

**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 expresso 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.<sup>54</sup> 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.