

O CONTROLE JUDICIAL BASEADO EM EVIDÊNCIA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E NA FISCALIZAÇÃO DE CONVENCIONALIDADE

EVIDENCE-BASED JUDICIAL REVIEW IN THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY

José Adércio Leite Sampaio¹

Recebido em: 15/06/2020
Aceito em: 03/03/2021

joseadercio.contato@gmail.com

Resumo: Segundo a doutrina de controle das evidências legislativas, o legislador, embora investido de legitimidade pelas urnas, não prescinde de apresentar as razões empíricas de suas decisões. Essa doutrina encontra uma firme resistência em consolidada orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido da inexistência de uma obrigação legislativa de apresentar os fundamentos de suas ações. A jurisprudência dos tribunais da jurisdição constitucional e a do controle de convencionalidade, ainda que, em princípio, acolham a orientação tradicional, terminam por analisar muitas vezes os elementos empíricos que embasaram as decisões legislativas, bem como dos formuladores de políticas públicas.

Palavras-chave: Controle judicial com base em evidências. Jurisprudência constitucional comparada. Fiscalização de convencionalidade.

Abstract: According to the doctrine of evidence-based judicial review, the legislators, although invested with legitimacy by the ballot box, do not neglect to present the empirical reasons for their decisions. This doctrine finds firm resistance in a consolidated doctrinal and jurisprudential orientation towards the absence of a legislative obligation to present the grounds for its actions. The jurisprudence of the courts of constitutional jurisdiction and the control of conventionality, although, in principle, embrace the traditional orientation, end up analyzing many times the empirical elements that underpin the legislative decisions and those of the formulators of public policies.

Keywords: Evidence-based judicial review; Comparative constitutional jurisprudence; Conventionality inspection.

1. INTRODUÇÃO

O legislador democraticamente eleito é livre para realizar suas escolhas e as impor a todos por meio de lei? A resposta há de ser dada na forma de asserção condicional: sim, o legislador detém a competência para aprovar leis, desde que respeite a Constituição. Essa condicional esconde uma importante distinção, ainda que a concordância verbal pareça dissipá-la. É o legislador quem deve respeitar a Constituição ou também a lei deve fazê-lo? De plano, a resposta aqui também será dada: ambos. Por certo, a lei como produto do trabalho legislativo haverá de guardar compatibilidade com as normas constitucionais. Mas quando se afirma que o legislador deve também as respeitar, o que se quer dizer com essa afirmação? Num

¹ Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas – Belo horizonte – Minas Gerais - Brasil

exercício de simplificação argumentativa, pode-se apenas querer dizer que as escolhas expressas na lei deverão ser constitucionais.

Nem tudo é simplicidade nesses domínios, porém. O processo de escolha também poderá ser analisado? De novo, tem-se uma saída menos polêmica e afirmativa: o legislador terá de respeitar as normas de iniciativa legislativa, ritos e quóruns de deliberação e aprovação, previstas na Constituição ou em normas interpostas, se o sistema jurídico admiti-las como parâmetros de controle de constitucionalidade. Um segundo modo de responder é um pouco mais exigente: as escolhas feitas devem ser capazes de promover os fins constitucionais (ou legítimos) almejados, segundo um princípio de menor lesividade de interesses que sejam por elas afetados. O leitor mais desatento da literatura jurídica não demorará a ver nessa resposta o procedimento investigativo da jurisdição constitucional para identificar a razoabilidade ou a proporcionalidade das leis.

Em geral, esses procedimentos se fazem por inferências e correlações lógicas entre os meios (adequados e menos gravosos) e os fins perseguidos. A tarefa de adequação, por exemplo, avalia, segundo normas de experiência, de senso comum ou inferências lógicas, nem sempre expressas, é verdade, se o meio adotado (uma restrição à liberdade de locomoção) é apto a atingir o fim colimado (a redução de contágio de uma pandemia, v.g.). Há, no entanto, uma forma de ser ainda mais exigente nessa avaliação, exigindo-se que as investigações judiciais se façam sobre o trabalho que efetivamente foi executado pelo legislador: a existência de estudos e exames empíricos que o embasaram nos prognósticos e, enfim, nas escolhas feitas.

A questão é saber se os juízes teriam, além de legitimidade, capacidade para fazerem essa investigação e se haveria alguma espécie de obrigação do legislador para fundamentar as decisões que tomam. Esse é um debate que tem ocupado relativamente pouco as reflexões dos constitucionalistas, como fosse assunto fora de questão nem tivessem as cortes, nacionais e transnacionais, feito investidas, nem sempre constantes, na procura das evidências que sustentaram o diagnóstico e a prognose do legislador como forma de apurar-lhe a constitucionalidade (ou convencionalidade).

O presente trabalho visa analisar esse quadro, a partir de uma breve revisão bibliográfica e de alguns exemplos colhidos da jurisprudência de tribunais, a denotarem que o tema está a merecer uma atenção maior dos estudiosos.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BASEADO EM EVIDÊNCIAS

Há muito que as cortes se valem de argumentos instrumentais para declarar a invalidade do trabalho dos legisladores. Basicamente, esses argumentos tentam identificar se há uma relação de causalidade ou de consequência, baseada em regras da experiência ou correlações lógicas, entre os meios por eles escolhidos e os fins que visam alcançar. A razoabilidade era a expressão mais usual para denominar essa operação (SAMPAIO, 2003). Discutia-se, portanto, a adequação entre meios e fins, a constitucionalidade mesma desses fins e, num exercício de “balancing” ou “trade-off”, sob o cálculo do custo-benefício, eventual vantagem desses meios e fins sobre o comprometimento de interesses concorrentes (HASHIMOTO, 1997, p. 116ss; DORF, 1998, p. 38; MCGINNIS; MULANEY, 2008, p. 6). A literatura e jurisprudência alemãs sistematizaram essas tarefas num “algoritmo de proporcionalidade” trifásico: idoneidade entre meios e fins; necessidade de meios menos gravosos; e ponderação (ou proporcionalidade estrita) entre justificativas argumentativas (a pesificação) de prevalência condicionada de um interesse sobre outro (ALEXY, 1993; LENAERTS, 2012; VAN GESTEL; DE POORTER, 2016). Pouco ou nada se investe, na razoabilidade ou proporcionalidade típicas, na verificação dos “reais” motivos, nos elementos empíricos que foram (ou deveriam ter sido) empregados pelo legislador. Não é estranho, por exemplo, um ou outro recurso a exposições de motivo ou pareceres usados em comissões parlamentares, tampouco é frequente. Esse desapego à racionalidade pragmática talvez se deva à formação jurídica pouco afeita à pesquisa empírica e à investigação da legística material, às fórmulas estatísticas e às formulações de prognósticos (VAN AEKEN, 2018). Os juristas estão acostumados com as formas e o passado. As contas e o futuro parece-lhe assustam.

A olho miúdo, um processo legislativo baseado em evidência e um controle de constitucionalidade também baseado em evidência não se implicam necessariamente. Um processo legislativo que se baseie em evidências pode não requerer um controle baseado em evidências, nem este àquele, mas é quase

intuitivo que haja um paralelismo entre eles (MEßERSCHMIDT, 2016). A grande questão é saber se haveria alguma exigência do constitucionalismo democrático para que esse paralelismo ocorra. Do ponto de vista meramente formal, a resposta pode ser negativa. O legislador não estaria obrigado a apresentar suas razões. Como se mostrará em seguida, assim já entendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. É necessário, no entanto, pensar seriamente sobre o significado do binômio léxico “democracia constitucional” e dele extrair garantias mínimas para que o devido processo legislativo, mais do que respeito a quóruns e iniciativas, atenda a requisitos de decisões baseadas em estudos e dados empíricos, devidamente reconhecidos pela comunidade científica, que justifiquem os prognósticos nelas materializados, dando oportunidade à participação social mais ampla possível (GUBA; LINCOLN 1989; POPELIER, 2012; SATHANAPALLY, 2017).

Essas exigências permitiriam que as cortes fiscalizassem o compromisso legislativo com as evidências e tornassem mais fundamentadas suas fiscalizações de constitucionalidade. Esse duplo compromisso com as evidências, do legislador e do juiz, tem sido apresentado como um “empirical turn” ou “legisprudential turn” no debate acadêmico (TOWFIGH, 2014; ISMER; MEßERSCHMIDT, 2016; OLIVER-LALANA; MEßERSCHMIDT, 2016)². Claro que há suspeitas de violação do espaço de conformação legislativa e dos arranjos pragmáticos que o processo de feitura das leis requerem, além de um fundado receio de que as cortes não tenham capacidade institucional nem legitimidade democrática para revisar, nesse nível, o trabalho legislativo (OLKER; BRUDNEY, 2002, p. 118; BANKS, 2003, p. 469; VANDENBRUWAENE, 2012, p. 341; OLIVER-LALANA, 2019, p. 19). Levadas a extremo, são suspeitas pertinentes. Deve-se pensar, por outro lado, que um processo legislativo fundado em elementos demonstráveis de convicção reforçaria a presunção de legitimidade da lei (ou, conforme o caso, da política pública), exigindo

² Há limitação a essa investigação factual, todavia. Os juízes não são cientistas. Nem das ciências duras, nem das ciências sociais. Isso não os impede de realizar uma investigação com apoio em especialistas. Note-se, porém, que o pragmatismo tem defendido que, em vista da indeterminação linguística da Constituição, o juiz deveria observar empiricamente como as diferentes áreas de conhecimento (política, econômica ou social) poderiam ajudar a promover os objetivos políticos amplamente compartilhados. As ciências sociais e econômicas, por exemplo, teriam muito mais a contribuir do que o direito (POSNER, 1995, p. 207). Não haveria como identificar uma “finalidade” da lei ou um princípio moral ou jurídico que resolvessem os “casos difíceis” ou dilemas morais. O trabalho, então, deveria se deter no conhecimento empírico, de modo a efetivar os objetivos do constitucionalismo (POSNER, 1998, p. 11). Sobre a distinção com o consequencialismo: (RACHLINSKI, 2011).

uma deferência crítica por parte das cortes (BICKENBACH, 2016, p. 249-250, 254-255), que só atuariam em insuficiência manifesta de provas, inferências e prognoses (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 212-213).

A obrigação do legislador (com maior propriedade, o de regulação) de seguir processo decisório fundado em evidências, apesar da resistência de reconhecimento em âmbito jurisprudencial, decorre do princípio constitucional democrático (e republicano) de fundamentação, transparência e controlabilidade (“accountability”) (DYZENHAUS, 1998; FUNG; WRIGHT, 2003; VAN AEKEN, 2018)³. Se o ato administrativo requer fundamentação, parece também razoável imaginar que atos a todos vinculantes, na forma de lei, requeiram também razões que transcendam os protocolares (e resumidos) pareceres parlamentares que expressam, no mais das vezes, as conveniências políticas de aprovação ou rejeição de uma proposição (McGINNIS; MULANEY, 2008, p. 15-16)⁴. A investidura nas urnas não confere um cheque em branco ao legislador, de modo que possa valer de quaisquer meios para justificar os fins que escolhe, nem autoriza prognósticos que se legitimem por uma mera possibilidade, mas não pela probabilidade de se concretizarem, motivados antes em compromissos firmados na invisibilidade de relações nem sempre republicanas com interesses corporativos (JASANOFF, 1990, p. 20; FRIEDMAN, 1993, p. 637; WADDELL, 1997, p. 127-128; RAUL; DWYER, 2003, p. 8 ss).

Parece, assim, de todo louváveis disposições como a que se encontra no artigo 296(2) do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia, a dizer que: “Os atos jurídicos são fundamentados e fazem referência às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos pelos Tratados” (EUROPA, 2012).

³ É no mínimo curiosa a observação de Frickey e Smith de que as cortes não poderiam avaliar os registros parlamentares para declarar a inconstitucionalidade da lei: o Legislativo é “um mercado de influências concorrentes”, de modo que os elementos que se reproduzem no processo de feitura das leis não são confiáveis para refletir os reais motivos e fundamentos da decisão legislativa. As cortes deveriam se equipar a elas mesmas reconstruírem empiricamente as razões da lei. (FRICKEY; SMITH, 2002).

⁴ Essas observações podem ser relativizadas. Nos Estados Unidos, admite-se com mais facilidade a competência de as Cortes reverem normas de agências reguladoras do que as do Congresso. Em primeiro lugar, a separação de poderes estabeleceria exigências diferentes a um e outro caso. As cortes revisam as decisões das agências para garantir a supremacia legislativa, mas o Congresso teria acesso direto à Constituição tanto ou mais do que as cortes (“Nothing in the Constitution requires that legislative process be ‘on the record,’ and prior to the recent legislative record review cases, no such requirement had ever been imposed on Congress”). Depois, os membros do Congresso, diferentemente dos integrantes das agências, têm acesso a fontes de informação muito mais difusas e abrangentes, inclusive em relação ao Judiciário. Enfim, haveria, no controle das bases factuais do processo legislativo, uma inversão da presunção de legitimidade dos motivos que movem as decisões do Congresso. (BUZBEE; SCHAPIRO, 2001, p. 125; 134-135; 139). Veja-se também (BRYANT; SIMEONE, 2001).

Essa enunciação impõe aos legisladores (Parlamento, Comissão e agências europeias) uma responsabilidade e um dever de fundamentar. É preciso analisar como o Tribunal de Justiça da União se tem dedicado ao tema, assim como se tem orientado a Corte Europeia de Direitos Humanos. A título de comparação, este artigo analisará, de modo sumário, algumas decisões de cortes supremas e constitucionais no tratamento da questão.

3. O CONTROLE BASEADO EM EVIDÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em diversas oportunidades, tem afirmado que não há dever constitucional imposto ao legislador para fundamentar suas decisões (ESTADOS UNIDOS, 1971, p. 156⁵). No entanto, não faltam exemplos de investigações que realiza sobre as razões, prognósticos e fins das leis aprovadas. Em um inventário da jurisprudência da Corte, entre 2000 e 2010, identificou-se que 56% das 120 decisões de maior repercussão, faziam, pelo menos, uma referência a “fatos legislativos” (LARSEN, 2012, p. 1262)⁶. A Corte teria sido a precursora na investigação desses fatos, ainda que, a partir deles, mostre-se deferente às decisões do legislador, considerando sua legitimidade democrática limitada e o déficit instrumental para realizar uma apuração empírica e científica como possuiria o legislador (COENEN, 2001). Em “Fullilove v. Klutznick”, julgado nos anos 1980, por exemplo, afirmou-se que, embora houvesse uma presunção de regularidade do processo legislativo, a “judicial review” poderia avaliar as

⁵ 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”); *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176, 186 (1935) (afastando o argumento de que norma aprovada por pela 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).

⁶ A expressão “fato legislativo” é usada em várias acepções. No texto, ela se refere ao 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. Não se faz a distinção entre “fatos legislativos” e “fatos adjudicativos como em DAVIS (1942).

considerações empíricas feitas pelo legislador para aprovação de uma lei (ESTADOS UNIDOS, 1980, p. 580-581). Assim também em “Board of Trustees of the University of Alabama v Garret”, de 2001, a falta de base empírica de uma lei fora razão para declará-la inconstitucional (ESTADOS UNIDOS, 2001). A verificação judicial, portanto, dos registros factuais e das considerações empíricas feitas pelo legislador para fins de fiscalização de constitucionalidade é realizada com alguma frequência nos Estados Unidos (FRICKEY; SMITH, 2001, p.1725-1727; BUZBEE; SCHAPIRO, 2001, p. 118)⁷, ainda que não se possa elaborar uma teoria sólida a esse respeito, dada a sua inconstância e imprevisibilidade (CHENG, 2007; LARSEN, 2012; ROSS, 2014)⁸.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal também não reconhece um dever de fundamentação dos atos legislativos (ALEMANHA, 1992, par. 241, 281), no que é acompanhado por parte da literatura constitucional (GEIGER, 1979, p. 141; WALDHOFF, 2016, p. 132; MEßERSCHMIDT, 2016, p. 216-217). Certo é que a análise da jurisprudência daquela Corte revela diversas incursões nos fatos

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, 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).

⁸ A Corte costuma intervir sempre que lida com assuntos com os quais tenha mais familiaridade. Parece-lhe sindicáveis as razões legislativas que levaram a normas restritivas de direitos (SAMPAIO, 2002, p. 722 ss). Mesmo entre os direitos, a Corte reconhece uma graduação na margem de apreciação legislativa. Discriminações com base em gênero, raça, religião ou orientação sexual assim como atentado à liberdade individual se submete a um escrutínio mais rigoroso (BORGSMANN, 2009, p. 35 ss; ARAIZA, 2013, p. 910-911). Quanto mais os direitos dependerem de ações e gastos públicos menos intensa costuma ser a intervenção judicial (FAIGMAN, 1991; FAIGMAN, 2008, p. 52). Quando a discussão envolve os direitos socioeconômicos, escolhas complexas na política social ou econômica e dilemas ético-morais sensíveis, há uma propensão a deixar-se mais livre o legislador (GERARDS, 2017, p. 146 ss.)

legislativos. (ROSE-ACKERMAN et al, 2015, p. 19). Em um levantamento feito nos seus julgados, entre 1950 e 1970, foram localizadas 208 menções a “fatos legislativos”, incluindo 75 referências expressas às prognoses realizadas pelo legislador (PHILIPPI, 1971, p. 193). O Tribunal elaborou inclusive uma metódica de aferição dos prognósticos legislativos, de acordo com a importância dos interesses jurídicos, partindo de uma mera verificação de erros evidentes (“Evidenzkontrolle”) a uma simples análise da sua razoabilidade ou plausibilidade (“Vertretbarkeitskontrolle”) dos elementos de conhecimento disponíveis, até, enfim, a realização de um escrutínio rigoroso (“intensivierte inhaltliche Kontrolle”), dos interesses em conflito, por meio do juízo de proporcionalidade em sentido estrito ou de ponderação, recorrendo a avaliações e ponderações empíricas que o legislador realizou ou deveria ter realizado (ALEMANHA, 1979).

A Corte de Karlsruhe chegou a afirmar que seu poder de controle da constitucionalidade das leis não estaria submetido a restrições para analisar a correção, integridade e completude dos elementos factuais que embasem a prognose legislativa (ALEMANHA, 1978; 1994; 2002; 2004, v.g.). Ao legislador deve ser deixado um amplo espaço de apreciação, ainda que venha a cometer erro em suas previsões, pois é-lhe “autorizado a correr esse risco sem medo de uma avaliação constitucional negativa”⁹. Se, todavia, as incertezas puderem ser eliminadas por meio de investigações empírico-normativas, essa eliminação deve ser realizada, sob pena de censura de inconstitucionalidade (ALEMANHA, 2002, par. 343)¹⁰. O emprego dessa doutrina nem sempre é muito coerente ou previsível, deixando uma série de perguntas sem resposta (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 218).

O Supremo Tribunal Federal também tem realizado algumas incursões no exame dos dados empíricos e das prognoses legislativas. Em geral, o recurso à investigação dos fatos legislativos é tanto mais feita, quanto mais reiterar a presunção de constitucionalidade da lei (SAMPAIO, 2020c). O emprego de dados estatísticos e elementos extraídos da experiência validariam as decisões do legislador (BRASIL, 2007), embora eventuais demonstrações de erro de prognose

⁹ “Also muss auch dem Gesetzgeber innerhalb gewisser Grenzen zugestanden werden, dass er dieses Risiko eingeht, ohne eine negative verfassungsrechtliche Beurteilung befürchten zu müssen” (ALEMANHA, 2002, par. 344).

¹⁰ “Soweit hingegen Unsicherheiten der Prognose durch gesicherte empirische Daten und verlässliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden können, scheidet ein Prognosespielraum aus”(ALEMANHA, 2002, par. 343).

na aplicação da lei não fossem censuráveis (BRASIL, 2012). Em um ambiente de incerteza científica, não cabe ao Tribunal “dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas [de um produto] e dos riscos de sua utilização para a saúde da população” (BRASIL, 2003; 2018). Mas há investigações factuais que conduzem à inconstitucionalidade: “O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica”, afirmou a Corte, “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, 2019). A insuficiência técnica da opção legislativa viciava a norma aprovada. Como se pode notar, no Brasil também, há um emprego ainda incipiente e imprevisível da verificação judicial das evidências utilizadas no processo legislativo.

A Suprema Corte do Canadá, embora sem muita constância, utiliza os debates parlamentares como argumento de validade das normas. Em “Sauvé v. Canada”, por exemplo, a Corte anulou a seção contenciosa da Lei Eleitoral, reconhecendo que os debates parlamentares teriam sido deficientes, oferecendo mais “fulminação que iluminação” (CANADA, 2002). A Corte canadense, porém, é tímida em suas incursões sobre as bases empíricas do processo legislativo, fazendo-o, quase sempre, no âmbito do “teste de Oakes”, que é a versão canadense do princípio da proporcionalidade (CHOUDHRY, 2006; PETERSEN, 2011). As incursões em verdade são mais feitas para confirmação dos juízos legislativos. As incertezas científicas, inclusive das ciências sociais, dão ampla margem de apreciação ao legislador. Em “Irwin Toy v. Quebec”, a Corte julgou constitucional lei de Quebec que proibia publicidade comercial direcionada a menores de treze anos. Em sua análise, os juízes recorreram a um relatório da “Federal Trade Commission” dos Estados Unidos, em que se constatara que as crianças menores de seis anos de idade eram incapazes de distinguir fato de ficção, sendo facilmente manipuladas pelas propagandas. A capacidade cognitiva de distinção se desenvolveria entre os sete anos e a adolescência. Treze anos estariam numa zona fronteira, mas se o legislador fizera “uma avaliação razoável” de que em idade deveria ser traçada a linha dentro dessa faixa etária, “especialmente se a

avaliação envolvesse evidências científicas conflitantes”, não caberia à Corte substituir sua opção (CANADÁ, 1989)¹¹.

A regra da deferência admite exceções, aqui, apresentadas em dupla para demonstrar as potencialidades da jurisprudência da Corte (PETERSEN, 2011). Em “RJR-MacDonald v. Canada”, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei que estabelecia uma proibição total à publicidade ao tabaco. Indagou-se se a prognose do legislador de que a publicidade ao tabaco realmente aumentava o consumo de cigarro era correta. Após uma ampla discussão sobre os tipos de publicidade e seus efeitos sobre o estilo de vida das pessoas, concluiu que o legislador não se teria desincumbido plenamente do ônus de provar que a política de vedação absoluta da publicidade promoveria o fim perseguido, a redução do consumo do cigarro (CANADA, 1995).

Conclusão muito semelhante pode ser encontrada em “Chaoulli v. Quebec”, em que se considerou desarrazoada a norma quebequense que proibia a existência de um sistema privado de seguro de saúde alternativo ao público, fundada no argumento de que a introdução de um sistema privado criaria um modelo concorrencial adverso e diminuiria a qualidade do sistema público, com prejuízo aos grupos sociais mais vulneráveis. A maioria do Tribunal considerou que não havia provas suficientes da efetividade, mas mera “proposição de bom senso de que a melhoria dos serviços de saúde depende[ria] da exclusividade”¹². Os juízes deram exemplos de outras províncias canadenses e de países da OCDE, onde sistemas paralelos poderiam coexistir sem prejuízos para aos serviços públicos de saúde, desde que o legislador adotasse medidas para evitar abusos (CANADÁ, 2005)¹³. São poucos exemplos que, como se disse, revelam as potencialidades do entendimento da Corte, embora seja demasiadamente prematuro afirmar que venha

¹¹ “...if the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if the assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another.” (CANADÁ, 1989, p. 990).

¹² “Their conclusions [experts in health administration and policy the government called for] were based on the ‘common sense’ proposition that the improvement of health services depends on exclusivity” (2005, par. 136).

¹³ “The task of the courts, on issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. Here, the evidence on the experience of other western democracies with public health care systems that permit access to private health care refutes the government’s theory that a prohibition on private health insurance is connected to maintaining quality public health care. It does not appear that private participation leads to the eventual demise of public health care [126-131] [139] [149-150]”. (CANADÁ, 2005).

a adotar um exame de constitucionalidade baseada em evidências (RIVERS, 2006; CHOUDRY, 2006; PETERSEN, 2011).

O Tribunal Constitucional da Colômbia é outro que considera relevante o debate parlamentar para o escrutínio de constitucionalidade das leis. O objetivo das normas constitucionais é de sempre potencializar a democracia, tornando o “debate no Congresso amplo, transparente e racional” (COLÔMBIA, 2002).¹⁴ É inerente a esse debate a exposição de ideias, critérios e conceitos diversos e até contrários, num ambiente de confrontação sério e respeitoso; assim como o exame das distintas possibilidades e a consideração coletiva bem fundamentada das repercussões de um projeto de lei (COLÔMBIA, 1997)¹⁵. A Constituição exige que tanto o debate quanto a votação sejam realizados corretamente, pois, do contrário, a lei resultante poderá não ser válida (OLIVER-LALANA, 2019, p. 190).

No Tribunal Constitucional português o assunto é, vez por outro, aventado, embora quase sempre no âmbito da aplicação do princípio da proporcionalidade e com a atenção especial a um amplo poder de avaliação legislativa. Para não se alongar muito, tomem-se os acórdãos firmados sobre as medidas de austeridade que o País adotou após a crise de 2008, durante o período de vigência do chamado Programa de Ajustamento Econômico e Financeiro (PAEF). Em breve síntese, no acórdão 396/2011, o Tribunal julgou constitucionais as reduções remuneratórias de servidores públicos. Tais reduções apoiavam-se “numa racionalidade coerente com uma estratégia de atuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador”. Em sua fundamentação, o Tribunal entendeu que, por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais de redução do déficit fiscal a curto prazo, “só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável”. Também considerou que, por não haver “razões de evidência em sentido contrário, e dentro de ‘limites do sacrifício’, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam,

¹⁴ “Estas exigencias persiguen finalidades de gran importancia tales como potenciar el principio democrático y preservar el contenido esencial del régimen institucional diseñado por el Constituyente según el cual Colombia es un Estado democrático fundado en la soberanía popular (...). Las reglas constitucionales sobre formación de las leyes adquieren entonces pleno sentido si se tienen en cuenta esos objetivos, pues ellos buscan proteger el diseño de forma de gobierno establecido por el Constituyente, al mismo tiempo que buscan potenciar el principio democrático, a fin de que el debate en el Congreso sea amplio, transparente y racional”

¹⁵ “...es inherente al debate la exposición de ideas, criterios y conceptos diversos y hasta contrarios y la confrontación seria y respetuosa entre ellos; el examen de las distintas posibilidades y la consideración colectiva, razonada y fundada, acerca de las repercusiones que habrá de tener la decisión puesta en tela de juicio”.

é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental”. Não haveria atentado à igualdade, pois “quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público - não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual” (PORTUGAL, 2011). O grau de deferência se foi diminuindo com o passar do tempo. No acórdão 353/2012, discutia-se a ablação de duas prestações mensais (os subsídios de férias e de Natal) aos pensionistas e reformados, cuja pensão fosse superior a 1100 € e redução parcelar dessas prestações aos que auferissem pensões superiores a 600 €, no orçamento para 2012. Aqui se entendeu que as medidas eram inconstitucionais por violação do princípio da igualdade. O Tribunal começa por reconhecer a gravíssima situação econômico-financeira por que passa o País e a necessidade de cumprimento das metas do déficit público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento com organismos transnacionais para garantir a manutenção do financiamento do Estado. Afirma, entretanto, que “tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada”. (PORTUGAL, 2012a).¹⁶ A mesma linha argumentativa foi aplicada para considerar inconstitucional a redução de 90% de uma prestação mensal (subsídio de férias) e redução parcelar nos mesmos patamares anteriores para o orçamento de 2013. A igualdade tinha sido vulnerada (PORTUGAL, 2013a). E assim também a redução de 10% e alteração do método de cálculo com consequências equivalentes nas pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentação (CGA), para entrar em vigor no

¹⁶ Vejam-se as observações feitas pela juíza Maria Lúcia Amaral em declaração de voto, a demonstrar o grau de incerteza epistêmica na avaliação dos elementos empíricos: “A maioria entendeu que, por razões de evidência, era certa a existência dessas medidas alternativas quando analisado o problema sob o ponto de vista do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. A medida ablatória de parte dos rendimentos dos trabalhadores do setor público e dos pensionistas e reformados foi julgada inconstitucional por violação deste princípio, por se entender que a *intensidade do sacrifício*, que por via dessa medida, por razões de interesse público, se impunha apenas a alguns, era tal que exigia a sua universal repartição por todos. Discordei, por estar convicta de que não dispunha aqui o Tribunal de nenhuma *evidência* que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados por estas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente os trabalhadores do setor privado) com a conjuntura econômica existente. Assim sendo, foi também minha convicção que não estava a justiça constitucional epistemicamente apetrechada para invalidar, neste caso, a decisão tomada pelo legislador. Foi por isso que me pronunciei pelo juízo da não inconstitucionalidade”.

orçamento de 2014 (PORTUGAL, 2013b). Com um agravante: o ônus recaía apenas em uma parte do sistema público de pensões (do regime previdencial da CGA), e não sobre o sistema público de pensões ou ao Estado social globalmente considerado, o que, além de atentar contra a igualdade na lógica da “sustentabilidade do sistema”, violava a proteção da confiança desses pensionistas¹⁷. Considerou-se ainda que a reversibilidade da medida era dependente da evolução favorável de variáveis macroeconômicas relacionadas com o aumento da capacidade de financiamento do déficit estrutural do sistema de pensões, o que lhe dava um caráter temporal de indefinição. Era assente que o legislador possuiria “margem de manobra para delinear o conteúdo concreto ou final do direito à pensão”, mas deveriam ser respeitados os limites constitucionais pertinentes (PORTUGAL, 2013b, par. 23). O Tribunal revolveu, então, as bases de fundamento legislativo apresentadas, considerando a medida legislativa “assistêmica” e dúbia: “Por um lado, a ‘Exposição de Motivos’ justifica-a como sendo uma medida que pretende contribuir para a reforma do sistema; por outro lado, as normas questionadas auto-intitulam-se *temporárias*, e são acompanhadas de medidas que, independentemente de serem ou não alcançáveis, visam a sua *vigência transitória*.” (PORTUGAL, 2013b, par. 43).

Sem embargo, não declarou a atentatória à Constituição a instituição de uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES) para aquele exercício. Na operação de proporcionalidade, considerou-a o meio adequado à promoção do interesse público de redução do déficit fiscal. Assim também se cuidava de meio necessário ou exigível, por não existirem outros, em princípio, tão idôneos ou eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas. “Não se vislumbra, num critério necessariamente de evidência”, escreveu o Tribunal, “a existência de alternativas que, mantendo uma coerência com o sistema no qual estas medidas se situam, com igual intensidade de realização do

¹⁷ “Com efeito, o questionamento dos direitos à pensão já constituídos na ótica da sustentabilidade do sistema público de pensões *no seu todo* e da justiça intergeracional não se opõe à redução das pensões. Tais interesses públicos poderão justificar uma revisão dos valores de pensões já atribuídas, visto que se conexas com a alteração de circunstâncias – demográficas, económicas e financeiras – que transcendem as diferenças de regime entre os dois sistemas públicos de pensões existentes. Mas, também por isso, os critérios de revisão a observar terão de efetivamente visar recolocar num plano de igualdade todos os beneficiários dos dois sistemas, só desse modo se assegurando o respeito pela justiça intrageracional. Nessas circunstâncias, será o sistema e seus valores, designadamente a garantia da sua sustentabilidade e a sua equidade interna, a conferir sentido aos sacrifícios impostos aos respetivos beneficiários, desse modo justificando-os e legitimando-os à luz do princípio da tutela da confiança.” (PORTUGAL, 2013b, par. 45)

fim de interesse público, lesassem em menor grau os titulares das posições jurídicas afetadas”. Tampouco a medida lhe pareceu “desproporcionada ou excessiva”, em vista de seu caráter excepcional e transitório, além do “patente esforço em graduar a medida do sacrifício que é exigido aos particulares em função do nível de rendimentos auferidos”. (PORTUGAL, 2013a, p. 85-86)¹⁸.

4. O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO CONTRA-HEGEMÔNICO

A relevância do exame empírico e de evidências para decisões legislativas – extensíveis, por mais razão, às administrativas – também tem sido identificada nas decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (LENAERTS, 2012 ¹⁹) e, mais timidamente, pela Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH (EUROPA, 2005a; 2008). A timidez da CEDH se deve à doutrina da “margem de apreciação” do legislador nacional, que deixa à jurisdição dos Estados a decisão sobre validade de normas e políticas suspeitas de violarem direitos humanos, sobretudo se não existir consenso na Europa sobre a matéria discutida. Presume-se que as questões complexas envolvendo tais assuntos são mais bem resolvidas pelos tribunais nacionais (EUROPA, 1976). Apesar dessa doutrina, não é incomum que examine os debates parlamentares para identificar as razões (e sua eventual insuficiência) das

¹⁸ Parte da literatura mostra-se crítica a esse conjunto de decisões do Tribunal, a julgar que houve um rebaixamento do direito à pensão de fundamental a meramente legal, “..o Tribunal Constitucional assenta (...) na surpreendente afirmação de que o direito à segurança social protege o direito a receber uma pensão, mas não o direito a receber um certo *quantum*.”(NOVAIS, 2014, p.76). Um último caso deve ser aqui lembrado, agora, no âmbito da política criminal. Em 2012, o Tribunal considerou o tipo penal o crime de “enriquecimento ilícito”, instituído pelo parlamento, inconstitucional. Embora tenha feito incursões no direito comparado e nos elementos justificadoras da norma, concluiu que não havia um bem jurídico claramente definido a ser penalmente tutelado, como era exigência de decisões anteriores do Tribunal. Agora, “[p]one-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido” (2012b, par. 8.2). O tipo era aberto demais a ponto de não se discernir qual a conduta incriminada. Além do mais, presumia a origem ilícita da incompatibilidade de patrimônio e rendimento “em manifesta violação do princípio da presunção de inocência” (2012b, par. 9). O tema voltou a debate em 2015, com o tipo penal da “enriquecimento injustificado”, procurando legislador, mas outra vez, as justificativas do legislador não foram suficientes para superar os obstáculos constitucionais apresentados no julgamento anterior (PORTUGAL, 2015).

Tome-se, por primeiro, o julgamento pela Suprema Corte de Israel sobre o direito a viver com dignidade, assegurado por políticas públicas que a todos garantiam um mínimo de subsistência (ISRAEL, 2005). Havia indícios de que o legislador não promovera um juízo de evidência para reformar a legislação social, mas os requerentes saíram frustrados em sua demanda, porque, segundo a Corte, não haviam demonstrado que os benefícios foram rebaixados a ponto de afetar o direito de subsistência.

¹⁹ Sob análise dos princípios da proporcionalidade e consistência: “the ECJ is not reluctant to follow an approach that focuses on improving the decision-making process of the EU institutions, rather than on second-guessing their substantive findings”. Com a leitura contrária, embora admitindo que os juízes deixaram um exame puramente substantivo (ALEMANNO, 2013).

normas e políticas adotadas, na fiscalização da proporcionalidade. Na segunda decisão de “Hirst”, para se ter um exemplo, a Corte apontou as deficiências no processo legislativo, por não se terem identificados e sopesados os interesses em conflito. Em verdade, inexistira “um debate substantivo [levado a efeito] pelos membros da legislatura” (EUROPA, 2005b). Em “Animal Defenders International v. Reino Unido”, em que se discutia a validade da lei britânica que proibia a propaganda política em rádio e televisão, a Corte voltou a mostrar a relevância da qualidade da discussão parlamentar no exame de incidência da doutrina da “margem de apreciação”. Para ela, os debates e estudos realizados pela Comissão Mista sobre Direitos humanos do Parlamento de Westminster mostravam a necessidade e proporcionalidade da medida (EUROPA, 2008)²⁰. Em “Maurice v. France”, a Corte afirmou que “depois de consultar as várias pessoas e grupos de interesse envolvidos” e de serem “levadas em conta argumentos jurídicos, éticos e sociais”, o Parlamento decidiu estabelecer um novo sistema de compensação pelo preconceito sofrido por crianças nascidas com deficiência e, assim, promover o interesse geral (EUROPA, 2005b)²¹.

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça tem reiteradamente afirmado que a ele cabe o controle da apreciação do cumprimento do respeito das regras processuais, da obrigação de motivação, da exatidão material dos fatos, da inexistência de erro manifesto de apreciação ou de abuso de poder (UNIÃO EUROPEIA, 1985; 1996). Em 2010, aplicando essa orientação de modo mais vertical a ponto de quase invadir o “espaço de discricionariedade da Comissão”, o Tribunal afirmou que “na fiscalização da legalidade, apesar de a Comissão dispor de

²⁰ Assim também julgou significativo que “a medida impugnada fora objeto de considerável escrutínio parlamentar”, tendo havido “um sério debate” e busca de “ponderação dos interesses concorrentes” antes da adoção da legislação (Sukhovetsky v. Ukraine - EUROPA, 2006, para 65). E mais: as normas escrutinadas “teriam sido introduzidas (...) após amplo debate pela representantes eleitos democraticamente sobre as questões sociais e éticas levantadas ” (Friend v. UK and Countryside Alliance and others v. UK - EUROPA, 2009, para 50). A política se deu após um “debate parlamentar detalhado”, com o ministro introduzindo-a com a ênfase “da sua extrema sensibilidade” (Murphy v. Ireland, 2003, para 73). Os “extratos dos debates” realizados antes da aprovação do ato deixem claro que os legisladores pretendiam mudar o cenário regulatório em benefício da “economia em geral” (National Union of Rail, Maritime, and Transport workers v. UK - EUROPA, 2014, para 89): Vejam-se: OLIVER-LALANA, 2019, p. 179-180; SAUL, 2015, p. 753 e segs.

²¹ “[T]he French parliament, after consulting the various persons and interest groups concerned, decided to intervene to establish a new system of compensation for the prejudice sustained by children born with disabilities and their parents (...). These rules were the result of comprehensive debate in Parliament, in the course of which account was taken of legal, ethical and social considerations, and concerns relating to the proper organisation of the health service and the need for fair treatment for all disabled persons. (...) Parliament based its decision on general-interest grounds. (EUROPA, 2005b, para 121).

uma margem de apreciação em matéria económica, em domínios que originam apreciações económicas complexas, tal não implica que o juiz da União se deva abster de fiscalizar a interpretação, feita pela Comissão, de dados de natureza económica” (UNIÃO EUROPEIA, 2010). Aliás, essa intervenção termina por se dar na apuração do “erro manifesto de apreciação”, pois o Tribunal está autorizado a perscrutar se os fatos examinados são pertinentes, exatos e coerentes a ponto de justificarem as conclusões da Comissão (SAUL, 2015, p. 753 e segs.). Tanto que, reiteradamente se tem afirmado, o juiz comunitário deve verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, “mas também fiscalizar se esses elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram”. Ao não se limitar à simples análise se a Comissão levou em conta ou ignorou elementos relevantes à política adotada, “o Tribunal deve decidir, no âmbito dessa fiscalização, se as eventuais omissões da Comissão são susceptíveis de pôr em causa a sua conclusão”.(UNIÃO EUROPEIA, 2006).

A aprovação de regulamentação ou a adoção de uma política comunitária devem ser precedidas de um estudo sobre os efeitos socioeconômico prováveis (UNIÃO EUROPEIA, 2004). Segundo a jurisprudência do Tribunal, o princípio da proporcionalidade exige que os atos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do adequado e necessário à realização dos objetivos legítimos prosseguidos pela regulamentação em causa (UNIÃO EUROPEIA, 2004, par. 97). Para que os juízes possam fazer essa análise, as instituições devem, pelo menos, apresentar e expor de forma clara e inequívoca os dados de base que deviam ter sido (ou foram) considerados para fundamentar as medidas adotadas e dos quais dependia o exercício do seu poder de apreciação (UNIÃO EUROPEIA, 2004, par. 123).²²

²² O Tribunal de Justiça concluiu que “o Conselho, autor do Regulamento n. 864/2004, não demonstrou ao Tribunal que o novo regime de ajuda ao algodão instituído por este regulamento tinha sido adoptado mediante um exercício efectivo do seu poder de apreciação, que implicava a tomada em consideração de todos os elementos e circunstâncias pertinentes do caso em apreço, entre os quais todos os custos salariais ligados à cultura do algodão e a viabilidade das empresas de descarçamento, cuja tomada em consideração era necessária para a apreciação da rentabilidade desta cultura”. (par. 133). Alguns exemplos demonstram um exame da razão técnica utilizada. Assim, por exemplo, considerou desproporcional um dispositivo de um Diretiva de 2004 (n.113), que permitia diferenças proporcionais nos prêmios e benefícios de seguros de indivíduos, usando o sexo é um fator determinante na avaliação de riscos com base em dados atuariais e estatísticos relevantes e

Tome-se o exemplo do caso “Léger”, em que se discutia se a política de saúde pública francesa que proibia a doação de sangue por homossexuais masculinos, baseada em estatísticas de que a infecção pelo HIV ocorria com muito maior frequência em relações sexuais entre homens, era válida. O Tribunal considerou que, mesmo diante do risco de contração de doenças como o HIV entre homens homossexuais fosse significativamente maior, a contraindicação permanente à doação de sangue por tais pessoas violava princípio da não discriminação com base no orientação sexual, nos termos do artigo 21(1), da Carta dos Direitos Fundamentais. A França deveria recorrer a técnicas eficazes para garantir um alto nível de proteção à saúde dos receptores, sem criar uma política discriminatória²³.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo democrático exige que os legisladores exerçam suas funções constitucionais com total respeito ao mandato recebido das urnas. Essa exigência requer mais do que o atendimento de ritos e quóruns para aprovação de suas decisões. É preciso que estejam embasadas em estudo e evidências. As suas prognoses, portanto, devem ser feitas após análise de todas as informações disponíveis. Esse trabalho, além de transparente, deve abrir-se à participação da

precisos. As seguradoras precisam encontrar bases mais objetivas para calcular seus prêmios (Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres, UNIÃO EUROPEIA, 2011).

²³ “O Governo francês e a Comissão realçam, todavia, que, no estado atual da ciência, existe uma ‘janela silenciosa’, período posterior a uma infecção viral e durante o qual os marcadores biológicos usados na despistagem da dádiva de sangue se mantêm negativos, apesar da infecção do dador. São, portanto, as infecções recentes que apresentam um risco de não detecção nos testes de despistagem e, por consequência, de transmissão do HIV ao recetor. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, nessa situação e no âmbito do respeito do princípio da proporcionalidade, há técnicas eficazes de detecção do HIV para evitar a transmissão desse vírus aos recetores, devendo realizar-se os testes de acordo com os procedimentos científicos e técnicos mais recentes, em conformidade com o considerando 29 da Diretiva 2002/98. Em especial, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se os progressos da ciência ou da técnica sanitária, atendendo designadamente ao custo de colocação sistemática em quarentena das dádivas de sangue dos homens que tiveram relações sexuais com homens ou ao de detecção sistemática de HIV para todas as dádivas de sangue, permitem assegurar um elevado nível de proteção da saúde dos recetores, sem que o ónus daí resultante seja excessivo face aos objetivos de proteção da saúde pretendidos. Por outro lado, admitindo que, no estado atual da ciência, não existe técnica que responda às condições impostas nos n.ºs 63 e 64 do presente acórdão, uma contraindicação permanente da dádiva de sangue para todo o grupo constituído por homens que tiveram relações sexuais com homens só é proporcionado se não houver métodos menos restritivos para assegurar um elevado nível de proteção da saúde dos receptores”. (UNIÃO EUROPEIA, 2015).

sociedade. Imagina-se que a prática política depende de acordos parlamentares mais do que premissas idealizadas. Entretanto sucumbir-se ao realismo parlamentar apenas serve para legitimar as disfuncionalidades do sistema representativo.

A intervenção da sociedade poderia ser o antídoto. E parece o melhor deles. Sem embargo, as cortes também têm um papel relevante nessa tarefa. Elas teriam que superar um controle meramente formal do trabalho legislativo e exigir, ainda que em seus testes de racionalidade, uma demonstração empírica das razões que levaram às escolhas legislativas. Precisariam elas mesmas aperfeiçoar seus mecanismos decisórios, atentas aos reclames de abertura do procedimento à sociedade e de participação mais efetiva de especialistas. Em outros termos, o controle que exercem de constitucionalidade e de convencionalidade das leis deveria ser baseado em evidências.

Os tribunais da jurisdição constitucional, com o pioneirismo da Suprema Corte dos Estados Unidos e o desenvolvimento maior do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, têm superado a verificação puramente formal ou léxica da lei para se dedicarem ao exame das razões empíricas e prognoses feitas pelo legislador. Cuida-se, porém, de iniciativas envoltas em polêmicas na academia e imprecisões e incertezas em sua realização. Seja como for, demonstram uma tendência que se apresenta também no âmbito do controle de convencionalidade levado a efeito pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal ("Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BverfGG", 12/3²1951. Disponível em: < <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html> >. Acesso em 25 mar. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal BverfGE 86, 148, de 27/5/1992 . Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv086148.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE**, 49, 89 (Kalkar I), de 8/8/1978. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>>. Acesso em 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE** 111, 333 (Brandenburgisches Hochschulgesetz), de 26/10/2004. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111333.html>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39, 210, de 19/3/1975 (Mühlenstrukturgesetz). Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039210.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 7, 377, julgamento 11/6/1958. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv007377.html>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE, 106, 62, de 24/10/2002 (Altenpflegegesetz). Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv106062.html>>. Acesso em 11/12/2019.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE, 90, 145 (Cannabis), de 9/3/1994. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ALEMANN, Alberto. The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov's Semiprocedural Review. **The Theory and Practice of Legislation The Theory and Practice of Legislation**, v. 1, n. 2, p. 327-340,. 335-336, 2013.

ALEX, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales** Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAIZA, William D. Deference to Congressional Fact-Finding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation. *New York University Law Review*, v. 88, p. 878-955, 2013

BANKS, The Constitutional Politics of Interpreting Section 5 of the Fourteenth Amendment. **Akron Law Review**, v. 36, p. 425-471, 2003.

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.

BORGMANN, Caitlin E. Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding. **Indiana Law Journal**, v. 84, n. 1, p. 1-56, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 42/DF. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/02/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 2396/MS. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 08/05/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=375387>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3112/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/05/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 11 fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4029/AM. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento 8/3/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 5592/DF. Rel. p/acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 11/09/2019a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=752184165>>. Acesso em 11 fev. 2020.

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

BRYANT; A. Christopher; SIMEONE, Timothy J. Remanding to Congress: The Supreme Court's New "On the Record" Constitutional Review of Statutes. *Cornell Law Review*, v. 86, p. 328-396, 2001.

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

CANADÁ. Suprema Corte. Chaoulli v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 791. 2005. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2237/index.do>>. Acesso em 22 mar. 2020.

CANADÁ. Suprema Corte. **RJR-MacDonald v. Canada (Attorney General)**, [1995] 3 S.C.R. 199 (Can.). Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1290/index.do>>. Acesso em 22 mar. 2020.

CANADÁ. Suprema Corte.. **Irwin Toy Ltd v. Quebec (Attorney General)**, [1989] 1 S.C.R. 927. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/443/index.do>>. Acesso em 22 mar. 2020.

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

CHOUDHRY, Sujit. So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1. *Supreme Court Law Review*, v. 35, n. 2d, p. 501-535, 2006

COCKER, Ruth; BRUDNEY, James J. Dissing Congress. *Michigan Law Review*, v. 100, n. 1, p. 118-144, 2001

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

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia, C-222/1997. Disponível em: < <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-222-97.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia, C-872/2002. Disponível em: < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20042679>>. Acesso em 02 jan. 2020. Também em: C-1147/2003. Disponível em: < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20008310>>. Acesso em 02 jan. 2020.

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

DORF, Michael C. The Limits of Socratic Deliberation. *Harvard Law Review*, v 112, p. 4-83, 1998.

DYZENHAUS, David. Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture. **South African Journal on Human Rights**, v. 14, p. 11-37, 1998.

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. **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. **Cal. Reduction Co. v. Sanitary Reduction Works of San Francisco**, 199 U.S. 306, 320-21 (1905b). Disponível em:< <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/199/306/>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

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

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 2ª. Seção. **Sukhovetskyy v. Ukraine**, ECtHR 28 March 2006b. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/f6bae3/pdf/>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 3ª. Seção. **Murphy v. Ireland**, ECtHR 3 December 2003. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/em441799.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 4ª Seção. **Countryside Alliance and others v. UK**, ECtHR 24 November 2009. Disponível em: <<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2009/2068.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 4ª Seção. **National Union of Rail, Maritime, and Transport workers v. UK**, ECtHR 8 September 2014. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-142192"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. 4ª. Seção, **Friend v. UK**, 2006a. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-96372"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Grande Câmara. **Animal Defenders International v. the United Kingdom** [GC], no. 48876/08, § 108, ECHR 2013. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-111190"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em 11 fev. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Grande Câmara. **Evans v. the UK** [GC], no. 6339/05, Section 86, 10/4/2007. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/em633905.html>>. Acesso em: 11 jan. 2020;

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Grande Câmara. **Hirst v. UK**, ECtHR 6/12/ 2005b, para 79. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["001-1463854-1529848"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)>. Acesso em 14 jan. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Handyside v. United Kingdom**, 1 E.H.R.R. 737 (1976). Disponível em: <<https://archive.crin.org/en/library/legal-database/handyside-v-united-kingdom.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Maurice v. France**, ECtHR [GC] 6 October 2005a,. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-70445"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 10 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.

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

FAIGMAN, David L. **Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FAIGMAN, David L. **Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

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.

FUNG, Archon; WRIGHT, Eric O. **Deepening Democracy. Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance**. London; New York: Verso, 2003.

GEIGER, Willil. Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht. in BERBERICH, Thomas; HOLL, Wolfgang; MAAß Kurt-Jürgen (Hrsg). **Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht**. Berlin; Köln; Mainz: Verlag W. Kohlhammer, p. 131-142, 1979

GERARDS, Janneke H. Procedural Review by the ECtHR: A Typology. In BREMS, Eva; GERARDS, Janneke H. Gerards (eds). **Procedural review in European fundamental rights cases**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 127-160, 2017.

GUBA Egon G.; LINCOLN, Yvonna S. **Fourth Generation Evaluation**. Beverly Hills: Sage, 1989

HASHIMOTO, Dean M. Science as Mythology in Constitutional Law. *Oregon Law Review*, v. 76, p. 111-153, 1997.

JASANOFF, Sheila. **The Fifth Branch: Science Advisors as Policymakers**.
FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 91, p. 577-682, 1993.

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

LENAERTS, Koen. The European Court of Justice and Process-Oriented Review. *Yearbook of European Law*, v. 31, n. 1, p. 3-16, 2012

LENAERTS, Koen. The European Court of Justice and Process-Oriented Review. *Yearbook of European Law*, v. 31, n. 1, p. 3-16, 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

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.

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

NOVAIS, Jorge Reis. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira. **e-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público**, v. 1, n. 1, p. 69-96, 2014.

OLIVER-LALANA, A. Daniel; MEßERSCHMIDT, Klaus. On the “Legisprudential Turn” in constitutional review: An introduction. In OLIVER-LALANA, A. Daniel; MEßERSCHMIDT, Klaus (eds). **Rational Lawmaking under Review**. Zurich: Springer, p. 1-16, 2016.

OLIVER-LALANA, A. Daniel. Legislative deliberation and judicial review: between respect and disrespect for elected lawmakers. In OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed). **Conceptions and Misconceptions of Legislation**. Springer, p. 207-241, 2019.

PETERSEN, Niels. Avoiding the Common Wisdom Fallacy: The Role of Social Sciences in Constitutional Adjudication Niels Petersen, September 2011. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/57504/1/667821910.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

PHILIPPI, Klaus J. **Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts**. Köln: Heymanns, 1971.

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

POPELIER, Patricia .Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs **Legisprudence**, v. 6, n 3, p. 257-270, 2012.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 187/213a. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-portugal-orcamento-2013.pdf>>. Acesso em 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 353/2012a. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 353/2012b. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 377/2015. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html>>. Acesso em 11 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396/2011. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/3036937>>. Acesso em 11 fev. 2020

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 862/2013b. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>>. Acesso em 11 fev. 2020.

POSNER, Richard A. *Against Constitutional Theory*. **New York University Law Review**, v. 73, p. 1-22, 1998.

POSNER, Richard A. **Overcoming Law**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1995

POST, Robert C.; SIEGAL, Reva B. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. **Yale Law Review**, v. 112, p. 1943-2059, 2003.

RACHLINSKI Jeffrey J. Evidence-Based Law. **Cornell Law Review**, v. 96, p. 901-924, 2011.

RAUL, Alan C; DWYER, Julie Z. "Regulatory Daubert": A Proposal to Enhance Judicial Review of Agency Science by Incorporating Daubert Principles into Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 66, p. 7-44, 2003.

RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review. **Cambridge Law Journal**, v. 65, n. 1, p. 174-207, 2006.

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.

SAMPAIO, José Adércio L. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio L. **O controle de prognose legislativa na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos**, 2020a (no prelo).

SAMPAIO, José Adércio L. **O controle de prognose legislativa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha**, 2020b (no prelo).

SAMPAIO, José Adércio L. **O Supremo Tribunal Federal e as Prognoses do Legislador**, 2020c (no prelo).

SAMPAIO, José Adércio L. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 45-101, 2003

SATHANAPALLY, Aruna. The modest promise of 'procedural review' in fundamental rights cases. In BREMS, Eva; GERARDS, Janneke H. (eds). **Procedural review in European fundamental rights cases**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 40-76, 2017.

SAUL, Matthew. The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 4, p. 745–774, 2015

TOWFIGH, Emanuel V. Empirical arguments in public law doctrine: Should empirical legal studies make a “doctrinal turn”?’ **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n.3, p. 670-691, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. 2ª Seção. **Espanha v. Conselho** (C-310/04), 7/9/ 2006, Disponível em: <
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63681&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3387500>>. Acesso em 22 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. 2ª. Seção. C-386/10, Chalkor AE Epexergasias Metallon contra Comissão Europeia, 8/12/2011. Disponível em: <
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1585945557472&uri=CELEX:62010CJ0386>>. Acesso em 11 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. 4ª. Câmara. T-65/96, **Kish Glass Kish Glass v Commission of the European Communities**, 30 March 2000. Disponível em: <
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46871&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3364649>>. Acesso em 12 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. 4ª. Seção. C–528/13 **Léger v Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes and Etablissement français du sang**. 29/4/2015. Disponível em: <
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164021&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3510320>>. Acesso em 11 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. 5ª. Câmara. C-42/84. **Remia BV and others v Commission of the European Communities**, 11/7/ 1985, par. 56. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61984CJ0042&from=EN>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres**, 1/3/2011. Disponível em:

< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0236>>. Acesso em 12 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **T-282/06 - Sun Chemical Group BV e o. contra Comissão das Comunidades Europeias**, 9/7/2007. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62006TJ0282>>. Acesso em 11/12/2019.

VAN AEKEN, Koen. Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement. **Diritto e Questioni Pubbliche**, v. 1, p. 271-289, 2018.

VAN GESTEL, Rob; DE POORTER, Jurgen. Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, p. 155-185, 2016.

WADDEL, Craig. The Role of Pathos in the Decision Making Process: A Study of the Rhetoric of Science Policy. **Quarterly Journal of Speech**, v. 76, n. 1, p. 381-400, 1990.

WALDHOFF, Christian. On Constitutional Duties to Give Reasons for Legislative Acts. In MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel (eds). **Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court.**, p. 129-151, 2016