

Artigo

Recebido: 09.01.2019

Aprovado: 25.04.2020

Publicado: 01.12.2020

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v8i3.5366>

Judicialização da ciência e a expansão da atividade do Poder Judiciário: uma análise à luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal

Bernardo Brasil Campinho

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,

Seropédica, Rio de Janeiro, Brasil

<https://orcid.org/0000-0001-5873-3811>

Resumo: Este trabalho tem por objetivo refletir sobre o uso do conhecimento científico como subsídio para a tomada de decisão judicial, para além da prova pericial, buscando entender como se construíram as relações entre conhecimento jurídico e ciência no processo de tomada de decisão dos tribunais. O objetivo é entender como o argumento científico se torna relevante no contexto da jurisdição constitucional, tornando o capital científico objeto de apropriação pelos juízes e pelos demais atores sociais que compõem a cena do Poder Judiciário. A partir de revisão de literatura sobre as características das ciências contemporâneas e do fenômeno da judicialização da política como referencial foi possível estabelecer um diálogo com a atividade judicante do Supremo Tribunal Federal e compreender as dimensões da judicialização da ciência: como apoio ou subsídio à interpretação jurídica, como constituição da própria controvérsia judicial e como método inoficioso de decisão. As implicações recíprocas entre capital científico e sistema jurídico evidenciaram uma potencialização de incertezas, mas também uma possibilidade de diálogo de saberes entre o Direito e as ciências. O trabalho foi desenvolvido a partir da combinação de uma pesquisa bibliográfica, incluindo revisões de literatura sobre a ciência moderna e sobre judicialização da política, e análise jurisprudencial, a partir de precedentes judiciais selecionados no âmbito do Supremo Tribunal Federal tanto no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (Ação 937/RJ) quanto no controle concentrado/abstrato de normas (ADI's 4 e 3510).

Palavras-chave: Judicialização, da Ciência; Expansão da Atividade do Poder Judiciário; Precedentes; Supremo Tribunal Federal.

Judicialization of science and the expansion of the activity of the Judiciary: an analysis in the light of the precedents of the Brazilian Supreme Federal Court

Abstract: This work aims to reflect on the use of scientific knowledge as a subsidy for judicial decision making, in addition to expert evidence, seeking to understand how the relationships between legal knowledge and science were built in the decision - making process of the courts.

The objective is to understand how the scientific argument becomes relevant in the context of the constitutional jurisdiction, making the scientific capital object of the judges and other social actors who make up the scene of the Judiciary. From a literature review on the characteristics of the contemporary sciences and the phenomenon of the judicialization of politics as a reference, it was possible to establish a dialogue with the jurisprudence of the Federal Supreme Court and to understand the dimensions of the judicialization of science: as support or subsidy to legal interpretation, as constitution of the judicial controversy itself and as an inoffensive method of decision. The reciprocal implications between scientific capital and the legal system evidenced a potentialization of uncertainties, but also a possibility of dialogue between law and science. The work was developed from the combination of a bibliographical research, including literature reviews on modern science and on judicialization of politics, and case-law analysis, based on selected judicial precedents from the Federal Supreme Court both in the scope of diffuse judicial review (Action 937 / RJ) and in the concentrated / abstract judicial review (ADI's 4 and 3510).

Key-words: Judicialization of Science; Expansion of the Activity of the Judiciary; Precedentes; Federal Supreme Court of Justice.

Introdução

A relação entre o conhecimento científico e o Direito, particularmente nas atividades do sistema judiciário, não é um fenômeno recente e pode ser lembrado em diversos momentos – desde o uso extensivo do exame de DNA em processos criminais e de família, até os laudos psicológicos em varas de família e de infância e juventude, passando pelo subsídio de antropólogos em questões envolvendo as populações indígenas, ou mesmo o uso de estudos biológicos em discussões judiciais sobre licenciamento ambiental ou para avaliar responsabilidades em matéria ambiental.

Como meio de prova, a ciência já faz parte dos fatos que são investigados e analisados no tribunal, ao pretender sua análise sob uma ótica isenta ou neutra, e a fornecer um elemento de pretensa certeza para a formação da decisão judicial.

É necessário, porém, refletir sobre as implicações mais amplas da invasão dos tribunais, e do próprio sistema jurídico, pela ciência moderna/contemporânea e pela autoridade que dela decorre a partir de suas condições institucionais e do prestígio de seus atores principais – os cientistas. O conhecimento científico se restringe ao plano dos fatos apenas ou em certa medida se constitui em parte da própria normatividade ao contribuir para a decisão judicial com sua autoridade?

Este artigo pretende responder esta pergunta, analisando o uso do conhecimento científico para a formação das decisões judiciais e as implicações sobre o plano da normatividade jurídica, particularmente no que se refere ao plano da validade do Direito e sua discussão no âmbito da jurisdição constitucional, para além da prova pericial.

O objetivo do trabalho é como o capital científico é apropriado pelos juízes no contexto da jurisdição constitucional, identificando o uso do argumento científico e sua importância nos processos perante o Supremo Tribunal Federal, nas vias difusa e concentrada do controle de constitucionalidade. Se busca entender, então, como o argumento científico se torna relevante no contexto da jurisdição constitucional, tornando o capital científico objeto de apropriação pelos juízes e pelos demais atores sociais que compõem a cena do Poder Judiciário.

O tema se mostra relevante para compreender como o conhecimento científico se situa no sistema jurídico e sua relevância para a fundamentação e mesmo a construção discursiva das decisões judiciais, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional.

Em face do exposto, foi articulada uma dupla revisão de literatura: a primeira parte envolvendo as discussões sobre ciência e capital científico; e uma segunda parte sobre judicialização da política e das relações sociais, procurando entender como a implicação recíproca entre controvérsia jurídica e discussão científica é construída à luz tanto das condições sociais da ciência contemporânea como do desenvolvimento do fenômeno da judicialização das relações sociais.

Após a realização destas discussões a partir dos referenciais teóricos apresentados será feito um diálogo entre a literatura sobre capital científico e sobre jurisdição constitucional com uma análise de precedentes selecionados no âmbito da jurisdição constitucional brasileira no Supremo Tribunal Federal, tanto na via difusa quanto no controle concentrado: a Ação Penal 937/RJ e as ações diretas de inconstitucionalidade número 4 (limite constitucional aos juros) e 3510 (pesquisas com células-tronco).

O comparativo entre a Ação Penal 937/RJ e as ações diretas de inconstitucionalidade contrapõe a maneira como a judicialização da ciência ocorrer nas vias difusa e concentrada, enquanto que o confronto entre as ações diretas mencionadas (ADI 4 e ADI 3510) se mostra relevante para analisar a ocorrência do fenômeno em sua dimensão qualitativa (repercussão no processo de julgamento) antes e depois da introdução dos mecanismos de perícia e audiência pública no âmbito do controle abstrato de normas pela Lei 9868/1999.

A ciência contemporânea e sua apropriação pelo sistema jurídico e pelos tribunais

Para compreender as dimensões jurídicas e política do fenômeno e situar a judicialização da ciência é preciso em um primeiro momento entender a própria construção da ciência moderna e seus contornos na contemporaneidade, seja na sua posição no imaginário social e jurídico, ou na definição dos seus traços institucionais, seja na identificação de suas tensões e limitações.

O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global de racionalidade científica que admite variedade interna mas que se distingue e defende, por via de fronteiras ostensivas e ostensivamente policiadas, de duas formas de conhecimento não-científico (e, portanto, irracional) potencialmente perturbadoras e intrusas: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos) (Santos, 1989. p. 48).

Assim, o conhecimento científico, diferenciando-o de outras formas de conhecimento, como o religioso, o mítico e o filosófico, e se consolida como hegemônico na modernidade, a partir dos paradigmas de certeza, verificabilidade e confiabilidade – no paradigma vigente no imaginário social contemporâneo, se se reforça pelo uso da experimentação racional como instrumento do trabalho científico e pela ciência ter como pressuposto a validade das regras da lógica e da metodologia (Weber, 2000. p. 33 e 36).

A partir das condições sociais e institucionais que se colocam para a ciência contemporânea Pierre Bourdieu identifica a noção de capital científico, desdobrando-a em duas vertentes ou espécies: uma de caráter político, ou seja, o poder institucionalizado ou institucional ligado à ocupação de posições importantes nas instituições científicas; e outra, de caráter pessoal, que reflete o prestígio que decorre da posição institucional (Bourdieu, 2004. p. 35).

Este capital científico, em suas variantes, e a própria autoridade do conhecimento científico se tornam objetos de disputas e apropriação pelo sistema jurídica e por seu desdobramento na atividade dos tribunais das mais variadas formas.

No processo judicial a apropriação da ciência sempre se deu na figura da prova pericial (art. 464 do Código de Processo Civil brasileiro), na qual ocorre, de acordo com a própria definição legal deste tipo de prova, um exame, vistoria ou avaliação. De certa forma, a perícia se torna, por analogia, um meio de acoplamento estrutural entre ciência e Direito, tanto quanto a Constituição se caracteriza como um acoplamento estrutural entre Direito e política (Luhmann, 1996. p. 101).

Em outros termos, as pretensões de verdade e neutralidade que a ciência carrega no imaginário social e político da modernidade (trazidas a partir do modelo das ciências naturais e da experimentação) e a verdade do processo judicial, baseado na normatividade e no dever ser que ela impõe, se apoiam reciprocamente, ainda que um fator de diferenciação funcional se imponha nesta operação: a apreciação da prova cabe ao juiz, tanto que uma perícia não se sobrepõe a outra, podendo o magistrado apreciar o valor de ambas e sopesá-las na construção de decisão judicial, como dispõe o parágrafo 3º do art. 480 do Código de Processo Civil.

Se a diferenciação funcional entre ciência está traçada, ao contrário da diferenciação entre Direito e política na Constituição¹, com o conhecimento científico pertencendo ao mundo dos fatos, oposto ao plano normativo, a apropriação do conhecimento e do capital científicos pelo Direito se torna dramática à luz de um fator de incerteza: a distinção entre as categorias de produção das duas formas de conhecimento, como bem alerta Fernando Herren Aguillar:

¹ Conforme explica Juliana Neuenschwander Magalhães, “As diferenças comunicativas entre direito e política parecem desaparecer sob o ‘véu’ das Constituições mas, na verdade, permanecem (...)Luhmann pretende indicar que, na Constituição, a positivação do direito e a democratização da política apoiam-se reciprocamente, dificultando a visualização de que o sistema jurídico e o sistema político são sistemas funcionalmente diferenciados. No contexto da diferenciação funcional, a questão do limite e, portanto, da fundação dos sistemas, deixou de encontrar respostas plausíveis em algo que se encontrasse fora do sistema, seja na natureza, seja em deus, seja na razão ou nos homens. Os sistemas jurídico e político reconstruíram, na forma de um acoplamento estrutural, esses limites. Este acoplamento estrutural, precisamente a Constituição, fundou uma organização que é, a um só tempo, jurídica e política, mas que não é, por isso, nem a totalidade da política e nem a integralidade do sistema jurídico: o Estado de Direito. Com o conceito de Estado, não se tratou de indicar apenas um único sistema: o Estado é uma organização pertinente a dois diferentes sistemas, operativamente fechados, com funções próprias e distintas, com programas diferentes e dependentes, cada qual, de seu próprio código da comunicação. A relação que as Constituições estabeleceram entre política e direito pressupõe, portanto, a diferenciação da circularidade que existe entre política que produz direito e legitimação jurídica da decisão política” (Magalhães, 2010. p. 44).

(...) Contrariamente ao que se passa nas ciências físicas, o direito se ressentido de um fator suplementar de incerteza. Nas primeiras, o produtor e os críticos da ciência pertencem a uma mesma categoria de sujeitos, a comunidade científica. O que é aceitável ou não pela ciência decorre de um julgamento passivo e não-hierarquizado, emitido por iguais. No direito, ao menos em sua dimensão judiciária ou contenciosa e na teoria da interpretação, as teorias serão julgadas por sujeitos em posição superior à da comunidade científica, que têm o poder de negar a validade de qualquer teoria ou interpretação, a despeito de seus fundamentos científicos e malgrado uma eventual adesão de toda a comunidade científica (AGUILLAR, 1999, p. 65).

Dito de outro modo, o método de decisão judicial não se submete às regras de validade e metodológicas do conhecimento científico, nem se apoia numa comunidade não hierárquica de produção de conhecimento, de modo que o capital científico, tanto institucional quanto pessoal, é avaliado e apropriado pelos juízes e tribunais à luz do elemento normativo, e não pelas regras de produção e validação deste conhecimento perante a comunidade científica.

A própria redação do parágrafo 3º do art. 480 do Código de Processo Civil brasileiro evidencia que a validade do conhecimento científico objeto de prova pericial é avaliado pelo juiz por elementos externos ao capital científico, dados pelo Direito e analisados e chancelados a partir da autoridade política e jurídica do julgador.

O Código de Processo Penal é mais incisivo ainda sobre a autoridade do juiz para avaliar a prova pericial (inclusive a científica), ao dispor que o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (art. 182).

A atenuação deste fator de incerteza se dá pelo dever de fundamentação das decisões judiciais, conforme previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição brasileira, ao dispor que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O dever de fundamentação não afasta a incerteza nem impõe a observância pelo Direito de fatores externos ao campo jurídico e suas regras, mas impõe controlabilidade das razões de decidir, aponta coerência ou incoerência, consistência ou inconsistência, e permite o questionamento nos limites dos parâmetros postos pelo sistema recursal previsto na Constituição e nas leis.

Mas não resolve a questão de que razões de fato e de direito podem ser conflitantes e que a resolução do impasse se encontra estabelecida em parâmetros externos ao capital científico – ou seja, as ciências podem ser apropriadas pelo sistema jurídico, mas sempre com os critérios de validade postos pela normatividade vigente.

Neste potencial de tensão entre capital científico e o sistema jurídico há uma desmistificação necessária da verdade ou da ausência de controvérsia do campo da atividade científica, como bem ilustra Latour:

Quando nos dirigimos da vida “cotidiana” para a atividade científica, do homem comum para a ciência, dos políticos para os especialistas, não nos dirigimos do barulho para o silêncio, da paixão para a razão, do calor para o frio. Vamos de controvérsias para mais controvérsias. É como ler o código penal e depois ir para um tribunal e ver um júri hesitar diante de evidências contraditórias. Ou melhor, é como ler o código penal e ir ao Parlamento, quando a lei ainda é projeto. Na verdade, o barulho é maior, não menor (Latour, 2000, p. 53).

Na verdade, a pretensão de neutralidade da ciência moderna se coloca em crise, exigindo aquilo que Boaventura de Sousa Santos denomina de desdogmatização da ciência moderna, invocando, dentre outros fundamentos, o pensamento de Karl Popper, que por sua vez identifica como condição lógica da ciência moderna a falsificabilidade e não a verificabilidade (Santos, 1989. p. 24).

Ademais, Thomas Kuhn aponta que nas ciências o fato e a teoria, a descoberta e a invenção, não são categórica e permanentemente distintos (Kuhn, 2011. p. 94). A ciência normal, como denomina Kuhn, é um processo descontínuo, não cumulativo, caracterizado da passagem de uma matriz disciplinar a outra, pela gradual adesão da comunidade científica, superando uma matriz anterior, mas não de maneira abrupta (Aguillar, 1999. p. 57-58).

Não há linearidade, há uma turbacão do conhecimento, até o estabelecimento de um novo paradigma² – para Fernando Herren Aguillar, as teorias que se opõem num quadro de matrizes disciplinares concorrentes não são escolhidas no terreno da lógica, mas no dos interesses (Aguillar, 1999. p. 60).

A controvérsia, assim, permeia as ciências e a própria constituição do capital científico. Como lembra Bourdieu, a inovação científica não ocorre sem rupturas sociais com os pressupostos em vigor, pelo menos sua acumulação inicial o capital científico é exposto à contestação e à crítica controversial (sic) (Bourdieu, 2004. p. 35-36).

Se as ciências e baseiam em falseabilidade (e não em verificabilidade) e são permeadas por controvérsias e interesses, da mesma forma que o sistema jurídico também o é, embora em grau e características distintos, ainda que os campos permaneçam funcionalmente diferenciados a implicação recíproca entre ambos tem gerado um acoplamento estrutural que permite um intercâmbio entre as características destes dois sistemas, que por sua vez forja a judicialização da ciência: um processo ambivalente, que representa ao mesmo tempo a ampliação do poder dos juizes e tribunais de decidir sobre questões da vida cotidiana, notadamente os grandes conflitos sociais contemporâneos, inclusive de natureza científica, em detrimento de outras instâncias de controle social (e mesma da comunidade científica) ao mesmo tempo em que métodos de interpretação e decisão judicial se fundem com outros saberes científicos e forjam uma autoridade entre validade e facticidade³.

² Thomas Kuhn esclarece que paradigmas “são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (Kuhn, 2011. p.13)

³ Os termos facticidade e validade são mencionados neste trabalho no contexto específico de contrapor o plano da normatividade jurídica e sua pretensão de correção exposta pelos ideais veiculados pela ordem jurídica, que por sua vez busca configurar como aplicáveis a todos os sujeitos (daí a validade), e a maior ou menor incidência no contexto social desta normatividade (ou seja, a facticidade). Como explica Luciano Braz da Silva, partindo da compreensão habermasiana sobre a tensão entre facticidade e validade, “as tomadas de posições trazem consigo fatos sociais elaborados por elas mesmas. Nesses fatos sociais, encontram-se tensões que abarcam certo conteúdo ideal, pois reagem a pretensões de validade, as quais, para serem justificadas, pressupõem, necessariamente, o assentimento de um auditório idealmente ampliado. Com isso, tanto as normas como os enunciados - a validade que se quer seja reconhecida para ambas – transcendem, de acordo com seu sentido, espaços e tempos; de tal modo que, a pretensão atual é levantada sempre aqui e agora no interior de determinados contextos podendo ser aceita ou rejeitada ao que, por conseguinte, trará consequências para ação, gerando fato” (Silva, 2019. p. 514). Aqui ocorreria então um intercâmbio entre a legitimidade que as decisões judiciais buscam ao recorrer aos métodos e procedimentos das ciências, e ao próprio capital científico, como forma de construir efetividade do Direito e aceitação social e política do quanto decidido, e, ao mesmo tempo, a busca pela ciência e pelos cientistas da normatização de seu saber pela autoridade do Direito, gerando implicações e tensões recíprocas nos dois sistemas (jurídico e científico).

A judicialização da ciência e a expansão da atividade do Poder Judiciário: uma análise do fenômeno a partir de precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O fenômeno da judicialização da ciência não pode ser compreendido do ponto de vista da teoria jurídica senão como parte da própria judicialização da política e das relações sociais.

Para Neal Tate e Tobjorn Vallinder, judicialização da política se desdobra em duas vertentes: (a) a expansão da atuação dos juízes e tribunais às expensas tanto da política quanto da administração, ou seja, a transferência da tomada de decisão acerca dos direitos da legislatura, do governo ou do serviço público pelos tribunais; (b) a difusão dos métodos de decisão judiciais fora do espaço judicial propriamente dito (Tate e Vallinder, 1995. p. 13). Luís Roberto Barroso, por sua vez, fala em sentido mais amplo em “judicialização da vida”, na medida em que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (Barroso, 2009. p. 3).

Analisando especificando o fenômeno da judicialização da política no âmbito da jurisdição constitucional evidencia-se aquilo que fora apontado por Oscar Vilhena Vieira (2008. p. 442, 445, 449 e 451-452): questões de grande repercussão social e política estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, em detrimento da legislatura ou de outras instâncias da vida social.

Não por acaso, Ronald Dworkin mostra que o debate sobre aborto e sobre eutanásia traz para dentro do sistema judicial a disputa por argumentos sobre ciência e sobre moralidade ou, em outros termos, as disputas pelos limites éticos e morais da ciência pela via da deliberação nos tribunais (Dworkin, 2003).

Em linhas gerais, o processo de judicialização da ciência se manifesta no âmbito da jurisdição constitucional brasileira em três vertentes ao menos: a) situações em que argumentos científicos serviram de apoio a uma dada interpretação jurídica; b) situações em que a controvérsia científica se confunde com o objeto do processo; c) situações em que o argumento científico inverte o fluxo descrito por Tate e Vallinder (1995), quando métodos não judiciais, outrora inofensivos, invadem o espaço de decisão jurisdicional.

Cada vertente apontada de judicialização da ciência pode ser explorada a partir de um determinado precedente judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. No primeiro caso (argumento científico como amparo ou apoio para determinada interpretação jurídica) tem-se a Ação Penal 937/RJ, processo no qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas.

Este julgamento se deu no contexto de controle difuso de constitucionalidade, a partir de processo penal de competência do Supremo Tribunal Federal, que tem a prerrogativa de processar e julgar os parlamentares federais por crimes comuns (arts. 53, parágrafo 1º, e 102, inciso I, b, da Constituição).

Nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, trata-se de questão de ordem suscitada em ação penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de

ex-prefeito e deputado, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), referente às eleições municipais de 2008.

Sucessivas alterações do foro de julgamento em virtude de cargos ocupados pelo réu (Prefeito, parlamentar) e intervalos nos quais não ocupava cargo algum suscitou questão de ordem no STF, nos seguintes termos definidos pelo Relator: “possibilidade de se conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais às acusações por crimes que tenham sido cometidos: (i) no cargo, i.e., após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garanta o foro especial; e (ii) em razão do cargo, i.e., que guardem conexão direta ou digam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo ao qual a Constituição assegure o foro privilegiado”.

O caso se reveste de importância para a análise do fenômeno da judicialização da ciência por três motivos: (a) é um caso que ocorre fora do controle concentrado de constitucionalidade, sem um marco claro da introdução da argumentação científica e de provas nela baseadas (previsto na Lei 9868/1999⁴ para o controle concentrado), ou de quais os critérios adotados para o recurso a determinados especialistas – quando muito podem ser invocadas as regras acerca da prova pericial no Código de Processo Civil; (b) o caso suscitou o uso de estatística aplicada ao Direito, por meio do estudo “Supremo em Números”, conduzido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro, que mediu o grau de eficiência dos julgamentos criminais conduzidos pelo STF em sede de foro por prerrogativa de função (competência originária), estudo que dentre outras coisas concluiu que 2 de cada 3 ações penais o mérito da acusação sequer chega a ser avaliado pelo Supremo, em razão do declínio de competência (63,6% das decisões) ou da prescrição (4,7% das decisões); (c) um fato de certa forma inédito, ao menos nas proporções que tomou, de debate e refutação da prova/estudo científico (no caso, estatístico) trazido por Ministro – dois Ministros, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, refutaram as conclusões do estudo, ou ao menos as relativizaram, ainda que seguindo linhas de argumentação distintas. Enquanto o Ministro Gilmar Mendes preferiu questionar a coerência interna do estudo apresentado pelo Relator e relativizar os resultados encontrados, servindo-se inclusive de artigo científico do jurista Lênio Streck e apontando inconsistências na pesquisa “Supremo em Números”⁵, o Ministro Alexandre de Moraes adotou uma linha de crítica externa, apontando ausência de

⁴ Art. 9º, parágrafo 1º, da Lei 9868/1999: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

⁵ Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aponta inconsistência e critica o fato de os pesquisadores do projeto Supremo em Números terem colocado na mesma categoria estatística processos que prescreveram e os que mudaram de instância devido à perda de cargo com prerrogativa de foro, além de ressaltar a incompreensão da distribuição de responsabilidades e atribuições no âmbito do processo penal, tendo à pesquisa Supremo em Números, por exemplo, imputado ao STF e ao foro por prerrogativa de função questões que seriam mais pertinentes serem tratadas, por exemplo, no âmbito do Ministério Público/Procuradoria Geral da República, ou mesmo uma apreciação qualitativa positiva às condenações em detrimento das absolvições sem considerar outros elementos e valores próprios da justiça criminal ou até mesmo normas e princípios constitucionais aplicáveis. Há também crítica externa ao indicar que a pesquisa mencionada não faz uma correlação entre os resultados de julgamentos criminais do Supremo Tribunal Federal e aqueles existentes na primeira instância do sistema de justiça criminal (páginas 77 a 80 do acórdão da Ação Penal 937/STF).

elementos importantes na pesquisa, ou utilizando referenciais externos ao trabalho para questioná-lo, uma atitude inclusive coerente com o caráter controverso do capital científico, ao dizer que:

Não há nenhuma estatística que compare grau de efetividade das ações penais contra altas autoridades antes e depois do aumento das hipóteses de foro impostas pela Constituição de 1988. Tampouco há pesquisa comparativa sobre a efetividade penal do STF em relação à primeira instância. Por mais disfuncional que seja, não há relação entre o aumento da impunidade e ampliação do foro.

O julgamento se mostra importante porque houve clara controvérsia sobre a validade de certa argumentação científica e sua aplicação ao caso julgado. E também há uma relativização da ideia de imparcialidade, incontestabilidade e da certeza da ciência, na medida em que também ela (a ciência) seria passível de interpretações distintas.

No que se refere à segunda vertente (confusão ou intersecção entre discussão científica e controvérsia jurídica) a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510, sobre a legitimidade constitucional das pesquisas com células-tronco, representa um precedente que se molda nesta vertente da judicialização da política, pois a discussão sobre o valor intrínseco da vida humana, o seu início e a configuração do embrião humano como vida humana em potencial perpassavam tanto o debate científico quanto a controvérsia jurídica objeto do processo, como se detalhará mais adiante nesta seção.

Finalmente, o julgamento da ADI 3510 também pode ser tomado como um exemplo da terceira vertente de judicialização da ciência, na medida em que a prova científica, em particular a discussão sobre origem da vida e o estatuto moral e científico do embrião humano foi utilizado como ponto de batalha para determinar alcance jurídico do direito à vida como previsto no art. 5º, caput, da Constituição brasileira – o que também ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, sobre interrupção voluntária da gravidez em caso de anencefalia do feto.

Quanto à terceira vertente, Oscar Vilhena Vieira (2008) observa, ao tratar do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510 (acerca da legitimidade constitucional de pesquisas com células-tronco embrionárias) que “alguns dos Ministros empenharam-se mais em disputar a qualidade dos argumentos científicos e de ‘seus cientistas’ do que propriamente esgrimir argumentos de natureza constitucional, sobre a vida extra-uterina”.

Assim, a partir da preocupação exposto por Oscar Vilhena Vieira, é possível retomar a analogia com a relação entre política e Direito, enquanto sistemas sociais autônomos, como expõe Giancarlo Corsi (2001. p. 102), a discussão da validade de evidências científicas no contexto da jurisdição constitucional realiza o acoplamento estrutural entre Direito e ciência, dois sistemas sociais, distintos, permitindo por vezes uma invasão do campo do Direito por lógicas de razão e veracidade próprios do campo científico, com resultados distintos em termos de legitimidade e aceitação no que se refere às ciências naturais e às ciências humanas.

Para entender a dinâmica da judicialização da ciência (e em alguma medida da própria expansão da atividade judicial sobre a vida social), ao menos no Supremo Tribunal Federal brasileiro, uma comparação entre dois julgamentos conduzidos no âmbito da Corte em diferentes momentos históricos pode bem

delimitar a diferença entre um cenário tradicional, no qual a evidência científica se coloca como matéria de fato e tem um papel auxiliar da decisão judicial, e outro em que a discussão científica se torna mesmo constitutiva da própria controvérsia jurídica e sua decisão.

Neste sentido, serão analisados a partir deste ponto o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 4 (limite constitucional dos juros em 12% ao ano) e 3510 (pesquisas com células-tronco).

No primeiro caso, a análise do julgado da ADI 4 se justifica como uma espécie de grupo controle, pois o exame acerca da aplicação direta ou não do limite de juros de 12% ao ano era uma questão transversal entre Direito e economia, mas foi anterior aos mecanismos de audiência pública e análise probatória que foram introduzidos pela Lei 9868/1999:

Art. 9. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Logo, no caso da ADI n. 4 a judicialização da ciência (no caso, a economia) ocorre no próprio julgamento, por meio dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem um mecanismo de interlocução com a sociedade civil (audiências públicas) ou sem a busca de subsídios técnicos externos ao processo judicial (os pareceres de especialistas no âmbito das ciências), e sem necessidade de fundamentação da sua introdução no âmbito do processo decisório dos juízes constitucionais.

Em breve síntese, a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4 versou sobre o problema da limitação constitucional dos juros em 12 (doze) por cento ao ano, como era previsto originalmente no art. 192, parágrafo 3º, da Constituição brasileira (disposição revogada pela Emenda Constitucional número 40).

Neste julgamento houve uma discussão acerca dos efeitos práticos da limitação constitucional dos juros, caso do voto do Relator, Ministro Sydney Sanches, ao contestar parecer do então Consultor Geral da República, mas a introdução de considerações sobre ciência econômica acerca do funcionamento do mecanismo dos juros se deu por meio dos votos dos Ministros e de forma voluntarista, em geral sem análise detalhada de ciência econômica por meio de discussão de artigos científicos ou debate econométrico – no seu voto, o Ministro Paulo Brossard chega a mencionar genericamente que procurou um bancário (que ele não identifica) para que lhe explicasse o que seria taxa de juros real (página 200 do acórdão).

Cabe assinalar que considerações de ordem econômica tenham permeado o julgamento, mas a questão central em debate era se o art. 192, parágrafo 3º, da Constituição era ou não autoaplicável – logo,

o cerne do debate jurídico era sobre a aplicabilidade da norma constitucional e a questão econômica foi muito mais razão extrajurídica de decidir ou fator externo de motivação dos juízes constitucionais.

A ADI 3510 é um marco no sentido oposto, na medida em que trouxe o uso dos mecanismos da Lei 9868/1999, especialmente o uso da audiência pública, e o debate técnico-científico se imbricou com a discussão jurídica, com citação detalhada e menção a autores e teorias nos votos dos Ministros. Nela se discutiu a legitimidade constitucional do uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas, nos termos autorizados pela Lei de Biossegurança (Lei 11105/2005).

O recurso da convocação de audiência pública, realizada em 20 de abril de 2007, permitiu a participação de diferentes atores do campo científico, com a convocação de especialistas convidados de diversas áreas, evidenciando-se o predomínio da convocação de cientistas vinculados a universidades brasileiras, inclusive com visões antagônicas sobre o tema, demonstrando que o conhecimento científico não tem a certeza e a definitividade que muitas vezes lhe são atribuídas.

Sem prejuízo das contribuições trazidas em audiência pública, os próprios Ministros do STF em seus votos recolheram, analisaram e destacaram obras e estudos científicos, a exemplo da Ministra Ellen Gracie, que usa contribuições científicas para fundamentar seu voto pela improcedência da ação e pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, no sentido de permitir a pesquisa com células tronco embrionárias nos termos previstos na lei.

Do outro lado, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito cita trabalhos científicos divergentes, tendo votado ao final em sentido oposto ao da Ministra, para julgar procedente em parte a ação e declarar parcialmente inconstitucionais trechos da Lei de Biossegurança, restringindo o alcance da autorização para pesquisa com células tronco aos embriões congelados na data da lei e determinando a submissão das pesquisas a autorização do Ministério da Saúde.

A Ministra Ellen Gracie, por exemplo, menciona em seu voto artigo de Letícia da Nóbrega Cesarino (“Nas Fronteiras do Humano: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões”) e a obra de Edward O. Wilson (On Human Nature), usando as contribuições científicas para fundamentar seu voto pela improcedência da ação e pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, no sentido de permitir a pesquisa com células tronco embrionárias nos termos previstos na lei.

Do outro lado, o Ministro Menezes Direito cita trabalhos científicos como os de Paul H. Nitze School Washington (“Beyond Bioethics: a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies”), tendo votado ao final em sentido oposto ao da Ministra Gracie, para julgar procedente em parte a ação e declarar parcialmente inconstitucionais trechos da Lei de Biossegurança, restringindo o alcance da autorização para pesquisa com células tronco aos embriões congelados na data da lei e determinando a submissão das pesquisas a autorização do Ministério da Saúde.

A análise dos votos mencionados mostra que os subsídios da audiência pública são mencionados – o próprio Ministro Menezes Direito o faz, à fl. 251 dos autos, ao citar a contribuição do Dr. Júlio César Voltarelli, defensor das pesquisas com células-tronco, ainda que a maior parte das menções à audiência

pública seja feito pelo Relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto e poucas sejam as transcrições dos debates das audiências públicas, ressalvados o Relator e o Ministro Menezes Direito.

Importante notar que os Ministros fazem menção à audiência pública, mas, ressalvados os dois Ministros citados, pouco discutem sobre as contribuições específicas dos cientistas que nela compareceram, e também que os Ministros por vezes selecionaram trabalhos científicos que não necessariamente foram discutidos nas audiências públicas, citando-os diretamente em seus votos, se valendo do capital científico como forma de fundamentar suas posições jurídicas sem a mediação direta dos especialistas.

Por fim, cabe esclarecer que os precedentes judiciais indicados não são apresentados para indicar a existência de jurisprudência em sentido técnico acerca da questão da judicialização da ciência no Supremo Tribunal Federal, ou seja, não há a pretensão de apontar que existe uma uniformização ou reiteração de entendimento jurídico acerca deste tema. A rigor, não se opera aqui um conceito técnico e estrito de jurisprudência, no sentido de vincular juízes e tribunais inferiores ao quanto decidido anteriormente pelos tribunais superiores, tais como o Supremo Tribunal Federal. Conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

O sistema romanístico, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisão; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo em casos semelhantes (...) (Ferraz Júnior, 2008, p. 210-211).

O referido autor esclarece, no entanto, que a jurisprudência possui inegável função neste sistema, no qual se insere o Direito brasileiro, na medida em que a formação de interpretações constantes e uniformes confere coerência ao sistema, atribuindo-lhe um sentido geral de orientação, caracterizando a jurisprudência como fonte interpretativa do Direito (Ferraz Júnior, 2008, p. 211).

O recurso aos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal neste trabalho se faz, assim, não no sentido de vinculação que existe no sistema anglo-saxônico, mas sim no sentido de orientação geral, a partir do qual se busca delimitar uma análise sóciojurídica da judicialização da ciência no Supremo Tribunal Federal, seja de suas implicações normativas, seja do tensionamento recíproco entre o sistema jurídico e o conhecimento científico.

Conclusão

O trabalho procurou identificar o processo de judicialização da ciência como parte de um processo mais amplo de judicialização das relações sociais e da política, identificando como este processo se desenvolve no âmbito do sistema judiciário, particularmente na jurisdição constitucional, sua importância na construção da decisão judicial e as implicações recíprocas entre os sistemas científico e jurídico com este processo.

Foi possível identificar que a judicialização da ciência ultrapassou o campo da prova pericial, da consideração como matéria de fato, e tornou parte da construção da própria aplicação do Direito

imbricando-se na normatividade jurídica e fornecendo argumentos de validade e certeza para a construção da decisão judicial.

Os pressupostos que informam as ciências modernas – as regras de validade e as metodológicas – e a ideia de experimentação racional como fonte de certeza entram em conflito com a indeterminação própria do sistema jurídico, na medida em que a autoridade decisória do magistrado não encontra limitação nas regras postas para a produção do capital científico, limitando-se sua atuação unicamente pelo dever de fundamentação das decisões constitucionalmente consagrado, que é um elemento de controlabilidade, mas que não garante a adesão aos parâmetros postos pelo capital científico institucional.

A tensão entre os meios de legitimação da autoridade científica e da decisão judicial em verdade é uma tensão entre as controvérsias do próprio campo científico e aquelas de natureza jurídica – na medida em que a ciência se constitui a partir de falseabilidade (Popper) e que as mudanças se dão em processo descontínuo, por vezes concorrente, pautando em interesses a apropriação do conhecimento científico no processo de interpretação e aplicação do Direito pelos juízes e tribunais não afasta a incerteza, mas acaba por ampliá-la, introduzindo por meio da perícia e da prova técnica-científica um acoplamento estrutural entre o campo das ciências e o sistema jurídico.

Este processo adquire nuances muito próprias no contexto da jurisdição constitucional, da demarcação entre facticidade e validade, na medida em que a abertura do processo de delimitação da constitucionalidade das normas se abre para o diálogo de saberes com as diversas ciências, pois ocorrem implicações recíprocas que configuram o processo de judicialização da ciência em suas três vertentes: (a) argumentação científica como base ou apoio para a interpretação jurídica, (b) convergência ou mesmo confusão entre as controvérsias científica e jurídica, tornando-se mesma uma referência na constituição da outra e, (c) a invasão do processo jurisdicional por métodos e critérios decisórios próprios do campo científico ou de razões decisórias amparadas em uma racionalidade científica preponderante em detrimento da argumentação jurídica.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro foi possível observar que o processo de judicialização da ciência avança de forma concomitante à expansão da própria atividade da Corte no âmbito da jurisdição constitucional, notadamente após a edição da Lei 9868/1999 e dos mecanismos por ela trazidos, especialmente as audiências públicas, ao mesmo tempo em que argumentos científicos são introduzidos nos votos dos Ministros com a mesma importância de argumentos jurídicos, ainda que com perda de autonomia do Direito sobre o campo dos saberes científicos.

É de se observar também que há um fator inesperado e desmistificação das ciências (ou de sua desdogmatização) pela sua controvérsia em juízo, quando são confrontadas a coerência e a consistência de métodos e argumentos científicos e sua aplicabilidade para a construção da racionalidade da decisão judicial em questão, a exemplo da relativização do estudo “Supremo em Números”.

Em síntese, a judicialização da ciência é um processo de implicação recíproca entre o capital científico e o sistema jurídico, que encontra uma expressão dramática no âmbito da jurisdição constitucional, fazendo emergir tensões que não apenas não afastam mas retroalimentam as incertezas que permeiam a produção tanto do conhecimento científico quanto do processo decisório no Direito, embora o processo ofereça também uma possibilidade de ampliação da normatividade jurídica e diálogo com outros saberes para a construção dialética da decisão judicial, notadamente na jurisdição constitucional, por meio da participação de especialistas do campo científico e de abertura para outras racionalidades que dialogam que o imaginário político e social da contemporaneidade.

Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia do campo científico**. Trad. Denice Barbara Catani. São Paulo: Unesp, 2004.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bw4ewdl>. Acesso: 3 jan. 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aseodbn>. Acesso: 3 jan. 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Penal número 937/RJ. Relator: Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+937%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zpwsmog>. Acesso: 3 jan. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 71-91, 2009.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 39, p. 169-189, jan./jun. 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.
- LATOURETTE, Bruno. **Ciência em ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora**. São Paulo: UNESP, 2000.
- LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jorg (Coord.). **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à ciência pós-moderna**. Porto: Afrontamento, 1989.

SILVA, Luciano Braz da. Direito, razão e emancipação: prognóstico para facticidade e validade do Direito no pensamento de Jürgen Habermas. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 499-530, jan./jun. 2019.

TATE, Neal; VALLINDER, Tobjorn. **The global expansion of judicial power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dec. 2008.

WEBER, Max. **Ciência e política**: as duas vocações. Trad. Leonidas Hegemberg; Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2000.