

**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 1907, 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 contraíndicação 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.]).