 (Eskridge Jr.; Ferejohn, 2010, p. 1230 *et seq.*).

No Canadá, a Carta de Direitos (*Bill of Rights*), de 1960, e a Lei da Saúde (*Canada Health Act*) também têm esse caráter de superestatutos (Albert, 2014). Pode-se atribuir essa atuação legislativa nos dois países ao caráter sintético de suas constituições, mais nos Estados Unidos do que no Canadá, e à *Common Law*. Entretanto, mesmo nos países da *Civil Law* e com textos constitucionais mais extensos, o fenômeno também ocorre.⁶⁸

Com exceção dos tratados de direitos humanos ratificados sem os rigores das emendas à Constituição, não há, no Brasil, uma lei que se imponha, formalmente, às demais. Não há hierarquia em sentido formal ou próprio, senão em sentido material, em virtude da repartição de tarefas legislativas no âmbito das competências concorrentes (Brasil, 1988, art. 34). As normas gerais de Direito Tributário, constantes do Código Tributário Nacional, são alçadas a um patamar jurídico que obriga os legisladores

68 Sobre a Alemanha, cf. HOFMANN, 2012, p. 334 *et seq.*; e sobre a Espanha, cf. CUADRADO, 2010, p. 389 *et seq.*

de todas as entidades federativas a respeitá-las. As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, do Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conformam o âmbito normativo de forte matriz constitucional, seja no tocante a direitos, seja em sua parte orgânica.

Pense-se assim também nas chamadas “Leis de Política Nacional”, acrescentando-se à legislação a matéria pertinente. Por exemplo, no caso da saúde pública, no que concerne aos seus aspectos mais gerais, temos a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e em relação aos seus aspectos mais concretos, como a saúde do idoso e a saúde mental, temos, respectivamente, a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, e a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Já no caso do meio ambiente, também no que diz respeito aos seus aspectos mais gerais, temos a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e para os seus aspectos particulares, como destinação de resíduos sólidos, educação ambiental e mudanças climáticas, temos, respectivamente, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, e a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 (nesse último caso, das mudanças climáticas, vale mencionar, ainda, o Código Florestal).

Essa atividade de “modelagem” constitucional é ainda mais nítida naquelas matérias que se situam no âmbito da competência privativa da União, como os códigos Civil, Penal, Processual Civil, Processual Penal e Eleitoral, a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei Orgânica da Magistratura. É curioso que, nesses domínios, as leis estabelecem um quadro normativo que se soma e, até certo ponto, se mistura com as normas constitucionais que visam disciplinar. Aliás, o próprio verbo “disciplinar”, empregado despropositadamente, revela a ambiguidade da atuação legislativa. Não se quer dizer que não se possa questionar a constitucionalidade das leis. Sendo constitucionais ou não, elas conformam um âmbito de normatividade constitucional, impregnando-o de sentidos que se irradiam no

ramo jurídico que lhe é próprio, como premissas inafastáveis e até certo ponto indiscutíveis.

Pode-se pensar que essa é a tarefa esperada do legislador de concretização, mas não se pode fechar os olhos às mudanças que promove no sistema de normas, influenciando a interpretação que a partir de então se passa a fazer pelos agentes jurídicos, inclusive os juízes (Dixon, 2011, p. 670). Os câmbios dos institutos, normalmente muito lentos, podem levar à produção de novas normas gerais, desencadeando todo o processo. Uma vírgula no enunciado constitucional foi alterada, mas o sentido, desde a primeira atividade concretizante, pode ir se modificando.

Não se pode menosprezar as leis que instituem as chamadas “reformas administrativas”, em países como o Brasil, na virada do século XX para o XXI, e Itália, no início dos anos 1990, com uma política de privatização, criação de agências executivas ou reguladoras independentes, flexibilização da licitação e contratação pública, estabelecimento de contratos de gestão. Por mais que as reformas tenham densificado normas constitucionais, algumas introduzidas por emendas, elas produziram inovações no perfil do Estado que vão muito além da mera densificação, sem, contudo, desafiarem claramente os parâmetros constitucionais que concretizaram (Fusaro, 1993).

Há outras competências parlamentares que podem também alterar o conteúdo da Constituição. Pense-se na organização interna, como a instituição de comissões, quando for silente o texto constitucional a respeito, como nos Estados Unidos (Whittington, 1999, p. 12). Ou até do desenho institucional do *impeachment*, também nos Estados Unidos (Griffin, 2006, p. 17-18) e no Brasil.

A discussão, por exemplo, sobre a ocorrência de crime de responsabilidade da presidente da República, Dilma Rousseff, e seu afastamento do cargo têm repercussão na leitura que se possa fazer do processo. A se entender que as chamadas “pedaladas fiscais” ou “contabilidade criativa” ocorreram e, segundo as normas do Direito Financeiro, implicariam crime contra a lei orçamentária, não haveria qualquer inovação do instituto.

Entretanto, a dúvida sobre a materialidade e autoria de tais ilícitos poderia levar à conclusão de que sucedeu uma ruptura institucional (Cardoso; Souza, 2016) ou a conversão do *impeachment* numa espécie de voto de desconfiança, considerando-se não o crime de responsabilidade em si mesmo, mas os equívocos do governo (Peixoto, 2016; Moraes; Sobrinho, 2016). Essa interpretação pode resultar em mudança do próprio sistema de governo, um misto de presidencialismo e parlamentarismo, de “presidencialismo à brasileira” ou “à paraguaia” – embora, isoladamente, não possa ainda ter o significado de uma mutação constitucional – pois, em 2012, o presidente paraguaio, Fernando Lugo, também fora afastado numa circunstância controversa (Llanos; Nolte; Weber, 2012).

O funcionamento das instituições é campo fértil para o desenvolvimento de práticas e convenções, às vezes de acordo com a Constituição, às vezes colmatando-a ou mesmo violando suas disposições. Nos Estados Unidos, algumas normas foram se desenvolvendo sem contarem com previsão constitucional ou legal expressa.

À exceção dos estados de Maine e Nebraska, os membros do colégio eleitoral para eleição do presidente da República, por exemplo, são escolhidos pelo sufrágio popular, devendo cumprir fielmente o seu mandato, com a incumbência de votar no candidato vitorioso em seus distritos. Essa convenção já consta na legislação de diversos estados (Elster, [s. d.], p. 31). Porém, há casos de constitucionalidade discutível, mas aceitos como práticas legítimas. Embora o presidente dependa da autorização do Senado para nomeação de alguns servidores públicos federais (ouvindo os representantes do seu partido no estado, se, por acaso, lá tiverem de ser exercidos os cargos), existe a possibilidade de exonerá-los sem necessidade do consentimento senatorial. Há, por outro lado, competências constitucionais expressas que não mais podem ser exercidas por desuso ou convenção em sentido contrário. Ocorre assim com o número de juízes e as competências da Suprema Corte, que não devem ser alterados pelo Congresso, ainda que, formalmente, possa fazê-lo. Todavia, existem exceções. A convenção do “Discurso sobre o

Estado da União”,⁶⁹ feito anualmente pelo presidente eleito dos Estados Unidos ao Congresso, teve início com George Washington e John Adams, mas foi abandonada por Thomas Jefferson, só retornando com Woodrow Wilson em 1913. A última mensagem do “Estado da União” feita por escrito se deu em 1981 (Peters; Woolley, 2007) e, desde então, o discurso vem sendo realizado presencialmente. A princípio, a discussão sobre convenções constitucionais e certas práticas relacionadas à separação dos poderes deveria se dar apenas entre o mundo da política e o do Direito, pois a introdução formal do conceito de convenção constitucional poderia atrapalhar o entendimento jurídico e legal que a prática estabeleceu. Muitos dos elementos citados ou seriam costumes constitucionais ou normas constitucionais implícitas reconhecidas (Bradley, 2017, p. 77; Elster, [s. d.]; Vermeule, 2013; Whittington, 2013).

O Congresso aprovou, em 2006, uma lei que afastava o controle de constitucionalidade de suas normas, baseando-se no poder constitucional que lhe confere a Constituição para dispor sobre a jurisdição de apelo, inclusive criando-lhe exceções. A lei foi declarada inconstitucional em “Hamdan v. Rumsfeld” (Estados Unidos, 2006b). Elster ([s. d.]) interpreta essa situação como se o Congresso, até então, estivesse constrangido a não exercer essa competência devido a uma convenção constitucional. Assim, também a resistência ao *Court-Packing Plan* (Plano de Lotação da Corte, em tradução livre) de Roosevelt para alterar o número de membros da Suprema Corte fez nascer uma norma não escrita, proibindo a prática (Elster, [s. d.], p. 30). A Corte afirmou sua competência ao longo dos anos, embora, posteriormente, o debate tenha se dado mais em torno da compatibilidade do Código Uniforme da Justiça Militar e da Convenção de Genebra de 1949 (considerada como incorporada ao Código), com a criação de comissões militares especiais pela administração Bush (2001-2009). A conclusão: havia incompatibilidade (Estados Unidos, 2006b).

69 O “Discurso do Estado da União” é uma tradição da política estadunidense que conta com raízes na Constituição do país. Embora a Constituição não determine a frequência de realização do “Estado da União”, a convenção estabeleceu que o presidente se reporte ao Congresso anualmente, com um discurso em que, apresentando suas prioridades e metas, deve ser feita uma avaliação da atual situação do país.

Na França, o artigo 8 da Constituição de 1958, que prevê a destituição do primeiro-ministro pelo presidente somente quando houver requerimento de dissolução do governo, nem sempre é obedecido. Se o partido do presidente obtiver maioria na Assembleia Nacional, ele pode abreviar o mandato do primeiro-ministro (França, [1958] 2022). O maior protagonismo de um e de outro depende de quem detém maior base de apoio no Parlamento (Avril, 1997, p. 112 *et seq.*; Duverger, 1980, p. 170 *et seq.*). Na Itália, cabe ao presidente do Conselho de Ministros assinar, em conjunto com o presidente, o decreto presidencial de nomeação do presidente do Conselho de Ministros (Mannino, 1999, p. 92). Igualmente, a rejeição do projeto de lei orçamentária pelo Parlamento italiano leva, além do efeito jurídico da negativa ao projeto, à consequência política, não prevista constitucionalmente, de voto de desconfiança (Guastini, 2001, p. 252).

Em se tratando da Alemanha, são as convenções constitucionais, e não o texto constitucional ou legal, que disciplinam as competências do Bundestag e as do Bundesrat para eleger seus respectivos presidentes. No primeiro caso, a escolha é feita pelo partido com mais assentos e, no segundo, há rodízio anual entre os representantes dos *Länder*, a começar pelo mais populoso (Taylor, 2014). No Canadá, um membro da oposição preside a comissão parlamentar que fiscaliza as contas públicas; o mesmo ocorre na Noruega, onde o líder da Comissão Parlamentar de Controle e Constituição deve ser um membro da oposição. É ainda convenção norueguesa, encontrada também na Austrália, que os ministros que assumem seus postos não devem abrir os arquivos do antigo governo (Elster, [s. d.], p. 31).

No Brasil, também há exemplos dessas atividades de integração e, no limite, de contrariedade constitucionais pela prática institucional. Tome-se o exemplo dos líderes partidários que, de fato, controlam – com seu poder formal de indicar e destituir membros – as comissões parlamentares, que têm forte influência sobre as votações em plenário (Vieira, 2009, p. 62) e cujas escolhas se fazem no âmbito das agremiações, na maioria dos casos sem critérios definidos (Miranda, 2010, p. 204).

Há, inclusive, diversos poderes informais, como o de indicação de nomes para concorrer à presidência das comissões parlamentares (Figueiredo, 2012, p. 42), não sendo raros os acordos entre os líderes partidários (Miranda, 2010, p. 204).

Tampouco é incomum que esses acordos levem a um descumprimento parcial da proporcionalidade imposta pelo texto constitucional (Brasil, 1988, art. 58, parágrafo 1º), pois os líderes de partidos ou blocos partidários acabam renunciando à sua participação em troca de integrarem comissões mais importantes, elevando, assim, as sub e as sobrerrepresentações partidárias (Pacheco, 2014, p. 95). O Supremo Tribunal, como considera esses assuntos *interna corporis* (Sampaio, 2002, p. 309 *et seq.*), não os controla, abrindo espaços para seu desenvolvimento.

Nem sempre é fácil distinguir uma interpretação parlamentar adequada de outra incompatível com a Constituição. O artigo constitucional 57, parágrafo 4º, prevê a eleição das mesas da Câmara e do Senado para mandatos de dois anos, vedando a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente. Poderia um presidente da Câmara que assumira o cargo por destituição do anterior candidatar-se na eleição seguinte à presidência da Casa? Os deputados entenderam que sim e, instado a se manifestar, pelo menos em juízo monocrático e de deliberação, o Supremo Tribunal Federal não viu problemas. O dispositivo constitucional não era explícito sobre o assunto. Na dúvida, haveria de prevalecer a interpretação mais generosa e a decisão política tomada pela Câmara.⁷⁰

70 Cf. BRASIL, 2018c.

Mutação constitucional pelo Poder Executivo

Dos poderes constitucionais de países democráticos, o Executivo é o que reúne o maior número de técnicos e especialistas dedicados a planejar e a executar as ações de governo e as políticas públicas que concretizam o que é determinado pela Constituição. Em primeiro lugar, pode-se pensar no protagonismo que exerce o chefe do Executivo, notadamente no presidencialismo. Os debates sobre o tema podem remontar à discussão, sob a Constituição de Weimar, a quem cabia o papel de guardião da Constituição, com a resposta definitiva de Schmitt: ao presidente (Schmitt, 1983). Não precisa se chegar a tanto, mas é notável a autoridade de interpretação da Constituição dada aos presidentes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, foram eles que, interpretando disposições constitucionais imprecisas, afirmaram seu poder de “fazer guerra”, diferenciando-o da competência do Congresso de “declarar guerra”, e, assim, possibilitando o alargamento do espaço de sua autonomia no assunto (Krent, 2005, p. 11 *et seq.*; Whittington, 1999, p. 175 *et seq.*). Também foram eles que ampliaram suas competências sobre a política externa, tanto ao estabelecerem relações pacíficas com outras nações ou incursões militares em países estrangeiros, sem necessidade de autorização congressual, quanto ao fazerem acordos executivos informais com representantes do Senado, para aprovação de tratados internacionais, dispensando a exigência do texto constitucional de “aconselhamento e aprovação” por dois terços da Casa (Krent, 2005, p. 91 *et seq.*). Pela prática reiterada ou pela delegação tácita do Legislativo, eles também adquiriram competência para não sancionar, durante os recessos parlamentares, projetos de lei aprovados pelo Congresso – o chamado “*pocket veto*”;

para perdoar crimes, como a desobediência à ordem judicial; e para determinar o não fornecimento de informações sensíveis, documentos e comunicações internas – especialmente quando dizem respeito a questões de segurança nacional – ao Congresso, aos tribunais ou à opinião pública – o que ficou conhecido como “privilégio executivo”. Todas essas competências, ao fim, foram reconhecidas, como *fait accompli*, pela Suprema Corte (Bradley; Morrison, 2012, p. 421).

A amplitude dos poderes presidenciais nos Estados Unidos ficou muito além das previsões dos convencionais da Filadélfia.⁷¹ Um juiz da Suprema Corte, Robert Jackson, identificou, em 1952, esse fenômeno:

É relevante notar a diferença que existe entre os poderes do presidente no papel e seus poderes reais. A Constituição não revela a medida dos efetivos controles, exercidos pelo escritório presidencial moderno. Ela deve ser entendida como um esboço, elaborado no século XVIII, do governo que se esperava que fosse, não como um projeto do Governo que é. Os vastos acréscimos às competências federais, à custa dos poderes reservados aos estados, ampliaram o escopo da atividade presidencial. Mudanças sutis tiveram lugar nos centros de poder real que não se mostram na face da Constituição (Estados Unidos, 1952, [n. p.], tradução nossa).⁷²

A capacidade de atribuir sentidos inovadores às normas constitucionais transcende sistemas de governo, pois é decorrência da própria estrutura do Executivo e de sua relação dinâmica com o Legislativo (Griffin, 1996, p. 45; Whittington, 1999). Nessa relação, não raras vezes, opera-se uma

71 A expressão “convencionais da Filadélfia” faz referência à Convenção da Filadélfia. Também conhecida como Convenção Constitucional ou Convenção Federal, trata-se do evento que culminou na criação da Constituição dos Estados Unidos da América.

72 “It is relevant to note the gap that exists between the President’s paper powers and his real powers. The Constitution does not disclose the measure of the actual controls wielded by the modern presidential office. That instrument must be understood as an Eighteenth-Century sketch of a government hoped for, not as a blueprint of the Government that is. Vast accretions of federal power, eroded from that reserved by the States, have magnified the scope of presidential activity. Subtle shifts take place in the centers of real power that do not show on the face of the Constitution.”

delegação tácita ou uma aquiescência reiterada de exercício monocrático, pelo Executivo, de competências que, em princípio, dependeriam de uma convergência de vontades e interações orgânicas.

Veja-se, nos Estados Unidos, a delegação tácita de uma autoridade ampla ao presidente em assuntos externos, especificamente no tocante à criminalização da venda de armas a países envolvidos em conflito na América Latina:

Uma prática legislativa como a que temos aqui, evidenciada não apenas por instâncias ocasionais, mas marcada pelo movimento de um fluxo constante por um século e meio, é um longo caminho na direção de provar a presença de uma base inatacável para a constitucionalidade da prática, a ser encontrada na origem e na história do poder envolvido, ou em sua natureza, ou em ambos combinados (Estados Unidos, 1936, [n. p.], tradução nossa).⁷³

Nem sempre, porém, é bem examinado o quanto a administração pública tem ou pode ter um papel relevante na concretização e mutagênese constitucionais (Metzger, 2010, p. 487). É preciso notar que é ela quem aplica as normas constitucionais “no varejo” ou “em retalhos” por meio dos diversos programas, planos e órgãos que executam os comandos legais. Esses comandos, muitos deles oriundos dos trabalhos e estudos dos técnicos e especialistas executivos (Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 153), realizam a Constituição “no atacado”, ao estabelecerem, de regra, enunciados normativos gerais e abstratos (Staszewski, 2010, p. 857-858). Os gestores, técnicos e especialistas do Executivo, então, retomam os parâmetros normativos, que, em grande parte, ajudaram a elaborar, para, dessa vez, torná-los exequíveis. Esse processo é ainda mais radical em sistemas como o estadunidense, em que há agências executivas com poderes normativos primários e de execução.

73 *“A legislative practice such as we have here, evidenced not by only occasional instances, but marked by the movement of a steady stream for a century and a half of time, goes a long way in the direction of proving the presence of unassailable ground for the constitutionality of the practice, to be found in the origin and history of the power involved, or in its nature, or in both combined.”*

O poder das agências nos Estados Unidos mereceria um estudo à parte. Desde “Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.” (Estados Unidos, 1984), a Suprema Corte tem deferido um amplo poder discricionário a elas, inclusive para interpretar as leis (Bamberger, 2008).⁷⁴ Sobre os riscos dessa orientação:

O poder e a política continuam a vir de tomadores de decisão tecnocráticos que ganham legitimidade porque, teoricamente, são controlados diretamente por um funcionário que está sujeito a todos os nossos votos. Isso, é claro, é um mito. A responsabilidade do Executivo tem suas próprias limitações. Mais importante ainda, ela é limitada constitucionalmente quando se torna uma fonte de mudança legislativa. Sem um papel mais ativo do Congresso, colocar cada vez mais controle de supervisão nas mãos do Executivo leva ao risco de dirigir os processos de mudança para direções muito antidemocráticas. A “democracia fraca” só pode se tornar mais fraca em tais contextos (Aman Jr., 1988, p. 1246, tradução nossa).⁷⁵

Seja no parlamentarismo, com a estrutura administrativa profissionalizada, gerida por um gabinete ou primeiro-ministro, seja num presidencialismo em que se atribua ao Legislativo um poder de delegar a agentes ou agências executivas independentes uma série de tarefas que escapam do controle presidencial, ou, ainda, seja num presidencialismo unitário e hierarquizado em que existe um controle ao menos virtual por parte do presidente (Krent, 2005), há, na estrutura administrativa, um amplo potencial de promoção e inovação constitucionais. Mesmo a atuação do Judiciário, comparada com as atividades executivas, é reduzida

74 Cf. KATZMANN, 1986.

75 *“Power and policy continue to come from technocratic decision-makers who gain legitimacy because, theoretically, they are controlled directly by an official that is subject to all of our votes. This, of course, is a myth. Executive accountability has its own limitations. More importantly, it is constitutionally limited when it becomes a source of legislative change. Without a more active congressional role, placing more and more supervisory control in the executive’s hands risks moving the processes of change in very undemocratic directions. ‘Thin democracy’ can only become thinner in such contexts.”* Cf. BRESSMAN, 2003.

ou colocada em algum lugar entre a operação no atacado, própria do Legislativo, e no varejo, típica do Executivo (Fisher, 1988; Sager, 1993; Siegel, 2001). Quanto mais fortes os ramos políticos, menos atuantes serão as Cortes (Post; Siegel, 2003, p. 34-35).

Embora a separação dos poderes atue como um princípio estruturante do Estado de Direito, muito frequentemente há negociações entre o Executivo e o Legislativo para formulação de propostas de leis e de planos de ação (Metzger, 2010, p. 860-861). Não são incomuns reuniões, grupos de trabalho executivos ou participações em comissões legislativas que, impulsionadas ou mediadas pelos partidos políticos, resultam em propostas e planos. A predominância do Executivo é, todavia, a tônica, independentemente do sistema de governo (Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 153).

Mesmo na Grã-Bretanha, origem da valorização do Parlamento, a maioria dos projetos de lei se inicia no governo, notadamente em comissões administrativas ou interdepartamentais específicas; de regra, auxiliadas ou compostas por *parliamentary draftspersons* (ou relatores parlamentares, em tradução livre) (Dale, 1977, p. 334; Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 155; Zander, 2015, p. 2-3). É uma situação que se repete nos demais países do *Common Law* (Whelan, 1988, p. 49-50). Na França, por igual, o maior número de projetos é oriundo também do governo, ainda que alguns deles possam passar pelo crivo do Conselho de Estado, assim como sucede na Bélgica e na Suécia (Dale, 1977, p. 87, p. 112, p. 115). No Brasil, há também uma predominância do Executivo para iniciativa do processo legislativo. Esse processo sofreu uma leve inflexão a partir de 2009. Desde então, excepcionando-se 2011, houve mais iniciativas parlamentares que presidenciais (Sampaio, 2018).

A atividade de elaboração de projeto de lei é técnico-burocrática, embora se diga mais profissionalizada na *Common Law* do que no *Civil Law* (Höfler; Nussbaumer; Xanthaki, 2017, p. 155; Ramos; Heydt, 2017, p. 129-144; Whelan, 1988, p. 53). A grande maioria dos projetos de lei, na quase totalidade dos países, não envolve opinião de juristas de renome, nem se funda no Direito Comparado (Whelan, 1988, p. 48). A exceção,

talvez, seja a Alemanha, pois muitos professores de faculdades de Direito do país figuram entre os mais altos funcionários do Ministério da Justiça (Dale, 1977, p. 110). Os estudos e trabalhos preparatórios estão envolvidos numa aura de segredo, conhecendo-se, de regra, o anteprojeto ou o projeto de lei já prontos (David, 1950, p. 117). Mesmo no caso de opinião de um órgão como o Conselho de Estado francês, há segredo em torno do assunto até que o projeto venha a ser publicado (Whelan, 1988, p. 52).

Nem só de leis em sentido estrito vive o Estado, notadamente de perfil intervencionista ou regulador. A regulação, embora seja um termo mais da economia e das ciências sociais do que do direito, tem na administração pública seu grande centro de reflexão e reprodução. A lei, nesse sentido, torna-se um elemento do processo, que se inicia com o planejamento e termina com sua implementação, seguida de controle e revisões com novas aplicações pelos agentes públicos (Voermans, 2017).

Para boa parte dos analistas, a maioria das prescrições constitucionais é assim interpretada e desenvolvida dentro ou além do seu programa normativo originário (Bressman, 2003, p. 554-555). Pode ocorrer de os integrantes dos dois poderes, nesse processo construtivo e interativo, valerem-se de critérios tipicamente jurídicos, recorrendo até a precedentes judiciais. Mas esse não é o trabalho mais comum: “Em vez disso, esses ramos alteram a Constituição no decorrer das lutas políticas comuns, sem muita atenção aos valores legais e constitucionais que os advogados e os juízes consideram importantes” (Griffin, 1996, p. 45, tradução nossa).⁷⁶

Há quem, por outro lado, advogue que os fundamentos das decisões dos ramos políticos e da administração pública vão além de mero cálculo pragmático de poder e consideram critérios imparciais e de justiça. Antes ou depois das decisões judiciais, os ramos políticos e a administração se veem envolvidos em debates sensíveis, como relações (e práticas) federativas, ações afirmativas, eutanásia, direitos das pessoas LGBTQIAPN+, privacidade na internet e aborto.

76 *“Instead, these branches alter the Constitution in the course of ordinary political struggles, without much attention to legal and constitutional values that Lawyers and judges think important.”*

Pode-se não concordar com as conclusões a que esses vários ramos extrajudiciais chegam nesses debates [...], mas é difícil sustentar que essas decisões extrajudiciais desconsiderem ou negligenciem argumentos de justiça e princípios (Whittington, 2002, p. 820-821, tradução nossa).⁷⁷

Independentemente de em qual lado nos situemos nesse debate, parece indiscutível que as decisões judiciais, como as leis, dependem da atuação concretizante do Executivo e, nesse trabalho de execução, acabam dando o real e, por vezes, diferencial sentido das normas constitucionais. Os decretos presidenciais abrem uma rede de normas e atos de (re)definição das políticas públicas. Note-se, por exemplo, que, no Brasil, a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho foi instituída pelo Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011, fundamentado diretamente no artigo 4 da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (Brasil, 2011). Particularmente, os direitos sociais têm, na administração pública, um elemento que tanto pode facilitar quanto promover seu exercício. Uma intrincada rede de portarias e de instruções normativas e circulares se soma a procedimentos internos que, na prática, dão o sentido e alcance dos direitos.

Por exemplo, no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) (Brasil, 2012d), aprovada pela Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011, a sequência de expedientes normativos que lhe deram base foram:

- Decreto Presidencial nº 6.286, de 5 de dezembro de 2007, que instituiu o Programa Saúde na Escola (PSE), no âmbito dos ministérios da Saúde e da Educação, com finalidade de contribuir para a formação integral dos estudantes da rede básica por meio de ações de prevenção, promoção e atenção à saúde;
- Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/1990;

77 *“We may disagree with the conclusions that various extrajudicial bodies reach in these debates [...], but it is difficult to maintain that such extrajudicial decisions are unconsidered or neglect considerations of justice and principle.”*

- Portaria nº 204, de 29 de janeiro de 2007, que regulamenta o financiamento e a transferência de recursos federais para as ações e serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com respectivo monitoramento e controle;
- Portaria nº 687, de 30 de março de 2006, que aprova a Política de Promoção da Saúde;
- Portaria nº 3.252, de 22 de dezembro de 2009, que trata do processo de integração das ações de vigilância em saúde e atenção básica;
- Portaria nº 4.279, de 30 de dezembro de 2010, que estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);
- Portarias nº 822, de 17 de abril de 2006, nº 90, de 17 de janeiro de 2008, e nº 2.920, de 2 de dezembro de 2008, que estabelecem os municípios que poderão receber recursos diferenciados da Estratégia Saúde da Família (ESF);
- Portaria nº 2.372, de 7 de outubro de 2009, que cria o plano de fornecimento de equipamentos odontológicos para as equipes de Saúde Bucal na ESF;
- Portaria nº 2.371, de 7 de outubro de 2009, que institui, no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica, o Componente Móvel da Atenção à Saúde Bucal – Unidade Odontológica Móvel (UOM) (Brasil, 2012d).

Sobre a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, há outra rede de normas (Brasil, 2009). Nesse encadeamento, pode-se bem notar a possibilidade de atribuição, confirmatória ou modificatória, de sentido do direito à saúde.

Esse processo de diferenciação de significado, mantido o significante, pode-se operar nos extratos mais altos do Executivo ou atravessar todas as instâncias do Poder (Sampaio, 2002, p. 453 *et seq.*). No Brasil, isso pode

se dar, por exemplo, com uma interpretação larga da excepcionalidade da urgência e relevância, exigida para edição de Medidas Provisórias, para tratar de assuntos da administração ordinária, que se manteve mesmo depois da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, com o beneplácito quase integral do Congresso e do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2001). O próprio desenho institucional pode sofrer mutação.

A política de privatização do final do século XX e a atividade das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) no início dos anos 2000, associadas a uma crescente gestão autônoma de setores administrativos por meio das agências reguladoras, podem estar transformando – numa linha de delegação administrativa em sentido amplo e de modelo privado da administração – o significado, ou, pelo menos, a funcionalidade da estrutura burocrática do Estado brasileiro (Meirelles; Oliva, 2006; Moreira, 2002; Pires; Goldstein, 2001; Violin, 2015).

Há quem veja também a ocorrência de mutação constitucional promovida, com o beneplácito do Tribunal e com o princípio da legalidade, pelo reconhecimento de um poder jurígeno inovador, ainda que sub-reptício ou supostamente intralegal, no âmbito das agências reguladoras (Moreira; Caggiano, 2013). Existem, por certo, bases constitucionais, muitas delas introduzidas por emendas, de uma atividade regulamentar intensa por parte do Executivo, abrindo espaços para intervenções, *de facto*, autônomas e aplicação constitucional direta ou indireta. Algo semelhante sucedeu na Itália no curso dos anos 1990, falando-se de mutação constitucional: as privatizações, as novas autoridades independentes (Banca d'Italia, ISV AP, Consob, Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, Garante per la concorrenza e il mercato, entre outras)⁷⁸ e as alterações nos parâmetros da contratação pública são alguns exemplos (Morón, 1994).⁷⁹ As crises econômicas e éticas recentes levantam dúvidas sobre a persistência desse cenário que poderia conduzir a uma mutação constitucional.

78 Essas entidades constituem autoridades administrativas independentes encarregadas da regulação e fiscalização de setores como sistema financeiro, seguros, mercado de capitais, comunicação social e concorrência, no contexto da reforma administrativa italiana.

79 Cf. GUIZO, 2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

ABBOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ABEBE, A. K. The substantive validity of constitutional amendments in South Africa. **South African Law Journal**, Cape Town, v. 131, n. 3, p. 656-694, 2014.

ABRUCIO, F. L. **Os barões da federação**. Os governadores e a redemocratização brasileira. São Paulo: Hucitec, 1998.

ABRUCIO, F. L.; FRANZESE, C. Federalismo e políticas públicas: o impacto das relações intergovernamentais no Brasil. In: ARAUJO, M. F. I.; BEIRA, L. (org.). **Tópicos de economia paulista para gestores públicos**. v. 1. São Paulo: Edições Fundap, 2007. p. 13-31.

ACKERMAN, B. A. **We the people**. Volume 1: foundations. Cambridge; London: The Belknap Press, 1991.

AEKEN, K. Legislative evaluation as alternative democratic engagement. **Diritto e Questioni Pubbliche**, Palermo, v. 1, n. 18, p. 271-289, 2018.

ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. NO. 108 of 1996. **South African Government**, [s. l.], [1996] [s. d.]a. Disponível em: <https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ÁFRICA DO SUL. Amendments to the Constitution. **South African Government**, [s. l.], [s. d.]b. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/amendments-constitution>. Acesso em: 11 abr. 2017.

ALBERT, R. The structure of constitutional amendment rules. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, v. 49, p. 913-975, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2461507. Acesso em: 10 ago. 2023.

ALBERT, R. The difficulty of constitutional amendment in Canada. **Alberta Law Review**, Alberta, v. 53, n. 1, p. 85-113, 2015.

ALBERT, R. The conventions of constitutional amendment in Canada. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 53, n. 2, p. 399-441, 2016.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 128, 1 – Gentechnikgesetz**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2010. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv128001.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 129, 49 – Mediziner-BAföG**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2011. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv129049.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1993a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 16, 147 – Werkfernverkehr**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1963. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016147.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 86, 148 – Finanzausgleich II**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1992. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv086148.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 101, 158 – Finanzausgleich III**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1999. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv101158.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 115, 97 – Halbteilungsgrundsatz**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2006. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115097.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgerichtsgesetz. **BverfGG, 12/3²1951**. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [1951] [s. d.]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/BJNR002430951.html>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 50, 290 – Mitbestimmung**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1979. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 88, 87 – Transsexuelle II**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1993b. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088087.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 39, 210 – Mühlenstrukturgesetz**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1975. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039210.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 95, 267 – Altschulden**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1997. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095267.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 106, 62 – Altenpflegegesetz**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2002. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv106062.html>. Acesso em: 11 dez. 2019.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 135, 155 – Filmförderungsgesetz**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2014. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/DFR/bv135155.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 111, 226 – Juniorprofessur**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2004a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111226.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 111, 333 – Brandenburgisches Hochschulgesetz**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2004b. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111333.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 120, 224 – Geschwisterbeischlaf**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2008a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html>. Acesso em: 15 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 121, 317 – Rauchverbot in Gaststätten**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 2008b. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv121317.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 90, 145 – Cannabis**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1994. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 35, 79 – Hochschulurteil**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1973. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035079.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 18, 224 – Pensionszusage**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1964. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv018224.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 33, 171 – Honorarverteilung**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv033171.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 37, 104 – Bonus-Malus-Regelung**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1974. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037104.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 43, 291 – Numerus clausus II**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1977. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv043291.html>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 54, 173 – Zulassungszahlen Medizinstudium**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1980. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=03.06.1980&Aktenzeichen=1%20BvR%20967%2F78>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 56, 54 – Fluglärm**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1981. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv056054.html>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 79, 311 – Staatsverschuldung**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1989a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079311.html>. Acesso em 19 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 7, 377 – Apotheken-Urteil**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1958. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Berlin: Deutscher Bundestag, [1949] [s. d.]. Disponível em: <https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 49, 89 – Kalkar I**. Berlin: Bundesverfassungsgericht, 1978. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANN, A. The emergence of the evidence-based judicial reflex: a response to Bar-Siman-Tov's semiprocedural review. **The Theory and Practice of Legislation**, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 327-340, 2013.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMAN JR., A. C. Administrative Law in a global era: progress, deregulatory change, and the rise of the administrative presidency. **Cornell Law Review**, New York, v. 73, p. 1101-1247, 1988.

ANDERSON, G. **Federalism: an introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ARAIZA, W. D. Deference to congressional fact-finding in rights-enforcing and rights-limiting legislation. **New York University Law Review**, New York, v. 88, p. 878-957, 2013.

ARGENTINA. Constitución de la Nacion Argentina. **InfoLEG**, Buenos Aires, [1853] 1995. Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

AUSTRÁLIA. The Australian Constitution. Parliamentary Education Office, Camberra, [1900] 2022. Disponível em: <https://www.aph.gov.au/constitution>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ÁUSTRIA. Austria's Constitution of 1920, reinstated in 1945, with amendments through 2013. **Constituteproject.org**, [s. l.], [1920] 2013. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en. Acesso em: 15 mar. 2017.

ÁVILA, H. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 369-384, 2004.

ÁVILA, A. P. O.; RIOS, R. R. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 21-47, 2016.

AVRIL, P. **Les conventions de la Constitution**. (Normes non écrites du droit politique). Paris: Puf, 1997.

BALKIN, J. M. M.; LEVINSON, S. V. Understanding the constitutional revolution. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 87, n. 6, p. 1045-1104, 2001.

BAMBERGER, K. A. Normative canons in the review of administrative policymaking. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 118, p. 84-125, 2008.

BANKS, C. P. The constitutional politics of interpreting section 5 of the Fourteenth Amendment. **Akron Law Review**, Akron, v. 36, p. 425-471, 2003.

BAR-SIMAN-TOV, I. The dual meaning of evidence-based judicial review of legislation. **The Theory and Practice of Legislation**, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 1-27, 2016.

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

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDNAR, J. Nudging federalism towards productive experimentation. **Regional & Federal Studies**, United Kingdom, v. 21, n. 4-5, 2010. Disponível em: [http://www-personal.umich.edu/~jbednar/WIP/rfs\(3\).pdf](http://www-personal.umich.edu/~jbednar/WIP/rfs(3).pdf). Acesso em: 15 mar. 2017.

BEHNKE, N.; BENZ, A. The politics of constitutional change between reform and evolution. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, v. 39, n. 2, p. 213-240, 2009.

BEHRENDT, C. The process of constitutional amendment in Belgium. *In*: CONTIADES, X. (ed.). **Engineering constitutional change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA**. London; New York: Routledge, 2013.

BÉLGICA. Belgium Constitution of 1831. **Constitute Project**, [s. l.], [1831] [s. d.]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_1831. Acesso em: 15 mar. 2017.

BENZ, A. Unsuccessful, reform and successful non-reform – Constitutional policy Germany and Canada. *In*: **Tagung der Deutschen Verinigung für Politische Wissenschaft (DVPW), der Österreichischen Gesellschaft für Politikwissenschaft (ÖGPW) und der Schweizerischen Vereinigung für Politische Wissenschaft (SVPW), Die Verfassung der Demokratien**, 2008. Osnabrück: DVPW; ÖGPW; SVPW. Disponível em: <http://verfassungswandel.wordpress.com/wp-content/uploads/2009/02/paper-osnabruck-arthur-benz.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

BERGER, E. Deference determinations and stealth constitutional decision making. **Iowa Law Review**, Iowa City, v. 98, p. 465-533, 2012.

BICKENBACH, C. Legislative margins of appreciation as the result of rational lawmaking. In: MEßERSCHMID, K.; OLIVER-LALANA, D. (ed.). **Rational lawmaking under review**: legisprudence according to the German Federal Constitutional Court. Zurich: Springer, 2016. p. 235-256.

BORGMANN, C. E. Rethinking judicial deference to legislative fact-finding. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 84, n. 1, p. 1-56, 2009.

BRADLEY, C. A. Doing gloss. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 84, p. 59-80, 2017.

BRADLEY, C. A.; MORRISON, T. W. Historical gloss and the separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 26, p. 411-485, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.592 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752184165>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.834, de 12 de junho de 2019. Institui o Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, 13 jun. 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9834.htm. Acesso em: 10 jun. 2025.

BRASIL. Resolução nº 44, de 17 de setembro de 2013. Altera o Regimento Interno do Senado Federal para estabelecer procedimento de avaliação de políticas públicas no âmbito do Senado Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, seção 1, 18 set. 2013.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 185, de 2016 (complementar).

Altera o art. 48 e introduz o art. 48-B na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, com vistas a instituir avaliação de projetos e programas de elevado impacto fiscal. Autoria: Senador Paulo Bauer. Brasília, DF: Senado Federal, 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112-1 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2007a.

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 104.410 Rio Grande do Sul.

Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2012a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.145 São Paulo.

Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14274800>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029 Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105 Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2015a, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.396-9 Mato Grosso do Sul.

Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2003a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG.NA Medida cautelar na ação cível originária 876-0 Bahia. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2007b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 627.189 São Paulo. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2016b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.656-9 São Paulo. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2003b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.356 Pernambuco. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2017c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749053935>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 586.224 São Paulo. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=784033435>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2016c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2012c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2019c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. **Migalhas**, [s. l.], 2016d. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 9 jun. 2017.

BRASIL. Emendas constitucionais. **Planalto.gov**, Presidência da República, Casa Civil, Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 6 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34574/DF. Decisão monocrática Min. Celso de Mello. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2018c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314980224&ext=.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011**. Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST. Brasília, DF: Casa Civil, 2011. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm. Acesso em: 11 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Básica**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012d. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saps/esf/consultorio-na-rua/arquivos/2012/politica-nacional-de-atencao-basica-pnab.pdf/view>. Acesso em: 11 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher**. Princípios e diretrizes. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/MS2009_politica_nacional_mulher_principios_diretrizes.pdf. Acesso em: 11 fev. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001**. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BREYER, S. **Making our democracy work: a judge's view**. New York: Vintage Books, 2010.

BRESSMAN, L. S. Procedures as politics in Administrative Law. **Columbia Law Review**, New York, v. 107, n. 8, p. 1749-1821, 2007.

BRESSMAN, L. S. Beyond accountability: arbitrariness and legitimacy in the administrative state. **New York University Law Review**, New York, v. 78, p. 461-556, 2003.

BRYANT, A. C. The empirical judiciary. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, v. 25, p. 467-543, 2009.

BRYANT, A. C.; SIMEONE, T. J. Remanding to Congress: the Supreme Court's new "on the record" constitutional review of statutes. **Cornell Law Review**, New York, v. 86, p. 328-396, 2001.

BURDEAU, G. **Droit Constitutionnel et institutions politiques**. 6. ed. Paris: LGDJ, 1972.

BURGOA, I. **Derecho constitucional mexicano**. 16. ed. México: Porrúa, 2003.

BUZBEE, W. W.; SCHAPIRO, R. A. Legislative record review. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 54, n. 1, p. 1-109, 2001.

CAMPOS, G. J. B. **Manual de Derecho Constitucional argentino**. Buenos Aires: Ediar, 1975.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*. **Canadian Legal Information Institute**, Ottawa, 2002. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2002/2002scc68/2002scc68.html>. Acesso em: 28 mar. 2020.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*. **Supreme Court of Canada**, Ottawa, 1989. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/443/index.do>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General). **Supreme Court of Canada**, Ottawa, 1995. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1290/index.do>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. Chaoulli v. Quebec (Attorney General). **Supreme Court of Canada**, Ottawa, 2005. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2237/index.do>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CANADÁ. The constitution acts 1867 to 1982. **Justice Law Website**, [s. l.], [1867] [s. d.]. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

CARDOSO, Y. R. G.; SOUZA, R. B. R. Dilma, uma “presidente fora de si”: o impeachment como um processo patriarcal, sexista e midiático. **Pauta Geral – Estudos em Jornalismo**, Ponta Grossa, v. 3, n. 2, p. 45-65, 2016.

CARPIZO, J. La reforma constitucional en Mexico. Procedimiento y realidad. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, n. 131, p. 543-598, 2011.

CARVALHO, K. G. **Técnica legislativa**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CHENG, E. K. Independent judicial research in the Daubert age. **Duke Law Journal**, Durham, v. 56, p. 1263-1318, 2007.

CHENG, E. K.; YOON, E. The myth of the generalist judge. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 61, n. 3, p. 519-578, 2005. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/Cheng.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CHOUDHRY, S. So what is the real legacy of oakes? Two decades of proportionality analysis under the canadian charter's section 1. **Supreme Court Law Review**, Toronto, v. 35, n. 2, p. 501-535, 2006.

CHOUDHRY, S. Rethinking Comparative Constitutional Law: multinational democracies, constitutional amendment, and secession. *In: Annual meeting of the Law and Society Association*, 2007. Amherst: Law and Society Association, 2007.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 136-146, 2015.

CLOSA, C. Constitutional rigidity and procedures for ratifying constitutional reforms in EU member states. *In: BENS, A.; KNÜPLING, F. (ed.). Changing federal constitutions: lessons from international comparison*. Berlin; Toronto: Verlag Barbara Budrich, 2012.

COAN, A. B. The irrelevance of writtennes in constitutional interpretation. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 158, p. 1025-1091, 2010.

COENEN, D. T. A Constitution of collaboration: protecting fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, v. 42, n. 5, p. 1575-1870, 2001.

COLCKER, R.; BRUDNEY, J. J. Dissing congress. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 100, n. 1, p. 118-144, 2001.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentencia C-872/02. **Sistema Único de Información Normativa**, Bogotá, 2002. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20042679>. Acesso em: 2 jan. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-222/97. **Corte Constitucional**, Bogotá, 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-222-97.htm>. Acesso em: 30 dez. 2019.

COMORES. Comoros 2001 (rev. 2009). **Constitute Project**, [s. l.], [2001] [s. d.]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Comoros_2009. Acesso em: 15 mar. 2017.

CONLAN, T. J. Intergovernmental relations in a compound republic: the journey from cooperative to polarized federalism. **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, v. 47, n. 2, p. 171-187, 2017.

CONLAN, T. J.; POSNER, P. L. American federalism in an era of partisan polarization: the intergovernmental paradox of Obama's "new nationalism". **Publius: The Journal of Federalism**, Oxford, v. 46, n. 3, p. 281-307, 2016.

COURCHENE, T. J. Reflections on the federal spending power: practices, principles, perspectives. **Institute for Research on Public Policy**, Montréal, Working Paper Series no. 2008-01, p. 1-49, 2008. Disponível em: <https://irpp.org/wp-content/uploads/2014/09/wp2008-01.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

CRISAFULLI, V. **Lezioni di diritto costituzionale**. Padova: Cedam, 1970.

CUADRADO, A. M. G. **Derecho, Estado y Constitución**: el estatuto científico y otros temas fundamentales de Derecho Constitucional. Alicante: Editorial Club Universitario, 2010.

CUNHA JÚNIOR, D. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DALE, W. **Legislative drafting**: a new approach. A comparative study of methods in France, Germany, Sweden and the United Kingdom. Londres: Butterworths, 1977.

DALLARI, S. G. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, 2008.

DAU-LIN, H. **Mutación de la Constitución**. Tradução: Pablo Lucas Verdú; Christian Förster. Oñati: Ivap, 1998.

DAVID, R. **Cours de Droit Civil comparé**. Paris: Librairie Gènerale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

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

DELGRANGE, X.; DUMONT, H. Le rythme des révisions constitutionnelles et l'hypothèse de l'accélération du temps juridique. **Administration Publique Trimestrielle**, [s. l.], v. 23, n. 3, p. 413-468, 1999.

DIXON, R. Constitutional amendment rules: a comparative perspective. *In*: GINSBURG, T.; DIXON, R. (ed.). **Comparative Constitutional Law**. Chetenham; Northampton: Edward Elgar, 2011.

DORF, M. C. The limits of socratic deliberation. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 112, p. 4-83, 1998.

DORF, M. C. Integrating normative and descriptive constitutional theory: the case of original meaning. **Georgetown Law Journal**, Washington, D.C., v. 85, p. 1765-1822, 1997.

DUARTE, M. R. T.; SANTOS, M. R. S. Sistema Nacional de Educação e relações intergovernamentais no Brasil. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1115-1136, 2014.

DUVERGER, M. A new political system model: semi-presidential government. **European Journal of Political Research**, Cambridge, v. 8, n. 2, p. 165-187, 1980.

DWORKIN, R. **Freedom's law**. The moral reading of the american Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DYZENHAUS, D. Law as justification: Etienne Mureinik's conception of legal culture. **South African Journal on Human Rights**, Johannesburg, v. 14, p. 11-37, 1998.

DYZENHAUS, D. What is "a democratic culture of justification"? *In*: HUNT, M.; HOOPER, H. J.; YOWELL, P. (ed.). **Parliaments and human rights: redressing the democratic deficit**. Oxford: Hart, 2015.

ELHAUGE, E. Does interest group theory justify more intrusive judicial review? **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 101, p. 31-110, 1991. Disponível em: <https://scispace.com/pdf/does-interest-group-theory-justify-more-intrusive-judicial-nceltt13r2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. **The endurance of national constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELLIOTT, E. D. Strengthening science's voice at EPA. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 66, p. 45-62, 2003.

ELSTER, J. **Constitutions and constitution-making**. [S. l.]: [s. n.], [s. d.]. Disponível em: https://www.ccpds.fudan.edu.cn/_upload/article/64/c3/6a6475fd465ba83bf340746409e9/32b0f60b-8a82-48af-9e16-1a6f80fd6111.pdf. Acesso em: 11 jan. 2017.

ESHETU, Z. The scope and limitation of the amending power in Ethiopia: thinking beyond literalism. **Mekelle University Law Journal**, Mekelle, v. 4, p. 1-33, 2016.

ESKRIDGE JR., W. N.; FEREJOHN, J. Super-statutes. **Duke Law Journal**, Durham, v. 50, p. 1215-1276, 2001.

ESKRIDGE JR., W. N.; FEREJOHN, J. **A republic of statutes: the new american Constitution**. New Haven: Yale University Press, 2010.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Acts of Congress held unconstitutional in whole or in part by the Supreme Court of the United States. **Justia U.S. Law**, Washington, D.C., [s. d.]. Disponível em: <https://law.justia.com/constitution/us/acts-of-congress-held-unconstitutional.html>. Acesso em: 31 jan. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Sable Communications v. FCC, 492 U.S. 115. **Justia U.S. Supreme Court**, Washington, D.C., 1989a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/115/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579. **Justia U.S. Supreme Court**, Washington, D.C., 1993. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Kumho Tire Co. v. Carmichael. 526 U.S. 137. **Justia U.S. Supreme Court**, Washington, D.C., 1999a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/137/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Perez v. United States, 402 U.S. 146. **Justia U.S. Supreme Court**, Washington, D.C., 1971. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/146/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448. **Justia U.S. Supreme Court**, Washington, D.C., 1980. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/448/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Reno v. ACLU. **Oyez**, [s. l.], 1997a. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1996/96-511>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Morrison v. United States, 529 U.S. 598. **Justia U.S. Supreme Court**, Washington, D.C., 2000a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/>. Acesso em: 4 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Marsh v. Oregon Natural Resources Council, 490 U.S. 360. **FindLaw**, Eagan, 1989b. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/490/360.html>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett, 531 U.S. 356. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2001a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/356/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1966. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Dickerson v. United States, 530 U.S. 428. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2000b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/428/>. Acesso em: 4 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Hodel v. Virginia Surface Mining, 452 U.S. 264. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1981a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/264/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/294/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Board of Trade v. Olsen, 262 U.S. 1. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/1/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1997b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/507/>. Acesso em: 4 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1905a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. California Reduction Co. v. Sanitary Reduction Works, 199 U.S. 306. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1905b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/199/306/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Lochner v. New York, 198 U.S. 45. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1905c. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Holden v. Hardy, 169 U.S. 366. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1898. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/169/366/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Price v. Illinois, 238 U.S. 446. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1915. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/238/446/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Laurel Hill Cemetery v. San Francisco, 216 U.S. 358. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1910. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/216/358/>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Lambert v. Yellowley. 272 U.S. 581. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1926. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/581/>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Kansas v. Hendricks, 521 U.S. 346. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1997c. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/346/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Addington v. Texas, 441 U.S. 418. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1979a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/418/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Jones v. United States, 463 U.S. 354. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D. C., 1983. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/463/354/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Marshall v. United States, 414 U.S. 417. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1974. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/417/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. New York City Transit Auth. v. Beazer, 440 U.S. 568. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1979b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/568/>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2007. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/124/>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2000c. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/914/>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S. 622. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1994. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/622/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Shelby County v. Holder. **Legal Information Institute**, Ithaca, 2013a. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-96>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. United States v. Windsor. **Legal Information Institute**, Ithaca, 2013b. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-307>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Dennis v. United States, 341 U.S. 494. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1951. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. United States v. Robel, 389 U.S. 258. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/258/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. **Constitution of the United States**. Washington, D.C.: United States Senate, [1789] 1992. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Dillon v. Gloss, 255 U.S. 368. **FindLaw**, Eagan, 1921. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/256/368.html>. Acesso em: 11 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/644/>. Acesso em: 4 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. United States v. Lopez, 514 U.S. 549. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1995. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1985. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/469/528/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Gozales v. Oregon, 546 U.S. 243. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2006a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/243/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Alexander v. Sandoval, 532 U.S. 275. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2001b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/275/>. Acesso em: 21 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Steward Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1937. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/548/>. Acesso em: 22 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. South Dakota v. Dole, 483 US 203. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1987. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/203/>. Acesso em: 22 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U.S. 44. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1996. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/44/>. Acesso em: 5 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. AT&T Corp. v. Iowa Utilities Bd., 525 U.S. 366. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1999b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/525/366/>. Acesso em: 5 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. De La Cuesta v. Fidelity Fed. Sav & Loan Assn. **Justia u.s. Law**, Washington, D.C., 1981b. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/121/328.html>. Acesso em: 21 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 2006b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557/>. Acesso em: 30 jan. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1952. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/#annotation>. Acesso em: 11 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1936. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/299/304/>. Acesso em: 30 jan. 2017.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Supreme Court. *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837. **Justia u.s. Supreme Court**, Washington, D.C., 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 12 mar. 2017.

ETIÓPIA. **Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia**. Addis Ababa: House of Federation, [1995] [s. d.]. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et007en.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Case of Maurice v. France*. **ECHR**, Strasbourg, 2005a. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-70445%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-70445%22]). Acesso em: 10 fev. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Application no. 48876/08 by Animal Defenders International against The United Kingdom* lodged on 11 September 2008. **ECHR** Strasbourg, 2008. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-111190%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-111190%22]). Acesso em: 11 fev. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Handyside v. The United Kingdom*. **Child Rights International Network**, London, 1976. Disponível em: <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/handyside-v-united-kingdom.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

FARUQI, S. S. The all-powerful executive. [Entrevista concedida a] Zainon Ahmad e Llew-Ann Phang. **Sun2Surf**, [s. l.], 12 dez. 2005. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20051212110511/http://sun2surf.com/article.cfm?id=11381>. Acesso em: 15 mar. 2017.

FEREJOHN, J. The politics of imperfection: the amendment of constitutions. **Law and Social Inquiry**, [s. l.], v. 22, p. 501-530, 1997.

FERRAZ, A. C. C. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREYRA, R. G. Discursos sobre reforma constitucional. Análisis de la necesidad de un nuevo momento constituyente para el Estado argentino. **Nomos**, Fortaleza, v. 32, n. 1, p. 213-232, 2012.

FIGUEIREDO, J. B. O colégio de líderes: surgimento e evolução. **E-Legis**, Brasília, DF, v. 8, p. 6-33, 2012.

FISHER, L. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FIX-ZAMUDIO, H.; CARMONA, S. V. **Derecho Constitucional mexicano y comparado**. 6. ed. México: Porrúa; Unam, 2009.

FLÜCKIGER, A. L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative: une application du principe de précaution aux droits fondamentaux. In: AUER, A.; FLÜCKIGER, A.; HOTTELIER, M. (ed.). **Les droits de l'homme et la Constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni**. Genève: Schulthess, 2007. p. 155-170.

FLÜCKIGER, A. Case-law sources for evaluating the impact of legislation: an application of the precautionary principle to fundamental rights. **Theory and Practice of Legislation**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 263-277, 2016.

FOLEY, M. **The silence of constitutions: gaps, “abeyances”, and political temperament in the maintenance of government.** 2. ed. London; New York: Routledge, 2011.

FRANÇA. The Constitution of the Fifth Republic. Constitution of 4 October 1958. **Élysée**, Paris, [1958] 2022. Disponível em: <https://www.elysee.fr/en/french-presidency/constitution-of-4-october-1958>. Acesso em: 28 mar. 2025.

FRANKE, K. M. Becoming a citizen: reconstruction era regulation of african american marriages. **Yale Journal of Law & the Humanities**, New Haven, v. 11, n. 2, p. 251-309, 1999.

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

FRICKEY, P. P.; SMITH, S. S. Judicial review, the congressional process, and the federalism cases: an interdisciplinary critique. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 111, p. 1706-1756, 2002.

FRIEDMAN, B. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91, n. 4, p. 577-682, 1993.

FRIEDMAN, B. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. **New York University Law Review**, New York, v. 2, n. 73, p. 333-433, 1998.

FRIEDMAN, B. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FRIEDMAN, B.; SMITH, S. S. B. The sedimentary constitution. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 147, n. 1, p. 1-90, 1998.

FRIEDRICH, C. J. Constitutions and constitutionalism. *In*: SILS, D. L. (ed.). **The international encyclopaedia of social science.** v. 3. New York: MacMillan, 1968. p. 318-326.

FUNG, A.; WRIGHT, E. O. **Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance**. London; New York: Verso, 2003.

FUSARO, F. C. **La rivoluzione costituzionale**. Messina: Rubettino, 1993.

GADAMER, H. G. **Truth and method**. 2. ed. New York: Bloomsbury, 2013.

GALLE, B. Congressional control of state taxation: evidence and lessons for federalism theory. *In*: KLINK, J. (ed.). **The law and economics of federalism**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017.

GARGARELLA, R. Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional. **Jurisprudencia Argentina**, [s. l.], v. 3, p. 963-967, 2004.

GARLICKI, L.; GARLICKA, Z. A. Review of constitutionality of unconstitutional amendments (an imperfect response to imperfection?). **Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 145-224, 2012.

GEIGER, W. Gegenwartsprobleme der verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher sicht. *In*: BERBERICH, T.; HOLL, W.; MAAß K.-J. (hrsg.). **Neue entwicklungen im öffentlichen recht**. Berlin; Köln; Mainz: Verlag W. Kohlhammer, 1979.

GERARDS, J. H. Procedural review by the ECHR: a typology. *In*: BREMS, E.; GERARDS, J. H. (ed.). **Procedural review in european fundamental rights cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

GERKEN, H. K. Hydraulics of constitutional reform: a skeptical response to our undemocratic Constitution. **Drake Law Review**, Des Moines, v. 55, p. 925-943, 2007.

GESTEL, R.; POORTER, J. Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality. **The Theory and Practice of Legislation**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 155-185, 2016.

GIBBONS, J. Why judicial deference to administrative fact-finding is unconstitutional. **Brigham Young Law Review**, Provo, n. 5, p. 1485-1525, 2016.

GINSBURG, T.; MELTON, J. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 13, n. 3, p. 686-713, 2015.

GOLDFELD, M. Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 61, n. 244, p. 79-98, abr./jun. 2004.

GRIFFIN, S. M. Constituent power and constitutional change in american constitutionalism. **SSRN Electronic Journal**, set. 2006, p. 1-30. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228188493_Constituent_Power_and_Constitutional_Change_in_American_Constitutionalism. Acesso em: 11 fev. 2017.

GRIFFIN, S. M. The nominee is... Article V. In: ESKRIDGE JR., W. N.; LEVINSON, S. (ed.). **Constitutional stupidities, constitutional tragedies**. New York: New York University Press, 1998.

GRIFFIN, S. M. **American constitutionalism: from theory to politics**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

GROPPI, T. La reforma constitucional en los Estados Federales entre pluralismo territorial y no territorial. In: GARZA, J. M. S. (coord.). **Federalismo y regionalismo**. Memoria del VII Congreso Ibero-Americano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002.

GUASTINI, R. **Estudios de teoria constitucional**. México: Unam, 2001.

GUBA E. G.; LINCOLN, Y. S. **Fourth generation evaluation**. Beverly Hills: Sage, 1989.

GUEDES, N. O. B. **Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho**. 1995. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/76325/99505.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 fev. 2017.

GUISSANO, A. Declino e trasformazione dello stato banchiere: mutamenti della costituzione materiale nella crisi politica della Prima Repubblica. **Ventesimo Secolo**, Roma, v. 39, p. 27-45, 2016.

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

HÄBERLE, P. Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem „zeit-gerechten“ Verfassungsverständnis. **Zeitschrift für Politik**, München, v. 21, p. 111-137, 1974.

HÄBERLE, P. **El Estado constitucional**. México: Unam, 2003.

HÄBERLE, P. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**. Tradução: Carlos Ramos. San Miguel: PUC-Peru, 1997.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HASHIMOTO, D. M. Science as mythology in Constitutional Law. **Oregon Law Review**, Eugene, v. 76, p. 111-153, 1997.

HEARD, A. D. **Canadian constitutional conventions: the marriage of law and politics**. Toronto: Oxford University Press, 1991.

HELLER, H. **Teoría del Estado**. Tradução: L. Tobío. México: FCE, 1981.

HELLER, H. **Escritos políticos**. Tradução: S. Gómez de Arteche. Madrid: Alianza, 1985.

HESSE, K. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HÖFLER, S.; NUSSBAUMER, M.; XANTHAKI, H. Legislative drafting. *In*: KARPEN, U.; XANTHAKI, H. (ed.). **Legislation in Europe: a comprehensive guide for scholars and practitioners**. Oxford: Hart Publishing, 2017.

HOFMANN, H. **Rechtsphilosophie nach 1945**. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

HOGG, P. W.; BUSHHELL, A. 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**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2/>. Acesso em: 5 mar. 2022.

HUBERFELD, N.; LEONARD, E. W.; OUTTERSON, K. Plunging into endless difficulties: medicaid and coercion in National Federation of Independent Business v. Sebelius. **Boston University Law Review**, Boston, v. 93, p. 1-88, 2013.

HUGHES, C. A. Australia and New Zealand. *In*: BUTLER, D.; RANNEY, A. (ed.). **Referendums around the world: the growing use of direct democracy**. Washington, D.C.: The A.E.I. Press, 1994.

IMWINKELRIED, E. J. The next step after Daubert: developing a similarly epistemological approach to ensuring the reliability of nonscientific expert testimony in the federal courts. **Cardozo Law Review**, New York, v. 15, p. 2271-2299, 1994. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/clr/vol15/iss6/20/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

ÍNDIA. Constitution of India. **Legislative Department**, New Delhi, [1950] 2024. Disponível em: <https://www.legislative.gov.in/documents/constitution-of-india/constitution-of-india-AjN2EjMtQWa?pageTitle=Constitution-of-India>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ÍNDIA. Supreme Court of India. I.C. Golak Nath and Ors. v. State of Punjab and Anr. **Indian Kanoon**, [s. l.], 1967. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/21266288/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ÍNDIA. Supreme Court of India. Minerva Mills Ltd. and Ors. v. Union of India (Uoi) and Ors. **Indian Kanoon**, [s. l.], 1980. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/1215719/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ÍNDIA. Supreme Court of India. Kesavananda Bharati Sripadagalvaru ... v. The State of Kerala and Anr. **Indian Kanoon**, [s. l.], 1973. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/257876/>. Acesso em: 14 jun. 2017.

INMAN, R. P.; RUBINFELD, D. L. Rethinking federalism. **The Journal of Economic Perspectives**, Pittsburgh, v. 11, n. 4, p. 43-64, 1997.

IRAQUE. Iraque [Constitution of] 2005. **Constitute Project**, [s. l.], [2005] [s. d.]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005. Acesso em: 15 mar. 2017.

ISRAEL. Supreme Court of Israel. Commitment to Peace and Social Justice Society v. Minister of Finance. HCJ 366/03. **Versa**, New York, 2005. Disponível em: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/commitment-peace-and-social-justice-society-v-minister-finance>. Acesso em: 10 mar. 2022.

JAFFE, L. L. Judicial review: question of fact. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 69, n. 6, p. 1020-1056, 1956.

JASANOFF, S. **The fifth branch**: science advisors as policymakers. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução: Christian Förster. Madrid: CEPC, 1991.

KABBANI, R. N. Veto players index: a new measure of Constitution rigidity. **German University in Cairo**, Working Paper Series, n. 40, p. 1-24, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307476733_Veto_Players_Index_A_New_Measure_of_Constitution_Rigidity. Acesso em: 12 abr. 2017.

KAHN, R. The commerce clause and Executive Power: exploring nascent individual rights in National Federation of Independent Business v. Sebelius. **Maryland Law Review**, Baltimore, v. 73, p. 133-186, 2013.

KARST, K. L. Legislative facts in constitutional litigation. **The Supreme Court Review**, Chicago, v. 1960, p. 75-112, 1960.

KATZMANN, R. A. **Institutional disability**: the saga of transportation policy for the disabled. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1986.

KAVANAGH, A. **Constitutional review under the UK human rights act**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KEETON, R. E. Legislative facts and similar things: deciding disputed premise facts. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, v. 3, p. 1-22, 1988.

KISCHEL, U. **Die begründung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

KLINK, B. Legislation, communication and authority. How to account for the bindingness of law? In: OLIVER-LALANA, A. D. (ed.). **Conceptions and misconceptions of legislation**. Cham: Springer International Publishing, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324569291_Legislation_Communication_and_Authority_How_to_Account_for_the_Bindingness_of_Law. Acesso em: 11 jun. 2025.

KOLITCH, S. Constitutional fact finding and the appropriate use of empirical data in Constitutional Law. **Lewis & Clark Law Review**, Portland, v. 10, p. 673-699, 2006.

KORIOTH, S. The shattering of methods in the late Wilhelmine Germany – Introduction. In: JACOBSON, A. J.; SCHLINK, B. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Tradução: Belinda Cooper. Berkeley: University of California, 2000. p. 41-50.

KRENT, H. J. **Presidential powers**. New York; London: The New York University Press, 2005.

KRISHNASWAMY, S. **Democracy and constitutionalism in India: a study of the basic structure doctrine**. New Delhi: Oxford University Press, 2009.

LABAND, P. **Die wandlungen der deutschen Reichverfassung: Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung**. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1895.

LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; POP-ELECHES, C.; SHLEIFER, A. Judicial checks and balances. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 112, n. 2, p. 445-470, 2004.

LARSEN, A. O. Confronting Supreme Court fact finding. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 98, p. 1255-1312, 2012.

LECOURS, A. Belgium. In: GRIFFITHS, A. L.; NERENBERG, K. (ed.). **Handbook of federal countries, 2002**. Montreal; London; Ithaca: McGill-Queen's University Press, 2002.

LENAERTS, K. The European Court of Justice and process-oriented review. **Yearbook of European Law**, [s. l.], v. 31, n. 1, p. 3-16, 2012.

LESSING, L. **Republic, lost**. The corruption of equality and the steps to end it. New York: Twelve, 2011.

LEVINSON, S. **Our undemocratic Constitution: where the Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2006.

LIJPHART, A. **Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries**. New Haven: Yale University Press, 1999.

LIM, B. **Australia's Constitution after Whitlam**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

LIVINGSTON, W. S. **Federalism and constitutional change**. London: Oxford University Press, 1956.

LLANOS, M.; NOLTE, D.; WEBER, C. T. Paraguai: golpe ou voto de desconfiança? **Conjuntura Austral**, Porto Alegre, v. 3, n. 14, p. 4-17, 2012.

LLEWELLYN, K. The Constitution as an institution. **Columbia Law Review**, New York, v. 34, n. 1, p. 1-40, jan. 1934.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LORENZ, A. How to measure constitutional rigidity: four concepts and two alternatives. **Journal of Theoretical Politics**, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 339-361, 2005.

LOUREIRO, M. M. R. Instituições, política e ajuste fiscal: o Brasil em perspectiva comparada. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 47, n. 16, p. 75-96, 2001.

LUHMANN, N. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P.; LUTHER, J. (a cura di). **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

LUTZ, D. S. Toward a theory of constitutional amendment. **The American Political Science Review**, Cambridge, v. 88, n. 2, p. 355-370, 1994.

LUTZ, D. S. **Principles of constitutional design**. New York: Cambridge University Press, 2006.

MACCORMICK, N. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2008.

MACEY, J. R. Promoting public-regarding legislation through statutory interpretation: an interest group model. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 15, p. 23-53, 1986.

MALÁSIA. Malaysia [Constitution of] 1957 (rev. 2007). **Constitute Project**, [s. l.], [1957] [s. d.]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Malaysia_2007. Acesso em: 15 mar. 2017.

MALTZ, E. M. **Civil rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869**. Lawrence: University Press of Kansas, 1990.

MANNINO, A. Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali. *In*: MOR, G.; NINATTI, S.; CAMERLENGO, Q.; VIGEVANI, G. E. **Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico**. Atti del convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia. Milano: Giuffré, 1999.

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

MARSHFIELD, J. L. Decentralizing the amendment power. **Lewis & Clark Law Review**, Portland, v. 19, p. 963-1026, 2015.

MARTIN, S.; RASCH, B. E. Political parties and constitutional change. *In*: MÜLLER, W. C.; NARUD, H. M. (ed.). **Party governance and party democracy**. New York: Springer, 2013. p. 205-229.

MCGINNIS, J. O.; MULANEY, C. W. Judging facts like law: the courts versus Congress in social fact-finding. **SSRN Electronic Journal**, p. 1-43, 2007: Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1061502_code337501.pdf?abstractid=1061502&mirid=1. Acesso em: 15 dez. 2019.

MEARES, T. L. Three objections to the use of empiricism in Criminal Law and procedure – and three answers. **University of Illinois Law Review**, Champaign, v. 2002, n. 4, p. 851-873, 2002.

MEAZELL, E. H. Scientific avoidance: toward more principled judicial review of legislative science. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 84, n. 1, p. 239-283, 2009.

MEIRELLES, F.; OLIVA, R. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 545-566, 2006.

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

MENDES, G. F. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 41, n. 162, p. 149-168, 2004.

MENDES, G. F.; VALE, A. A. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 2, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/205>. Acesso em: 31 jan. 2017.

MENEGUIN, F. B. Avaliação de impacto legislativo no Brasil. **Senado Federal**, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182499>. Acesso em: 19 out. 2016.

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

MEßERSCHMIDT, K. The race to rationality review and the score of the German Federal Constitutional Court. **Legisprudence**, [s. l.], v. 6, n. 3, p. 347-378, 2012.

METZGER, G. E. Ordinary Administrative Law as constitutional Common Law. **Columbia Law Review**, New York, v. 110, p. 479-536, 2010.

MEYER, L. H. **A term at the fed: an insider's view**. New York: Harper Business, 2004.

MÉXICO. México [Constitución de] 1917. **Biblioteca del Congreso Nacional de Chile**, Santiago, [1917] [s. d.]a. Disponível em: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/mex>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MÉXICO. Reformas constitucionales por decreto en orden cronológico. **Honorable Congreso del Estado de Nayarit**, Tepic, [s. d.]b. Disponível em: <https://congresonayarit.gob.mx/reformas-constitucionales-por-decreto-en-orden-cronologico/>. Acesso em: 11 mar. 2017.

MICHELMAN, F. Review. Thirteen easy pieces: responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment by Sanford Levinson. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 93, n. 6, p. 1296-1332, 1995.

MICRONÉSIA. Micronesia's Constitution – 1975. **Asian Parliament**, [s. l.], [1975] [s. d.]. Disponível em: <https://www.asianparliament.org/uploads/Country/Observers/Federated%20Micronesia/Micronesia%20const.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MILLER, C.; REIN, M. Deference to expertise: the role of science in judicial review of administrative action. **Law & Policy**, [s. l.], v. 22, p. 289-310, 2000.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MIRANDA, G. L. A delegação aos líderes partidários na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 37, p. 201-225, 2010.

MORAES, F.; SOBRINHO, L. L. V. Quedas democráticas de governo: o impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 21, p. 45-71, 2016.

MOREIRA, E. B. Terceiro setor da administração pública – Organizações sociais – Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 309-320, 2002.

MOREIRA, E. E.; CAGGIANO, H. C. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 11, n. 44, out./dez., 2013.

MORÓN, M. S. Sobre la reforma administrativa italiana del período de transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo publico. **Revista de Administración Pública**, [s. l.], v. 134, p. 471-489, 1994. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17236.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023.

MÜLLER, F. **Discours de la méthode juridique**. Tradução: Olivier Jouanjan. Paris: Puf, 1993.

MURPHY, W. F. Merlin's memory: the past and future imperfect of the once and future polity. In: LEVINSON, S. (ed.). **Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 163-190.

NEVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 33, n. 132, p. 321-330, 1996.

NEIVA, P. R.; SOARES, M. M. Senado brasileiro: casa federativa ou partidária? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 98-115, 2013.

NOVAIS, J. R. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira. **e-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 69-96, 2014.

OLIVEIRA, M. A. C. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVER, P. Canada, Quebec, and constitutional amendment. **Toronto Law Journal**, Toronto, v. 49, p. 519-610, 1999.

OLIVER, D.; FUSARO, C. Towards a theory of constitutional change. *In*: OLIVER, D.; FUSARO, C. (ed.). **How constitutions change**: a comparative study. Portland; Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 405-433.

OLIVER-LALANA, A. D. Legislative deliberation and judicial review: between respect and disrespect for elected lawmakers. *In*: OLIVER-LALANA, A. D. (ed.). **Conceptions and misconceptions of legislation**. Zurich: Springer Cham, 2019. p. 207-241.

OLIVER-LALANA, A. D; MEßERSCHMIDT, K. On the “legisprudential turn” in constitutional review: an introduction. *In*: OLIVER-LALANA, A. D.; MEßERSCHMIDT, K. (ed.). **Rational lawmaking under review**. Zurich: Springer Cham, 2016. p. 1-16.

OSSENBÜHL, F. Die kontrolle von tatsachenfeststellungen und prognoseentscheidungen. *In*: STARCK, C. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Festgabe aus anlaß des 25jährigen bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Bd. I (Verfassungsgerichtsbarkeit). Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.

PACHECO, L. B. **O procedimento de feitura de leis por comissões parlamentares**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1211307_2014_completo.pdf. Acesso em: 22 jun. 2017.

PAPILLON, M. Canadian federalism and the emerging mosaic of aboriginal multilevel governance. *In*: BAKVIS, H.; SKOGSTAD, G. (ed.). **Canadian federalism: performance, effectiveness, and legitimacy**. Don Mills; Ontario: Oxford University Press, 2008. p. 291-313.

PAQUISTÃO. The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan. **Pakistani**, [s. l.], [1973] [s. d.]. Disponível em: <https://www.pakistani.org/pakistan/constitution/#gsc.tab=0>. Acesso em: 15 mar. 2017.

PASSCHIER, R. Formal and informal constitutional change in the Netherlands. *In*: FERRARI, G. F.; PASSCHIER, R.; VOERMANS, W. (ed.). **The dutch Constitution beyond 200 years: tradition and innovation in a multilevel legal order**. The Hague: Eleven International Publishers, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2975751. Acesso em: 18 maio 2017.

PATTI, F. Italia. Judicial deference and political power in fourteenth amendment and dormant commerce clause cases. **San Diego Law Review**, San Diego, v. 56, p. 221-246, 2019.

PEDRA, A. S. Mutación constitucional y concreción normativa: como la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 10, n. 2, p. 369-390, 2012.

PEIXOTO, V. Presidencialismo de mandato máximo ou voto de desconfiança sem dissolução do Legislativo. **Em Debate**, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 27-33, 2016.

PETERS; G.; WOOLLEY, J. T. Introduction: the State of the Union address and the rise of rhetorical leadership. *In*: KALB, D.; PETERS, G.; WOOLLEY, J. T. **State of the Union: presidential rhetoric from Woodrow Wilson to George W. Bush**. Washington, D.C.: CQ Press, 2007. p. 1-12.

PETERSEN, N. Avoiding the common wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication. **Max Planck Institute for Research on Collective Goods**, Bonn, sep. 2011. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/57504/1/667821910.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2020.

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

PIERCE JR. R. J. Democratizing the administrative State. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, [s. l.], v. 48, p. 559-611, 2006.

PIRES, J. C. L.; GOLDSTEIN, A. Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios. **Revista do BNDES**, [s. l.], v. 8, n. 16, p. 3-42, 2001.

PEPLIER, P. Preliminary comments on the role of courts as regulatory watchdogs. **Legisprudence**, [s. l.], v. 6, n. 3, p. 257-270, 2012.

PEPLIER, P.; JAEGERE, J. Evidence-based judicial review of legislation in divided States: the belgian case. **The Theory and Practice of Legislation**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 187-208, 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 396/2011. **Diário da República**, 2. Série, n. 199, out. 2011. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/3036937>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 353/2012. **Tribunal Constitucional**, Lisboa, 2012a. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 862/2013. **Tribunal Constitucional**, Lisboa, 2013a. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 187/2013. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-portugal-orcamento-2013.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 179/2012. **Tribunal Constitucional**, Lisboa, 2012b. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>. Acesso em: 12 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 377/2015. **Tribunal Constitucional**, Lisboa, 2015. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.

POSNER, R. A. **Overcoming law**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1995.

POSNER, R. A. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, New York, v. 73, p. 1-22, 1998.

POST, R. C.; SIEGEL, R. B. Legislative constitutionalism and section five power: policentric interpretation of the family and medical leave act. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 112, p. 1943-2059, 2003.

RACHLINSKI, J. J. Evidence-based law. **Cornell Law Review**, New York, v. 96, p. 901-924, 2011.

RAMOS, M. H.; HEYDT, V. Legislative language and style. *In*: KARPEN, U.; XANTHAKI, H. (ed.). **Legislation in Europe: a comprehensive guide for scholars and practitioners**. Oxford: Hart Publishing, 2017. p. 129-144.

RASCH, B. E.; CONGLETON, R. D. Amendment procedures and constitutional stability. *In*: CONGLETON, R. D.; SWEDENBORG, B. (ed.). **Democratic constitutional design and public policy: analysis and evidence**. Cambridge: MIT University Press, 2006. p. 319-342.

RAUL, A. C.; DWYER, J. Z. “Regulatory Daubert”: a proposal to enhance judicial review of agency science by incorporating daubert principles into Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 66, n. 4, p. 7-44, 2003.

RAWLS, J. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

REITZ, J. C. Deference to the administration in judicial review. **The American Journal of Comparative Law**, [s. l.], v. 66, n. suppl_1, p. 269-298, 2018.

RIVERS, J. Proportionality and variable intensity of review. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 65, n. 1, p. 174-207, 2006.

ROBERTS, A. The politics of constitutional amendment in postcommunist Europe. **Constitutional Political Economy**, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 99-117, 2009.

RODEAN, N. Upper houses and constitutional amendment rules. In search of (supra)national paradigm(s). **Federalismi** – Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Roma, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784947. Acesso em: 11 mar. 2017.

ROSE-ACKERMAN, S.; EGIDY, S.; FOWKES, J. **Due process of lawmaking: the United States, South Africa, Germany, and European Union**. New York: Cambridge University Press, 2015.

ROSS, B. L. The State as witness: windsor, shelby county, and judicial distrust of the legislative record. **New York University Law Review**, New York, v. 89, p. 2027-2105, 2014.

RULE 702. Testimony by expert witnesses. **Cornell Law School**, Ithaca, NY, [s. d.]. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702. Acesso em: 11 jun. 2025.

RUBENFELD, J. **Freedom and time: a theory of constitutional self-government**. New Haven: Yale University Press, 2001.

RUSSEL, P. H. **Constitutional odyssey: can Canadians become a sovereign people?** 3. ed. Toronto: University of Toronto Press, 2004.

RÚSSIA. Russian Federation's Constitution of 1993 with Amendments through 2008. **Constitute Project**, [s. l.], [1993] 2008. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2008.pdf. Acesso em: 15 mar. 2017.

SAGER, L. G. Justice in plain clothes: reflections on the thinness of Constitutional Law. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 88, n. 1, p. 410-435, 1993.

SAGÜES, N. P. **Elementos de Derecho Constitucional**. Tomo I. 3. ed. act. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2003.

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

SAMPAIO, J. A. L. O Supremo Tribunal Federal e as prognoses do legislador. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 282-304, 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/103860>. Acesso em: 15 ago. 2022.

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

SAMPAIO, J. A. L. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, J. A. L. Constituição e meio ambiente. In: SAMPAIO, J. A. L.; WOLD, C.; NARDY, A. **Princípios do Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

SAMPAIO, J. A. L. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, J. A. L. A Constituição sob ataque: Legislativo e Executivo como fatores mutagênicos. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 10, n. 3, p. 251-263, set./dez. 2018.

SÃO CRISTÓVÃO E NÉVIS. Federation of Saint Kitts and Nevis Constitutional Order of 1983. **Political Database of the Americas**. Georgetown University. Center for Latin American Studies, Washington, D.C., [1983] [s. d.]. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Kitts/kitts83.html>. Acesso em: 15 mar. 2017.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARTORI, G. Constitutionalism: a preliminary discussion. **The American Political Science Review**, Cambridge, v. 56, n. 4, p. 853-864, 1962.

SATHANAPALLY, A. The modest promise of “procedural review” in fundamental rights cases. *In*: BREMS, E.; GERARDS, J. H. (ed.). **Procedural review in european fundamental rights cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 40-76.

SAUL, M. The European Court of Human Rights margin of appreciation and the processes of national parliaments. **Human Rights Law Review**, [s. l.], v. 15, n. 4, p. 745-774, 2015.

SCALIA, A. A Dialogue on statutory and constitutional interpretation. **The George Washington Law Review**, Washington, D.C., v. 80, n. 6, p. 1610-1619, nov. 2012.

SCELLE, G. **Droit International Public, manuel élémentaire (avec les textes essentiels)**. Paris: Domat-Montchrestien, 1944.

SCHMITT, C. **La defensa de la Constitución**. Tradução: Manuel S. Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SEGALL, E. J. **Supreme myths: why the Supreme Court is not a court and its justices are not judges**. Santa Barbara: Praeger, 2012.

SEIDENFELD, M. The long shadow of judicial review. **Journal of Land Use & Environmental Law**, Tallahassee, v. 32, p. 579-598, 2016.

SEIDENFELD, M. Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking. **Texas Law Review**, Austin, v. 75, n. 3, p. 483-524, feb. 1997.

SHARLET, R. Russian constitutional change: an opportunity missed.

Demokratizatsiya, Washington, D.C., v. 7, n. 3, p. 437-447, 1999.

SIAL, A. Q. Constitutional reforms: search for an alternative paradigm. **Pakistan**

Journal of Social Sciences, Multan, v. 30, n. 1, p. 57-70, 2010.

SIEGEL, R. B. Text in contest: gender and the Constitution from a social

movement perspective. **University of Pennsylvania Law Review**,

Philadelphia, v. 150, p. 297-351, 2001.

SIMMONS, J. M. United Arab Emirates. *In*: GRIFFITHS, A. L.; NERENBERG, K.

(ed.). **Handbook of federal countries, 2002**. Montreal; London; Ithaca:

McGill-Queen's University Press, 2002. p. 314-323.

SMITH, D. E. **The Canadian Senate in bicameral perspective**. Toronto:

University of Toronto Press, 2003.

STASZEWSKI, G. Constitutional dialogue in a republic of statutes. **Michigan**

State Law Review, East Lansing, p. 837-875, 2010.

STAUFFER, T.; TÖPPERWIEN, N.; THALMANN-TORRES, U. Switzerland. *In*: GRIFFITHS,

A. L.; NERENBERG, K. (ed.). **Handbook of federal countries, 2002**. Montreal;

London; Ithaca: McGill-Queen's University Press, 2002. p. 179-191.

STEEL, D. **Democracy and justification: the epistemic turn in deliberative**

theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

STELZER, M. Constitutional change in Austria. *In*: CONTIADES, X. (ed.).

Engineering constitutional change: a comparative perspective on Europe,

Canada and the USA. London; New York: Routledge, 2013. p. 7-34.

STEVENSON, G. **Unfulfilled union: Canadian federalism and national unity**.

Toronto: Gage Publishing, 1982.

STRAUSS, D. A. The irrelevance of constitutional amendments. **Harvard Law**

Review, Cambridge, v. 114, p. 1457-1505, 2001.

STRAUSS, D. A. **The living Constitution**. New York; Oxford: Oxford University Press, 2010.

STRAUSS, D. A. Common Law constitutional interpretation. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 63, n. 3, p. 877-935, 1996.

STRAYER, B. L. **The canadian Constitution and the courts**. Toronto: Butterworths, 1988.

STRECK, L. L.; LIMA, M. M. B; OLIVEIRA, M. A. C. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007.

SUÍÇA. Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999. **Fedlex Metadaten des Bundesrechts**, [s. l.], [1999] 2024. Disponível em: <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1999/404/20240303/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1999-404-20240303-en-pdf-a-1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

SUNSTEIN, C. R. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

TALAMINI, E. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135-166.

TAYLOR, G. Convention by consensus: constitutional conventions in Germany. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 12, n. 2, p. 303-329, 2014.

TOWFIGH, E. V. Empirical arguments in Public Law doctrine: “should empirical legal studies make a doctrinal turn?”. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 12, n. 3, p. 670-691, 2014.

TSEBELIS, G. The time inconsistency of long constitutions: evidence from the world. **European Journal of Political Research**, Cambridge, v. 56, p. 820-845, 2017. Disponível em: https://sites.lsa.umich.edu/tsebelis/wp-content/uploads/sites/246/2020/12/Tsebelis_2017_EJPR.pdf. Acesso em: 15 jan. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (versão consolidada). **Eur-Lex**. Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E296&from=MT>. Acesso em: 28 mar. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 11 July 1985. Remia BV and others v Commission of the European Communities. **Eur-Lex**. Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 1985. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61984CJ0042&from=EN>. Acesso em: 12 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Primeira Instância (Quarta Secção). T-65/96, Kish Glass Kish Glass v Commission of the European Communities. **Eur-Lex**, Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996TJ0065>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Judgment of the Court (Second Chamber) of 8 December 2011. Chalkor AE Epexergasias Metallon v European Commission. **Eur-Lex**. Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 2011a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1585945557472&uri=CELEX:62010CJ0386>. Acesso em: 11 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Primeira Instância (Segunda Secção) de 9 de Julho de 2007. Sun Chemical Group BV, Siegwerk Druckfarben AG e Flint Group Germany GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias. **Eur-Lex**. Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62006TJ0282>. Acesso em: 11 dez. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça (Segunda Secção). Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) 7 de Setembro de 2006. Espanha v. Conselho C310/04. **Eur-Lex**, Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 2006. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A62004CJ0310>. Acesso em: 22 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 March 2011. Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres. **Eur-Lex**. Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 2011b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0236>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 16 jun. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça (Quarta Secção). Léger v Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes and Etablissement français du sang. **Eur-Lex**, Acesso ao direito da União Europeia, Luxemburgo, 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62013CJ0528>. Acesso em: 11 fev. 2020.

URRUTIA, A. V. S. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 20, n. 58, p. 105-135, 2000.

VEGA, P. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Justia Venezuela**, [s. l.], [1999] [s. d.]. Disponível em: <https://venezuela.justia.com/federales/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/>. Acesso em: 15 mar. 2017.

VERMEULE, A. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge; London: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, A. Conventions in court. **Digital Access to Scholarship at Harvard**, Cambridge, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/server/api/core/bitstreams/7312037c-fbb7-6bd4-e053-0100007fdf3b/content>. Acesso em: 12 jun. 2017.

VIEIRA, F. S. **Poderes e atribuições do presidente da Câmara dos Deputados no processo decisório legislativo**. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Pesquisas Universitárias do Rio de Janeiro, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Rio de Janeiro, 2009.

VIOLIN, T. C. Estado, ordem social e privatização: as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, Oscips e demais entidades do “terceiro setor”. **Raízes Jurídicas**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 173-286, 2015.

VOERMANS, W. J. M. Legislation and regulation. *In*: KARPEN, U.; XANTHAKI, H. (ed.). **Legislation in Europe**: a comprehensive guide for scholars and practitioners. Oxford: Hart Publishing, 2017. p. 3-32.

WADDELL, C. The role of pathos in the decision making process: a study of the rhetoric of science policy. **Quarterly Journal of Speech**, [s. l.], v. 76, n. 1, p. 381-400, 1990.

WALDHOFF, C. On constitutional duties to give reasons for legislative acts. *In*: MEÛERSCHMIDT, K.; OLIVER-LALANA, D. (ed.). **Rational lawmaking under review**: legisprudence according to the German Federal Constitutional Court. Schweiz: Springer International Publishing, 2016. p. 129-151.

WHEARE, K. C. **Modern Constitution**. 2. ed. London: Oxford University Press, 1966.

WHELAN, D. **The comparative method and law reform**. 1988. Dissert. LL.M. (Master of Laws) Faculty of Law, University College Dublin, Dublin, 1988. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2170672. Acesso em: 29 jan. 2017.

WHITTINGTON, K. E. **Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

WHITTINGTON, K. E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, v. 80, n. 3, p. 773-851, 2002.

WHITTINGTON, K. E. The status of unwritten constitutional conventions in the United States. **University of Illinois Law Review**, Champaign, n. 5, p. 101-124, 2013.

YOUNG, E. A. The Constitution outside the Constitution. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 117, n. 3, p. 408-473, 2007. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20455798?origin=crossref>. Acesso em: 20 fev. 2021.

ZAKARIA, F. **The future of freedom: illiberal democracy at home and abroad**. New York: W.W. Norton, 2003.

ZANDER, M. **The law-making process**. 7. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.

ZHANG, Q. **Juristische argumentation durch folgenorientierung**. Bedeutung der juristischen argumentation für China. Baden-Baden: Nomos, 2010.

ZICK, T. Constitutional empiricism: quasi-neutral principles and constitutional truths. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, v. 82, p. 115-200, 2002.

Sobre os autores



José Adércio Leite Sampaio é pós-doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha) e doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da República no Ministério Público Federal, também é professor da graduação e da pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara.

E-mail: joseadercio.contato@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9452-4811>

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6500803835232465>



Christiane Costa Assis é pós-doutora e doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-doutora e mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, é também coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Estudos Constitucionais (Nupec-CNPq) e Pesquisadora Bolsista de Produtividade da Universidade do Estado de Minas Gerais.

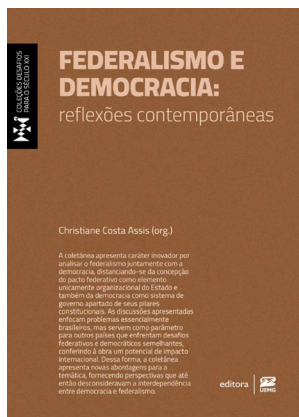
E-mail: christiane.assis@uemg.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3565-4023>

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2647468267130851>

Este livro foi produzido pela Editora da Universidade do Estado de Minas Gerais (EdUEMG) em março de 2026. O texto foi composto em Source Sans 3, por Paul D. Hunt, e Source Serif 4, por Frank Grießhammer. Para obter mais informações sobre outros títulos da EdUEMG, visite o site: editora.uemg.br.

Confira outros títulos da Editora UEMG



Federalismo e democracia: reflexões contemporâneas

**Christiane Costa Assis
(organizadora)**

A coletânea apresenta textos que analisam as diferentes interações entre democracia e federalismo no contexto brasileiro. São discutidos alguns dos erros estruturais nos quais o federalismo incorre, assim como algumas das fragilidades institucionais entre os poderes e órgãos do Estado, em todos os níveis da federação e nas relações entre os entes federativos, que caracterizam nossa democracia.

Acesse em: editora.uemg.br/catalogo



Os atores da crise numérica do judiciário brasileiro: uma análise econômica da cadeia de incentivos à litigância abusiva

João Hagenbeck Parizzi

O livro trata de forma original quais são os causadores da crise numérica do judiciário brasileiro, utilizando-se de pesquisas empíricas para chegar a uma conclusão objetiva de como funciona a cadeia de incentivos que denotam a escolha racional de litigar em vez de permanecer fora do judiciário. O Estado é um dos principais responsáveis pela crise e, ao mesmo tempo, o maior prejudicado, pois aloca os recursos para o sustento da estrutura do poder judiciário. Aborda-se, ainda, como a ausência de capital jurídico (segurança jurídica) propiciada pelo próprio Judiciário cria uma distorção nas expectativas das partes quanto ao resultado da demanda, favorecendo a litigância.

Acesse em: editora.uemg.br/catalogo