

**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.