

O CONTROLE DE PROGNOSE LEGISLATIVA BASEADO EM EVIDÊNCIAS NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

EVIDENCE-BASED JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION IN THE UNITED STATES SUPREME COURT

José Adércio Leite Sampaio¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o controle de prognose legislativa baseado em evidências na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para tanto, adota-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A Suprema Corte dos Estados Unidos foi pioneira em investigar as razões subjacentes à lei, valendo de testes de racionalidade, por ela, desenvolvidos. Mesmo reconhecendo que não haveria obrigação constitucional de o legislador apresentar fundamentos expressos ou fazer quaisquer constatações particulares para realizar sua função constitucional, não raras vezes a Corte declara inconstitucional uma lei por faltar-lhe base empírica ou por déficit de fundamento das prognoses realizadas. As falhas no processo legislativo e notadamente nos fatos legislativos, portanto, contagiam o seu resultado, a lei. Entretanto, essas incursões judiciais são inconstantes e nem sempre coerentes ou previsíveis, dependendo muito mais do juízo de conveniência da Corte do que de uma doutrina judicial bem formulada.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade baseado em evidências; Devido processo legislativo; Prognose Legislativa; Suprema Corte dos Estados Unidos.

ABSTRACT

This article aims to analyze the evidence-based judicial review of legislation in the United States Supreme Court. To this end, the techniques of bibliographic and documental research were used. The United States Supreme Court was a pioneer in investigating the reasons behind the law, using tests of rationality, developed by it. Even recognizing that there would be no constitutional obligation for the legislator to present express grounds or make any particular findings to fulfill its constitutional function, the Court often declares a law unconstitutional because it lacks an empirical basis or due to a deficit in the basis of the prognoses made by legislator. The flaws in the lawmaking process and particularly in the legislative facts, therefore, contaminate its result, the law. However, these judicial incursions are fickle and not always coherent or predictable, depending much more on the Court's judgment of convenience than on well-formulated judicial doctrine.

Keywords: Evidence-based judicial review; Due legislative process; Legislative prognosis; United States Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O legislador parlamentar, embora dotado das credenciais de legitimidade democrática, não possui 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, ele haveria de cumprir os comandos constitucionais,

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) e pós-doutorado pela Universidad de Castilla la Mancha (2018). Atualmente é professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, na área de concentração "Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável", professor titular da Escola Superior Dom Helder Câmara e Procurador da República do Ministério Público Federal.

sob pena de censura dos juízes. Em lugares onde 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. Designadamente em países que adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e, portanto, em que há uma Constituição formal a ser respeitada, existem duas maneiras de serem estabelecidos os limites constitucionais. A primeira e mais comum se exerce 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 e 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, por exemplo, que envolvam 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 e interpretações disponíveis e, quando for o caso, as perspectivas científicas em sua pluralidade; e 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 argumentação 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, portanto, um exame das evidências e do que moveu o legislador a adotar determinada solução normativa, do diagnóstico e previsões feitos, podendo-se valer de experts no próprio processo de revisão judicial. Trata-se de uma operação analítico-normativa e o termo “normativo” tem agora o sentido de parâmetros que devem ser seguidos no processo deliberativo.

Não é de se estranhar que, se na primeira abordagem, já existam críticas à intervenção das cortes, na segunda elas são ainda mais profundas. As limitações democráticas se aliam à falta de

expertise para complexa tarefa de elaboração de prognósticos e políticas legislativas, exigindo autocontenção ao contrário 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 do presente trabalho. Por meio de revisão bibliográfica e de alguns julgados seminais daquela 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.

2 A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: DA DEFERÊNCIA JUDICIAL AO EXAME DAS PROGNOSES LEGISLATIVAS

Nos Estados Unidos, embora a Suprema Corte tenha reiteradamente afirmado que o Congresso não precisa “fazer constatações particulares para legislar” (ESTADOS UNIDOS, 1971, p. 156²), 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. Em um levantamento feito recentemente, foi identificado que 56% das 120 decisões mais importantes, controversas ou que, ao menos, apareceram nas primeiras páginas dos jornais, entre 2000 e 2010, continham, pelo menos, uma referência a “fatos legislativos” (LARSEN, 2012, p. 1262)³. Um exemplo desse uso pode ser encontrado em “Fullilove

² Vejam-se exemplos em “Katzenbach v. McClung”, 379 U.S. 294, 299 (1964) (“no formal findings were made, which of course are not necessary”); “United States R.R. Retirement Bd. v. Fritz”, 449 U.S. 166, 179 (1980) (“this Court has never insisted that a legislative body articulate its reasons for enacting a statute.”); “Townsend v. Yeomans”, 301 U.S. 441, 451 (1937) (“there is no principle of constitutional law which nullifies action taken by a legislature, otherwise competent, in the absence of a special investigation (...) [T]he legislature (...) is presumed to know the needs of the people of the State. (...) [w]hether or not special inquiries should be made is a matter for the legislative discretion”); “Turner Broadcasting Sys., Inc. v. Federal Communications Comm’n”, 512 U.S. 622, 665-66 (1994) (Turner I) (“Congress is not obligated . . . to make a record of the type that an agency or court does to accommodate judicial review”). “Pacific States Box & Basket Co. v. White”, 296 U.S. 176, 186 (1935) (afastando o argumento de que norma aprovada por uma agência reguladora era “void because the administrative body made no special findings of fact”). Levantamento realizado por: COENEN (2001, p. 1656, n.359). A discussão sobre a necessidade de as cortes, a Suprema Corte em especial, exigirem mais transparência no processo regulatório pode ser encontrado em (PIERCE JR., 2006; BRESSMAN, 2007).

³ A expressão “fato legislativo” nem sempre é empregada com o mesmo sentido na literatura. Ora indica o conjunto de elementos teóricos, empíricos, documentais ou orais que informam o processo legislativo, orientados tanto para o passado (fatos históricos), quanto para o presente (fatos atuais) e para o futuro (previsões ou prognoses), como se emprega no texto; ora são elementos factuais relevantes ao raciocínio jurídico em geral, incluindo o processo legislativo. Nos Estados Unidos, distinguem-se entre “fatos legislativos” e “fatos adjudicativos”, esses associados aos elementos probatórios de uma dada asserção ou situação no âmbito de um processo judicial específico; aqueles, referidos a fatos

v. Klutznick”. Escreveu, em seu voto, o *justice* Steven 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 de elaboração da lei, “se o produto legislativo causou privação da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal”.

E completou: “Parece-me que a revisão judicial deve incluir uma consideração do caráter procedimental do curso de tomada de decisão [legislativa]” (ESTADOS UNIDOS, 1980, p. 580-581).⁴ Essa enunciação que ressalta o princípio geral de não exigir uma “especial investigação legislativa”, mas avança em identificar falhas do legislador por não se ter baseado em elementos empíricos relevantes, é mais frequente do que se pensa.

O exame das falhas no processo legislativo que conduziram à conclusão de inconstitucionalidade da lei pode, por exemplo, ser encontrado em “Reno v. ACLU”, julgado em 1997: os congressistas falharam, ao não realizarem audiências públicas nem apresentarem conclusões fundadas em evidências (ESTADOS UNIDOS, 1997b, p. 879). Em “Morrison v.

que transcendem a disputa, compondo tanto o repertório de argumentação jurídica, quanto integrados por elementos usados no processo legislativo ou como fundamento de uma decisão judicial (DAVIS, 1942). Há quem fale em “fatos constitucionais” - espécie dos fatos legislativos - como elementos factuais relevantes para o estabelecimento de uma norma constitucional e para sua aplicação, inclusive na “judicial review”. Há fatos históricos e fatos empíricos, aqueles são incapazes de ser cientificamente testados, diferentemente destes últimos. Os primeiros estão situados no âmbito das especulações acadêmicas, enquanto os fatos empíricos estão no labor dos cientistas, inclusivamente sociais: saberem-se, por exemplo, as populações relevantes para determinar o entendimento da palavra “comércio” (FAIGMAN, 1991). Aqueles pressupostos em que se baseiam a doutrina jurídica e as decisões se denominariam fatos legislativos “fundamentais”: “They are distinguishable from judicial values because they are, at least in theory, empirically testable” (SHERRY, 2011, p. 146). Note-se a pluralidade de enfoques. A distinção é muitas vezes tênue. Os fatos legislativos costumam ser empregados para realização dos testes de balanceamento, de escrutínio rigoroso ou estrito (“Adarand Constructors, Inc. v. Peña”, 515 U.S. 200, 236 (1995): caso de classificações ou discriminações baseadas em raça) ou, por exemplo, para definir o que constitui um endosso ou discriminação de uma dada religião (“Board of Ed. v. Mergens”, 496 U.S. 226, 250-251 (1990)) ou ainda para saber se existe um consenso nacional de que a pena de morte juvenil é cruel e incomum (“Roper v. Simmons”, 543 U.S. 551 (2005)). Como afirmam John McGinnis e Charles Mulaney, “since the Supreme Court takes cases in order to formulate law rather than solely to adjudicate particular cases, legislative facts often drive its opinions much more than adjudicative facts”. (MCGINNIS; MULANEY, 2008, p. 6).

⁴ “Although it is traditional for judges to accord the same presumption of regularity to the legislative process no matter how obvious it may be that a busy Congress has acted precipitately, I see no reason why the character of their procedures may not be considered relevant to the decision whether the legislative product has caused a deprivation of liberty or property without due process of law. (...). [I]t seems to me that judicial review should include a consideration of the procedural character of the decision making process”. A Corte continuou a dar relevância dos 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: “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” (...) 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” (ESTADOS UNIDOS, 1989a, p. 133). Veja-se sobre a pesquisa histórica e a busca sobre registros legislativos, mais presentes entre “intencionalistas” do que entre “textualistas”; (ZEPPOS, 1990).

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 ao trabalho e custos hospitalares, além de reduzir o consumo de bens e serviços⁵.

Contudo, essas constatações não foram suficientes para justificar a “Violence Against Women Act”, 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)⁶. Assim também em “Board of Trustees of the University of Alabama v Garret”, de 2001, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei, pois os registros legislativos não mostraram que o Congresso valera-se de base empírica necessária para aprová-la (ESTADOS UNIDOS, 2001).

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, estabelecem as advertências necessárias para que as confissões sejam consideradas voluntárias e, portanto, admissíveis como prova (ESTADOS UNIDOS, 1966). 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 (p. 445 ss, 467).

Dois anos após a decisão, o Congresso veio, realmente, a aprovar legislação sobre o tema, estabelecendo os requisitos para que as confissões fossem admissíveis em processos federais, mesmo que as advertências de Miranda não tivessem sido feitas. Havia um farto registro de informações produzidas ao longo do processo legislativo que embasavam a decisão dos congressistas, mas, ao declarar a nova lei inconstitucional, o que fez apenas em 2000, a Corte sequer fez a elas referências, resumindo-se a afirmar que as garantias estabelecidas não eram suficientes para reduzir o risco de confissões forçadas (ESTADOS UNIDOS, 2000b).

⁵ “First, the costs of violent crime are substantial, and, through the mechanism of insurance, those costs are spread throughout the population. Second, violent crime reduces the willingness of individuals to travel to areas within the country that are perceived to be unsafe. (,,). The Government also argued that the presence of guns at schools poses a threat to the educational process, which in turn threatens to produce a less efficient and productive work force, which will negatively affect national productivity and thus interstate commerce.” (ESTADOS UNIDOS, 1989b, p. 612).

⁶ “We rejected these ‘costs of crime’ and ‘national productivity’ arguments because they would permit Congress to ‘regulate not only all violent crime, but all activities that might lead to violent crime, regardless of how tenuously they relate to interstate commerce.’ (... Gender-motivated crimes of violence are not, in any sense of the phrase, economic activity. While we need not adopt a categorical rule against aggregating the effects of any noneconomic activity in order to decide these cases” (612-613). Sobre a ocorrência de outros impactos: (ESTADOS UNIDOS, 1989b, p. 614 ss).

A tradição, anotada por Stevens, parece dar lugar cada vez mais a um exame judicial dos registros factuais e dados empíricos que embasaram a decisão dos legisladores (FRICKEY; SMITH, 2001, p.1725-1727; BUZBEE; SCHAPIRO, 2001, p. 118)⁷. Esse exame tende a ser realizado com mais atenção em casos sobre: (a) discriminação sexual (e, em certa medida, racial); (b) discriminação contra estrangeiros legais; (3) limites à propriedade ou à liberdade de iniciativa econômica; e (c) liberdade de expressão (COENEN, 2001, p. 1679 ss), sendo a Corte bem mais deferente ao legislador federal na disciplina de matérias que tangenciem a XIV Emenda e bem menos às legislaturas estaduais no âmbito da cláusula do comércio (PATTI, 2019), embora, neste último ponto, haja controvérsia (FRICKEY; SMITH, 2001; GALLE, 2017).

3 A DEFERÊNCIA JUDICIAL DIANTE DA INCERTEZA CIENTÍFICA

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 Corte 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

⁷ “We agree with the Government that Congress normally is not required to make formal findings as to the substantial burdens that an activity has on interstate commerce. But to the extent that congressional findings would enable us to evaluate the legislative judgment that the activity in question substantially affected interstate commerce, even though no such substantial effect was visible to the naked eye, they are lacking here” (ESTADOS UNIDOS, 1995, p. 1363-1364). Em “Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Ass'n”, de 1981, a Corte baseou seu entendimento em na quantidade de audiências, de depoimentos e provas documentais presentes no processo legislativo (ESTADOS UNIDOS, 1981); Em “Katzenbach v. McClung”, de 1964, disse que a ausência de “formal findings (...) is not fatal (...) for the evidence presented at hearings fully indicated the nature and effect of the burdens on commerce”. (ESTADOS UNIDOS, 1964, p. 304). Em “Board of Trade v. Olsen”, de 1923, reforçou a presunção de constitucionalidade da lei, baseando-se no fato de que “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” (ESTADO UNIDOS, 1923, p. 10). Em “City of Boerne v. Flores”, de 1997, em que se discutia a constitucionalidade da “Religious Freedom Restoration Act of 1993”, lê-se “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.” (1997c, p. 530-531).

sociais e 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 as cortes (ESTADOS UNIDOS, 1905a).⁸

Essa orientação foi, repetidas vezes, aplicada, sobretudo, no âmbito da saúde pública. Em “Cal. Reduction Co. v. Sanitary Reduction Works of San Francisco”, no mesmo ano, declarou-se válida uma portaria que disciplinava o descarte de resíduos urbanos, embora tenha reconhecido que havia dúvida científica sobre a eficácia do método adotado (ESTADOS UNIDOS, 1905b)⁹. Em “Price v. Illinois”, de 1915, manteve, com 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 pública¹⁰.

Em “Kansas v. Hendricks”, de 1907, 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 volitiva, predispondo a pessoa a cometer ofensas sexualmente violentas, dentre elas, a pedofilia. Havia dúvida médica sobre o seu

⁸ “Since, then, vaccination, as a means of protecting a community against smallpox, finds strong support in the experience of this and other countries, no court, much less a jury, is justified in disregarding the action of the legislature simply because, in its or their opinion, that particular method was -- perhaps or possibly -- not the best either for children or adults.”(ESTADOS UNIDOS, 1905a, p. 95).

⁹ “... questions arise as to the mode in which garbage should be collected, and the statement is made by those who have investigated the subject, that, while might be made in reference to what is commonly called "dry refuse," which, in many cities, includes ashes and all the rubbish accumulated in private houses, stores, market houses, and like places. These references to the different methods employed to dispose of garbage and refuse have been made in order to show that the board had before them a most difficult problem -- unsolved by experience or science -- as to the best or most appropriate method of protecting the public health in the matter of the disposal of the garbage, refuse, and other materials found on private premises, and in hotels, restaurants, and like places. The state, charged with the duty of safeguarding the health of its people, committed the subject to the wisdom and discretion of the Board of Supervisors. The conclusion it reached appears in the ordinances in question, and the courts must accept it unless these ordinances are, in some essential particular, repugnant to the fundamental law”. (ESTADOS UNIDOS, 1905b, p.320-321). No entanto, no famoso caso Lochner, a Corte não concordou com a conclusão do legislador de que longas horas de trabalho poderiam ser perigosas para os trabalhadores de padarias; “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.” (ESTADOS UNIDOS, 1905c). Curioso que concordara que profissões como mineiros poderiam ter sua saúde afetada por jornadas de trabalho longas (ESTADOS UNIDOS, 1898).

¹⁰ “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”. (ESTADOS UNIDOS, 1915, p. 452). No mesmo sentido ainda “Laurel Hill Cemetery v. City e County of San Francisco”, de 1910, mantendo 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 relacionada ao assunto (ESTADOS UNIDOS, 1910). Assim também em “Lambert v. Yellowley”, de 1926, sobre as dúvidas em torno das propriedades medicinais do álcool, desde que prescrito por médico. (ESTADOS UNIDOS, 1926).

enquadramento, todavia, ela poderia ser resolvida, como fora, pelo legislador num teste de precaução razoável (ESTADOS UNIDOS, 1997a)¹¹.

Num ambiente de incerteza científica, a palavra é dada ao legislador, calando-se as cortes. “Quando o Congresso resolve atuar em áreas repletas de incertezas médicas e científicas”, escreveu em “Marshall v. United States”, “os tribunais devem ser cautelosos para não reescreverem a legislação” (ESTADOS UNIDOS, 1974, p. 477)¹².

Em duas decisões sobre “aborto com nascimento parcial”, por meio do qual se induz o parto prematuro, produzindo a morte do feto, a Corte tomou decisões contraditórias, sempre em vista das incertezas científicas. Em “Stenberg v. Carhart”, conhecido como “Carhart I”, de 2000, declarou 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). Parecia ter abandonado o precedente.

Mas em 2007, retomou-o, agora para manter a lei federal de 2003 que tratava do mesmo assunto, a “Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003”.¹³ E o fez, tentando mostrar as diferenças entre os dois textos, o federal e o estadual. A Corte mostrou-se sensível ao debate parlamentar, que

¹¹ O quadro se repete no âmbito de saúde pública: Em “Addington v. Texas” (1979a, p. 426-27,432-433), estabeleceu parâmetros de tratamento compulsório para pessoas violentas e com transtornos mentais. Em “Jones v. United States”, definiu os parâmetros para demonstração indiscutível de que um indivíduo é doente e perigoso (ESTADOS UNIDOS, 1983, p. 362).

¹² “...[W]hen Congress undertakes to act in areas fraught with medical and scientific uncertainties (...) courts should be cautious not to rewrite legislation.”. Em “Traynor v. Tumage”, de 1988, manteve-se norma que classificava o alcoolismo como intencional para fins da “Rehabilitation Act”: “This litigation does not require the Court to decide whether alcoholism is a disease whose course its victims cannot control. It is not our role to resolve this medical issue on which the authorities remain sharply divided”. (ESTADOS UNIDOS, 1988, p. 552). Veja-se também “N.Y. Transit Auth. v. Beazer”, de 1979, reconhecendo a validade da política do empregador de excluir os usuários terapêuticos de metadona do emprego, considerando desnecessária a discussão sobre políticas mais precisas, dadas as incertezas associadas ao vício e ao tratamento com heroína (ESTADOS UNIDOS, 1979b, p. 590 ss). A mesma ordem de ideia se aplica às agências reguladoras: “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.” (ESTADOS UNIDOS, 1989b, p. 378). A discussão sobre a (im)propriedade da revisão judicial das decisões regulatórias é recorrente, veja (JAFFE, 1956). Na ideia de que a deferência às agências violaria a história e os valores do constitucionalismo norte-americano (GIBBONS, 2016). O controle judicial, ainda que relativamente deferente às agências, ajudaria ao aperfeiçoamento do processo decisório: (SEIDENFELD, 2016 REITZ, 2018).

¹³ A lei federal havia adotado um texto que corrigia imprecisões da Lei de Nebraska: “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,” (ESTADOS UNIDOS, 2007). A contradição, todavia, fora notada por Ginsburg, em sua divergência: “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. *Stenberg*, 530 U. S., at 930” (ESTADOS UNIDOS, 2007).

identificara no procedimento médico problemas éticos, médicos e jurídicos¹⁴. É certo que se tenha recusado a considerar 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.¹⁵

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”¹⁶. A mostrar, porém, que o caso anterior, “Stenberg”, havia sido 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”¹⁷.

Quando a Suprema Corte se dispõe a realizar uma investigação das bases empíricas e das previsões feitas pelo legislador, dentro da exigência de “racionalidade” das leis, ela 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 expert, até porque, no caso “Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals”, desenvolveu um roteiro que deve ser seguido para produção judicial de prova técnica, procurando proteger a “good” da “junk science”¹⁸. No

¹⁴ “Congress stated as follows: ‘Implicitly approving such a brutal and inhumane procedure by choosing not to prohibit it will further coarsen society to the humanity of not only newborns, but all vulnerable and innocent human life, making it increasingly difficult to protect such life.’ Congressional Findings (...) The Act expresses respect for the dignity of human life. Congress was concerned, furthermore, with the effects on the medical community and on its reputation caused by the practice of partial-birth abortion. The findings in the Act explain: ‘Partial-birth abortion ... confuses the medical, legal, and ethical duties of physicians to preserve and promote life, as the physician acts directly against the physical life of a child, whom he or she had just delivered, all but the head, out of the womb, in order to end that life.’” (ESTADOS UNIDOS, 2007).

¹⁵ “... [S]ome recitations in the Act are factually incorrect. (...) Congress also found there existed a medical consensus that the prohibited procedure is never medically necessary. Congressional Findings (...). Uncritical deference to Congress’ factual findings in these cases is inappropriate.” (ESTADOS UNIDOS, 2007).

¹⁶ “Although we review congressional factfinding under a deferential standard, we do not in the circumstances here place dispositive weight on Congress’ findings. The Court retains an independent constitutional duty to review factual findings where constitutional rights are at stake” (ESTADOS UNIDOS, 2007).

¹⁷ “Medical uncertainty does not foreclose the exercise of legislative power in the abortion context (...). 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”. (ESTADOS UNIDOS, 2007).

¹⁸ São os seguintes requisitos em que devem ser atendidos pelas perícias técnicas: (a) aceitabilidade - devem ser aceitas pela comunidade científica; (b) testabilidade - podem ser testadas; (c) devem ter sido submetidas à publicação e revisão pelos pares; e (d) erros dentro da margem de segurança – têm de apresentar um índice de erro conhecido ou potencial aceitável. (CHENG; YOON, 2005, p. 503).

entanto, o teste não é aplicado para revisar as decisões tomadas pelo Congresso e é usado, de modo muito deferente, às agências reguladoras (MILLER; REIN, 2000; RAUL; DWYER, 2003)¹⁹.

4 DEFERÊNCIA OU EXAME DAS PROGNOSES? UM PROGNÓSTICO INCERTO

A valorização e a profundidade do exame dos registros legislativos, assunções empíricas e prognósticos envolvidos, variam segundo um juízo 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, para derrubar disposições importantes da “Voting Rights Act”. Pouca relevância fora dada a esse fato (ESTADOS UNIDOS, 2013a).

Os mesmos juízes conservadores, porém, criticaram a maioria que, no dia seguinte, em “United States v. Windsor”, declarou inconstitucional a “Federal Defense of Marriage Act”, que negava benefícios iguais aos casais homoafetivos, por não ter considerado adequadamente as evidências legislativas que levaram à aprovação da Lei (ESTADOS UNIDOS, 2013b). A avaliação dos “fatos legislativos”, como se veem, está submetida a jogos, quase sempre, inexpressos de conveniência judicial, que resultam inconstância e imprevisibilidade (CHENG, 2007; LARSEN, 2012; ARAIZA, 2013; ROSS, 2014).²⁰

¹⁹ 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 (ESTADOS UNIDOS, 1994, p. 665-666; BUZBEE; SCHAPIRO, 2001). Faigman fez, no início dos anos 1990, um levantamento do uso dos fatos, legislativos e não legislativos, usados pela Suprema Corte: a) quando ela valoriza a pesquisa empírica (“Brown v. Board of Education” e “Roe v. Wade”); b) quando ela aplica mal as bases empíricas (“Ballew v. Georgia”); b) quando ela encontra seus próprios fatos, seja interpretando mal ou ignorando dados contraditórios (“Barefoot v. Estelle” e “Parham v. J.R.”); seja quando ela mesma “encontra” os dados (“United States v. Leon” e “Witherspoon v. Illinois”); e c) quando muda a lei para evitar os fatos (“Lockhart v. McCree” e “McCleskey v. Kemp”). A negativa de que não poderiam ser considerados os elementos factuais na aplicação da Constituição sobre as leis careceria de elementos históricos (FAIGMAN, 1991).

²⁰ Os exemplos de incoerência são diversos. Citem-se mais dois, “Dennis v. United States” e “United States v. Robel”. 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 da “Smith Act”. Na oportunidade, o juiz Frankfurter se valeu dos registros das audiências perante o Comitê de Atividades Não-Americanas da Câmara (“House Committee on Un-American Activities”), para afirmar que a Corte não poderia substituir o julgamento realizado pelo Congresso (ESTADOS UNIDOS, 1951, p. 547). No segundo caso, julgado dezesseis anos depois, a Corte anulou uma disposição da Lei de Controle de Atividades Subversivas (“Subversive Activities Control Act”) que proibia qualquer membro de uma organização comunista, de trabalhar em uma instalação de defesa, por atentado à liberdade de associação. 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 bastante para imputar-lhe os objetivos ilegais da organização: “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

De toda sorte, o que a literatura jurídica tem observado é que as decisões da Suprema Corte se tem valido cada vez mais de elementos empíricos, de 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 (MEARES, 2002, p. 855; ZICK, 2003, p. 140; BRYANT, 2009, p.468)²¹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

organization's membership rolls is insufficient to impute to him the organization's illegal goals." (ESTADOS UNIDOS, 1967). A falta de uma metodologia clara e consistente (ou falta de vontade) na verificação das constatações legislativas levam, além de conflitos com o Congresso, a um desprestígio da própria Corte. (RAUL; DWYER, 2003). Mesmo em domínios mais amplo do que o uso de dados legislativos no controle de constitucionalidade, a Corte demonstraria uma vontade 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).

²¹ Há quem ainda se mostre mais cético pelas limitações de apoio técnico aos juízes para fazerem as incursões empíricas necessárias a seu julgamentos.: "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." (LARSEN, 2012, p. 1259)

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

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

REFERÊNCIAS

ARAIZA, William D. Deference to Congressional Fact-Finding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation. **New York University Law Review**, v. 88, p. 878-857, 2013.

BERGER, Eric. Deference Determinations and Stealth Constitutional Decision Making. **Iowa Law Review**, v. 98, p. 465-533, 2012

BERNICK, Evan D. Is Judicial Deference to Agency Fact-Finding Unlawful. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, v. 16, p. 27-66, 2018.

BICKENBACH, Christian. Legislative Margins of Appreciation as the Result of Rational Lawmaking. In MEßERSCHMID, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel (eds). **Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court**. Zurich: Springer, 2016.

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

BRYANT, A. Christopher. The Empirical Judiciary. **Constitutional Commentary**, v. 25, p. 467-543, 2009

BUZBEE, William W.; SCHAPIRO, Robert A. Legislative Record Review. **Stanford Law Review**, v. 54, n. 1, p. 87-161, 98 n. 31, 2001.

CHENG, Edward K. Independent Judicial Research in the Daubert Age. **Duke Law Journal**, v.56, p. 1263-1318, 2007.

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue. **William and Mary Law Review**, v. 42, n. 5, p. 1575-1870, 2001.

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

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Holden v. Hardy**, 169 U.S. 366 (1898). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/169/366/>>. Acesso em 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Jacobson v. Massachusetts**, 197 U.S. 11(1905a). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/197/11/> >. Acesso em 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Cal. Reduction Co. v. Sanitary Reduction Works of San Francisco**, 199 U.S. 306 (1905b). Disponível em:< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/199/306/> >. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45 (1905c). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>> Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Laurel Hill Cemetery v. City e County of San Francisco**, 216 U.S. 358 (1910). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/216/358/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Price v. Illinois**. 238 U.S. 446.452 (1915). Disponível em:<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/238/446/> >. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Board of Trade v. Olsen**, 262 U.S. 1 (1923). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/1/> >. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lambert v. Yellowley**. 272 U.S. 581 (1926). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/581/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Dennis v. United States**. 341 U.S. 494 (1951). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/>>. Acesso em 12 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Katzenbachv. McClung**, 379 U.S. 294 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/294/>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Miranda v. Arizona**. 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/258/>>. Acesso em 12 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Robel**. 389 U.S. 258 (1967). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/258/>>. Acesso em 12 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Perez v. United States**, 402 U.S. 146 (1971). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/146/> >. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Marshall v. United States**, 414 US 417 (1974). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/417/>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Addington v. Texas**, 441 U.S. 418 (1979a). Disponível em:< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/418/>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **N.Y. Transit Auth. v. Beazer**, 440 U.S. 568 (1979b). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/440/568/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Fullilove v. Klutznick**, 448 U.S. 448. (1980). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/448/>>. Acesso em 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Ass'n**, 452 U.S. 264 (1981). Disponível em: <https://casetext.com/case/hodel-v-virginia-surface-mining-and-reclamation-association-inc-virginia-surface-mining-and-reclamation-association-inc-v-hodel>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Jones v. United States**, 463 U.S. 354, 362 (1983). Disponível em:< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/257/>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Traynor v. Turnage**, 485 US 535.552 (1988). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/535/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Sable Communications v. FCC**, 492 U.S. 115 (1989a). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/115/>>. Acesso em 11 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Marsh v. Oregon Natural Resources Council**. 490 U.S. 360 (1989b). Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/490/360.html>>. Acesso em 15 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Turner Broadcasting Sys., Inc. v. Federal Communications Comm'n**, 512 U.S. 622 (1994). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/622/>>. Acesso em 15 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Lopez**. 514 U.S. 549 (1995). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Kansas v. Hendricks**, 521 U.S. 346 (1997a). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/346/>>. Acesso em 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Reno v ACLU**, 521 U.S. 844 (1997b). Disponível em: < <https://www.oyez.org/cases/1996/96-511>>. Acesso em 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **City of Boerne v. Flores**, 521 U.S. 507 (1997c). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/507/>>. Acesso em: 4 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Morrison v. United States**, 529 U.S.598 (2000a). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/>>. Acesso em: 4 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Dickerson v. United States**. 530 U.S. 428 (2000b). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/428/>>. Acesso em: 4 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Stenberg v. Carhart (Carhart I)**. 530 U.S. 914 (2000c). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/914/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Board of Trustees of the University of Alabama v Garrett**, 531 U.S. 356 (2001). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/356/>>. Acesso em 14 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Gonzales v. Carhart (Carhart II)**, 550 U.S. 124 (2007). Disponível em:< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/550/124/>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Shelby County v. Holder**, 570 U.S. 529 (2013a). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-96>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Windsor**, 570 U.S. 744 (2013b). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-307>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

FAIGMAN, David L. “Normative Constitutional Fact-Finding”: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretatio. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 139, 541-613, 1991.

FRICKEY; Philip P. Frickey; SMITH, Steve S. Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique. **Yale Law Journal**, v. 111, p. 1706-1756, 2002.

GALLE, Brian. Congressional control of state taxation: evidence and lessons for federalism theory. In KLINK, Jonathan. **The Law and Economics of Federalism**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, p. 1-29, 2017.

GIBBONS, John. Why Judicial Deference to Administrative Fact-Finding in Unconstitutional. **Brigham Young Law Review**, p. 1485-1525, 2016.

JAFFE, Louis L. Judicial Review: Question of Fact. **Harvard Law Review**, v. 69, n. 6, p. 1020-1056, 1956.

KEETON, Robert E. Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts. **Minnesota Law Review**, v. 3, p. 1- 22, 1988

KOLITCH, Shawn. Constitutional Fact Finding and the Appropriate Use of Empirical Data in Constitutional Law. **Lewis & Clark Law Review**, v. 10, p. 673-699, 2006.

LARSEN, Allison O. Confronting Supreme Court Fact Finding. **Virginia Law Review**, v. 98, p. 1255-1312, 2012.

McGINNIS, John O.; MULANEY, Charles W. **Judging Facts Like Law**, 2008: Disponível em: <
https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1061502_code337501.pdf?abstractid=1061502&mirid=1>. Acesso em 15 dez. 2019

MEARES, Tracy L. Three Objections to the Use of Empiricism in Criminal Law and Procedure—and Three Answers. **University of Illinois Law Review**, v. 2002, n. 4, p. 851-873.

MEAZELL, Emily H. Scientific Avoidance: Toward More Principled Judicial Review of Legislative Science. **Indiana Law Journal**, v. 84, n. 1, p. 239- 283 2009.

MENDES, Gilmar F. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 8, 2000. Disponível em: <
<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1063/1047>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

MEßERSCHMIDT, Klaus. Evidence-based review of legislation in Germany. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, p. 209-235, 2016.

PATTI, F. Italia. Judicial Deference and Political Power in Fourteenth Amendment and Dormant Commerce Clause Cases. **San Diego Law Review**, v. 56, p. 221-246, 2019.

PIERCE JR. Richard J. Democratizing the Administrative State, *Willima & Mary Law Review*, v. 48, p. 559-611, 2006.

REITZ, John C. Deference to the Administration in Judicial Review. **The American Journal of Comparative Law**, v. 66, n. suppl_1, p. 269-298, 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. **Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and European Union**. New York: Cambridge University Press 2015.

ROSS, Bertrall L., The State as Witness: Windsor, Shelby County, and Judicial Distrust of the Legislative Record. **New York University Law Review**, v. 89, p. 2027-2105, 2014.

SAUL, Matthew. Structuring evaluations of parliamentary processes by the European Court of Human Rights. **The International Journal of Human Rights**, v. 20, p. 1077-1096, 2016.

SEIDENFELD, Mark. The Long Shadow of Judicial Review. **Journal of Land Use & Environmental Law**, v. 32, p. 579-598, 2016.

SHERRY, Suzanna. Foundational Facts and Doctrinal Change. **University of Illinois Law Review**, v. 211, n. 1, p. 145-186, 2011.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge; London: Harvard University Press 2006.

ZEPPOS, Nicholas S. Legislative history and the interpretation of statutes: Toward a fact-finding model of statutory interpretation. **Virginia Law Review**, p. 1295-1374, 1990.

ZICK, Timothy. Constitutional Empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths. **North Carolina Law Review**, v. 82, p. 115-200, 2002.

Recebido em: 18/05/2021

Aprovado em: 11/02/2022

Editor:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editoras executivas:

Daisy Cristine Neitzke Heuer

Sabrina Lehen Stoll