

**CONTROLE JUDICIAL DE
PROGNOSE LEGISLATIVA**

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

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

Na “Ciência”, ou “Teoria da Legislação”, há um campo específico que, mais que descritivo e analítico, serve para estabelecer orientações e guias para elaboração de boas e legítimas leis. Cuida-se da “avaliação da legislação”, ou “avaliação legislativa”, que examina uma dada lei (ou a legislação em abstrato) segundo padrões mínimos de pesquisa científica e jurídica, incluindo a análise de seus impactos sociais e econômicos, além da probabilidade de ser efetiva e eficaz, atingindo os objetivos propostos (Aeken, 2018, p. 274). Mais recentemente passou a existir, tanto no Brasil quanto no exterior, uma preocupação acadêmica sobre o tema.

As avaliações podem ser *ex ante* (“avaliação de impacto”) ou *ex post* (“avaliação de impacto regulatório”) à elaboração da lei, incidindo em diferentes momentos no ciclo regulatório e com diferença de protagonismo dos atores envolvidos (Meßerschmidt, 2016). A avaliação legislativa prospectiva, ou *ex ante*, averigua a capacidade de os possíveis efeitos da legislação promoverem os fins legislativos pretendidos; enquanto a avaliação retrospectiva, ou *ex post*, apura se os efeitos práticos produzidos pela legislação correspondem àqueles fins (Salinas, 2013, p. 234-235). Ambas são integrantes da chamada “legística material” (LM). De modo mais detalhado, a LM orienta sete etapas do processo legislativo: (i) identificação e definição de um problema a ser resolvido por meio da lei; (ii) determinação dos objetivos a serem alcançados; (iii) definição dos meios potencialmente aptos a produzir os efeitos pretendidos; (iv) avaliação legislativa prospectiva ou *ex ante*; (v) escolha da solução legislativa a ser submetida à aprovação; (vi) aprovação e execução da lei; (vii) avaliação legislativa retrospectiva ou *ex post* (Salinas, 2013, p. 234-235).

Há duas principais orientações que informam as propostas legislativas: a “avaliação democrática”, que analisa o grau de abertura do processo deliberativo à efetiva participação popular e social; e a “avaliação racional-analítica” que é realizada principalmente para melhorar o caráter científico e baseado em evidências da legislação (Aeken, 2018, p. 274). Embora haja leituras que enfatizem um ou outro aspecto (Guba; Lincoln, 1989), a combinação da avaliação democrática com a racional-analítica parece formar o melhor critério. Segundo Meneguín (2010, p. 5): “não há um modelo sistemático para avaliação das proposições, tampouco

o assunto é abordado com frequência na literatura acadêmica, tanto jurídica quanto econômica”. Os órgãos do Executivo, encarregados de elaborar proposições legislativas, não obedecem às regras de metódica da legislação (legística material), nem costumam instituir equipes interdisciplinares para realização de avaliação legislativa, reduzindo a elaboração de proposições à técnica formal de legislação a cargo de consultores jurídicos (legística formal – ou técnica legislativa – em parte), não obstante o disposto na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (Brasil, 1998; Salinas, 2013, p. 247). Há, todavia, um órgão encarregado de avaliar os resultados das políticas públicas: o Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas, instituído pelo Decreto nº 9.834, de 12 de junho de 2019 (Brasil, 2019b). No Legislativo, especialmente no Senado Federal, iniciou-se, com a edição da Resolução nº 44, de 17 de setembro de 2013, um processo de avaliação de impacto legislativo ainda de modo incipiente (Brasil, 2013).⁴ Destaca-se ainda, o Projeto de Lei Complementar nº 185, de 2016, que tramitou e foi arquivado no Senado Federal, cuja proposta consistia em alterar a Lei de Responsabilidade Fiscal para determinar que pelo menos dois programas, projetos ou atividades públicas de elevado impacto fiscal sejam analisados, a cada ano, pela União, pelos estados e municípios, com vistas a aferir a qualidade, a eficiência e a pertinência da sua manutenção, bem como a relação entre custos e benefícios, devendo o resultado da avaliação ser tornado público (Brasil, 2016a).

Se os estudos teóricos e empíricos fornecem elementos objetivos e cálculos técnicos de efeitos das alternativas de regulação, é preciso reconhecer que o enriquecimento do debate público que forneça informações sobre os interesses em pauta, sobretudo (mas não apenas) no curso do processo legislativo, mais que atribuir legitimidade ao debate, contribui para avaliação crítica de argumentos e contra-argumentos das técnicas e dos interesses, imprimindo probabilidade maior de acerto na tomada de decisão (Aeken, 2018, p. 280; Fung; Wright, 2003). Note-se que o controle de prognose baseado em evidências não se restringe à

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

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

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

5 Cf. ALEMANN, 2013, p. 330.